

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**AS CLÁUSULAS DE CUMPRIMENTO IMEDIATO DE PENA NOS
ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA CELEBRADOS NO
CONTEXTO DA OPERAÇÃO LAVA-JATO**

MARIA EDUARDA FERRANTE RIBEIRO

Rio de Janeiro

2023

MARIA EDUARDA FERRANTE RIBEIRO

**AS CLÁUSULAS DE CUMPRIMENTO IMEDIATO DE PENA NOS
ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA CELEBRADOS NO
CONTEXTO DA OPERAÇÃO LAVA-JATO**

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Rio de Janeiro

2023

CIP - Catalogação na Publicação

R484c Ribeiro, Maria Eduarda Ferrante
As cláusulas de cumprimento imediato de pena nos acordos de colaboração premiada celebrados no contexto da Operação Lava Jato / Maria Eduarda Ferrante Ribeiro. -- Rio de Janeiro, 2023.
67 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Justiça penal negocial. 2. Colaboração premiada. 3. Devido processo legal. 4. Cumprimento antecipado de pena. 5. Operação Lava Jato. I. Santoro, Antonio Eduardo Ramires, orient. II. Título.

MARIA EDUARDA FERRANTE RIBEIRO

**AS CLÁUSULAS DE CUMPRIMENTO IMEDIATO DE PENA NOS
ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA CELEBRADOS NO
CONTEXTO DA OPERAÇÃO LAVA-JATO**

Monografia elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Data: ____ de _____ de 2023.

Banca Examinadora

Orientador Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro.

Membro da Banca

Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Pedro e Márcia, por serem a minha base e meus principais apoiadores. Todas as minhas conquistas e etapas cumpridas ganham novo sentido, porque são compartilhadas com vocês. Obrigada por serem meus melhores amigos e defensores e por me ensinarem todos os valores que moldaram a pessoa e a profissional que estou me tornando.

À minha irmã, Gabi, meu maior exemplo de amor e carinho. Nossa cumplicidade e amizade são certezas na minha vida e sou uma pessoa mais completa por ter compartilhado todas as minhas fases com você. Nos conhecermos foi inevitável, mas a relação que construímos me trará eterna gratidão e orgulho.

Ao Bernardo, meu parceiro de tantos anos, e tantos ainda por vir. Te conheci no início da minha graduação e, desde então, divido todos os pesos e as delícias da vida com você. E posso dizer com toda a certeza que os pesos ficaram mais leves e as delícias mais verdadeiras, desde que você entrou na minha vida. Te valorizo e te admiro, cada dia mais, e a nossa parceria me impulsiona para todas as minhas conquistas e realizações. Obrigada por estar do meu lado, com tanto amor.

Por fim, à escolha pelo direito penal e a todas as pessoas que dividiram esse caminho junto comigo. Com todas as frustrações e pressões do dia a dia, agradeço por ter encontrado dentro da advocacia criminal uma carreira gratificante. Às pessoas que conheci dentro do escritório CEM Advogados, pelos aprendizados e, principalmente, pela amizade.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é realizar uma análise crítica sobre a legalidade das cláusulas de cumprimento antecipado de pena, seja restritiva de direitos ou privativa de liberdade, em acordos de colaboração premiada celebrados durante a vigência da operação Lava-Jato. Em especial, objetiva-se traçar um paralelo entre a expansão do modelo de justiça negocial no Brasil e no mundo e seus impactos para a flexibilização dos pilares do devido processo legal e do processo penal constitucional. Pretende-se, ainda, demonstrar como a deflagração da Operação Lava-Jato e seus megaprocessos alastraram o fenômeno de espetacularização do processo penal e do discurso punitivista, criando solo fértil para o desrespeito a garantias fundamentais consagradas no ordenamento jurídico brasileiro, em nome do combate à corrupção. A intenção da pesquisa, nesse sentido, é demonstrar qual o cenário que possibilitou a celebração de acordos de colaboração premiada contendo cláusula manifestamente ilegais, como é o caso da previsão de execução imediata de pena negociada após a homologação dos termos.

Palavras-chave: Justiça penal negocial; Colaboração premiada; Operação Lava-Jato; Devido processo legal; Modelo acusatório; Cumprimento antecipado de pena.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	10
I.1 Justiça penal negocial.....	10
I.2 Evolução das previsões sobre a colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro.....	17
I.3 Conceito e natureza jurídica da colaboração premiada.....	22
CAPÍTULO II – CONTEÚDO E LIMITES DA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	27
II.1 Principais disposições sobre o acordo de colaboração premiada na Lei 12.850/2013.....	27
II.2 Limites ao conteúdo do acordo de colaboração premiada.....	31
II.3 A colaboração premiada e o legado da Operação Lava-Jato na prática jurídica brasileira.....	38
CAPÍTULO III – CLÁUSULAS DE CUMPRIMENTO IMEDIATO DE PENA EM ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA.....	45
III.1 Cláusulas de cumprimento imediato nos tribunais brasileiros.....	45
III.2 Cláusulas de cumprimento antecipado de pena na doutrina brasileira.....	52
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

INTRODUÇÃO

Primeiramente, destaca-se que o objetivo do presente trabalho é a análise da legalidade de inclusão de cláusulas de cumprimento imediato de pena na celebração de acordos de colaboração premiada no contexto das megaoperações da Lava-Jato, iniciadas em 2014 no Brasil. O início da execução da pena, seja privativa de liberdade ou restritiva de direitos, imediatamente após a homologação de acordo de colaboração, e não após o trânsito em julgado de decisão condenatória, contraria princípios do processo penal que devem ser aplicados também aos mecanismos de justiça negocial.

Atentando-se ao objeto do que se propõe analisar, faz-se necessário traçar comentários sobre a expansão do modelo de justiça penal negocial, que alcança espaço cada vez maior no Brasil e no mundo.

Desse modo, o primeiro capítulo será dedicado à análise do modelo de justiça penal negocial, que vem se ampliando tanto no cenário internacional quanto no país. Para tal, será discutida a origem dos mecanismos de justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro, além das principais críticas tecidas pelos doutrinadores à utilização desses institutos à luz dos princípios do processo criminal.

Além disso, imperioso se faz expor a evolução do mecanismo negocial objeto deste trabalho – a colaboração premiada – na lei brasileira, traçando-se uma linha do desenvolvimento do instituto desde a Lei dos Crimes Financeiros (Lei 7.492/86), até a edição da Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013) e as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19).

Atendo-se ao objeto do que se propõe a apresentar, forçoso realizar análise ampla das regras e procedimentos da celebração de acordos de delação premiada. A exposição também passará, obviamente, por um estudo dos limites ao possível conteúdo dos acordos de colaboração premiada, com comparação entre visões de relevantes autores sobre o tema.

Desse modo, o segundo capítulo será dedicado ao estudo dos caracteres da colaboração premiada, perpassando-se pela análise dos possíveis benefícios, direitos, obrigações e renúncias sobre as quais o colaborador e o órgão acusatório podem pactuar no acordo.

Além disso, far-se-á descrição dos limites legais e principiológicos aos quais os acordos de colaboração premiada devem se submeter, de modo a manter íntegra a sistemática do devido processo penal brasileiro.

Sendo a utilização do instituto da colaboração premiada no contexto da Operação Lava-Jato o cerne deste estudo, passar-se-á, no terceiro capítulo, pela análise dos fenômenos que tornaram os assuntos penais protagonistas no cotidiano dos brasileiros. Forçoso compreender quais elementos permitiram as interpretações que levaram às alterações das práticas processuais naquele momento, bem como quais disposições contra a legislação vigente foram inseridas nos termos de acordos celebrados no contexto das megaoperações.

O terceiro capítulo trará a análise específica da possibilidade de cumprimento imediato de pena após a homologação dos acordos de colaboração. Nesse sentido, o estudo trará decisões que homologaram ou não cláusulas com previsões desse tipo em acordos de colaboração celebrados durante a Operação Lava-Jato, confrontando os seus fundamentos com os princípios constitucionais e processuais penais aplicáveis às situações em concreto.

Importante salientar que se buscou com essa pesquisa identificar a necessidade de resposta normativa e jurisprudencial que possa limitar a discricionariedade na pactuação de acordos de colaboração premiada, de modo a garantir um processo voltado a legitimar o poder punitivo do Estado.

A conclusão pretende, desse modo, expor o resultado da pesquisa, perpassando por uma reflexão sobre a flexibilização de princípios do processo penal em contextos sociais de forte clamor punitivista.

CAPÍTULO I - NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

I.1: Justiça penal negocial

Como destacado na Introdução, o instituto da colaboração premiada está inserido no modelo de justiça negocial, em expansão tanto no Brasil quanto no mundo. A ampliação da justiça negocial no Brasil começou em 1995, com o nascimento da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos na Lei 9099.

Os espaços de consenso no Brasil se expandiram ainda mais com a delação premiada e, mais recentemente, com a inclusão, pelo Pacote Anticrime, da possibilidade de celebração de acordos de não persecução penal.

O presente item se dedicará à apresentação da definição da justiça penal negocial e dos seus principais institutos, além de analisar as razões para a sua rápida expansão. Objetiva-se, por fim, expor as críticas que podem ser feitas à introdução desse modelo no sistema penal brasileiro.

A justiça penal negocial é definida pelo autor Vinícius Gomes de Vasconcellos como:

“(...) modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes”¹.

O autor complementa a definição lecionando que:

¹ VASCONSELLOS, Vinicius G. Barganha e justiça negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 55.

“a barganha, a colaboração premiada, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de leniência são *mecanismos da justiça criminal negocial*, pois se caracterizam como facilitadores da persecução penal por meio do incentivo à não resistência do acusado, com sua conformidade à acusação, em troca do benefício/prêmio (como a redução da pena), com o objetivo de concretizar o poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso”².

Gustavo Badaró diferencia o modelo negocial de justiça penal do modelo clássico, afirmando que este se caracteriza pela noção de que ninguém pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, enquanto aquele é reconhecido pela imposição de pena estabelecida em acordo, e não determinada por uma prévia verificação de fatos³.

O processualista Andrey Borges de Mendonça⁴, por sua vez, destaca que o modelo de justiça consensual possui como princípios estruturantes a autonomia da vontade, a eficiência, a boa-fé objetiva e a lealdade.

O autor apresenta, ainda, de forma esquematizada, quais seriam as principais diferenças entre o modelo clássico da justiça penal, denominado por ele de litigioso, e o modelo consensual. Primeiramente, salienta que o modelo litigioso tem como norte principiológico o devido processo legal, enquanto o devido processo consensual teria destaque na justiça negocial.

Ademais, aponta que o modelo clássico é baseado unicamente em viés publicista, enquanto o negocial resgataria um foco na autonomia da vontade. Nesse sentido, enquanto o modelo clássico estaria calcado na legalidade estrita, a justiça negocial traria o princípio da

² VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada no processo penal – 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 25.

³ 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 (coord.). Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 73.

legalidade combinado com a autonomia da vontade das partes, desde que existentes medidas de garantia.

O autor também diferencia a função do juiz em cada modelo, indicando um papel de protagonismo na condução do processo clássico, e uma função apenas fiscalizatória no modelo consensual.

A justiça penal negociada foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei 9099/1995, que inaugurou a aplicação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, os quais caracterizam mecanismos de justiça negociada voltados a infrações de menor potencial ofensivo.

A transação penal pode ser definida como um acordo firmado entre o Ministério Público e o acusado, quando caracterizados os requisitos previstos no artigo 76 da Lei 9099/1995, no qual o imputado aceita o cumprimento de pena antecipada de multa ou de restrição de direitos.

Caso as obrigações impostas sejam cumpridas, a punibilidade do acusado é extinta, antes mesmo do recebimento da denúncia, impedindo qualquer sanção criminal pelo fato e não configurando maus antecedentes ou reincidência.

A suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei 9.099/1995, pode ser proposta pelo Ministério Público, no momento do oferecimento da denúncia, nos casos em que a pena mínima cominada ao crime seja igual ou inferior a um ano, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, e que estejam presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (dispostos no artigo 77 do Código Penal).

A colaboração premiada e o acordo de leniência, por sua vez, expandiram a incidência da justiça negocial a infrações de maior potencial ofensivo, autorizando também a aplicação de penas privativas de liberdade.

Os dois institutos são bastante semelhantes, sendo a principal diferença entre eles o legitimado para proposição: no caso da colaboração, o Ministério Público, e no caso da leniência, o Ministério da Justiça.

Segundo Nefi Cordeiro⁵, ambos podem ser definidos como institutos negociais que reduzem a resposta penal em troca da colaboração do acusado para demonstração das infrações cometidas e dos participantes, da estrutura criminosa, da recuperação do produto dos crimes ou do salvamento da vítima, além de prevenir a prática de novos crimes pela organização criminosa.

A definição da colaboração premiada, sua natureza jurídica e a evolução de sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro serão expostos com maior profundidade ao longo do presente trabalho.

Por fim, menciona-se o acordo de não persecução penal, incluído no Brasil com a entrada em vigor do Pacote Anticrime.

O mecanismo está previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, e pode ser proposto pelo Ministério Público nos casos em que não é cabível o arquivamento do procedimento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos.

⁵ CORDEIRO, Nefi. Colaboração Premiada: Caracteres, Limites e Controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.

Os principais argumentos que determinaram a expansão do modelo negocial no Brasil e no mundo são aqueles ligados à eficiência e a sobrecarga da justiça criminal. Notadamente, a morosidade processual tem consequências extremamente nocivas ao processo penal, principalmente quanto à higidez da prova e as dificuldades que o decurso do tempo traz ao acusado para elidir as acusações que lhe são assacadas.

Mas não é só. A própria existência de um processo ou investigação criminal é, em si mesmo, uma pena, já que a submissão à justiça penal é estigmatizante, angustiante e cria máculas à carreiras, reputações e relacionamentos pessoais.

Desse modo, alguns autores, como o processualista Andrey Mendonça⁶, defendem a ideia de que é plenamente possível a existência de um processo democrático, baseado na justiça consensual e na autonomia da vontade. Isso porque, a justiça negocial seria um modelo apto a proteger os interesses dos imputados, que obteria um benefício em troca de sua contribuição ao desenvolvimento da investigação, enquanto também atenderia a um interesse público de proteção da sociedade contra crimes graves, mas de difícil esclarecimento.

Entretanto, é muito simples notar uma tendência de predominância de fatores utilitaristas na expansão da justiça negocial, as quais não se coadunam com os princípios do processo penal.

As incongruências do modelo negocial podem ser percebidas com especial clareza no instituto da colaboração premiada, as quais são apontadas a seguir de maneira embrionária, de modo a destacar a relevância de uma postura cautelosa na aplicação das colaborações.

⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 70.

Vinicius Gomes de Vasconcellos⁷ faz brilhante exposição sobre as principais críticas que podem ser destacadas no embate entre a justiça negocial e o devido processo penal.

Primeiramente, o autor questiona a violação aos princípios da culpabilidade e do tratamento igualitário com a possibilidade de oferecimento de benefícios a um acusado, e não aos demais, uma vez que isso ocasionaria a imposição de sanções distintas para indivíduos que cometeram delito idêntico.

Afirma que, nesse sentido, a colaboração permitiria “*resposta estadual mais benevolente sem motivação idônea para tanto e de modo desigual, o que esvaziaria, inclusive, as funções de prevenção geral do direito penal*”⁸.

Além disso, destaca uma confusão entre as funções legítimas do Ministério Público nos moldes como vem sendo realizada a colaboração atualmente. O processualista Gustavo Badaró defende que o órgão ministerial acumula as funções de investigação, estabelecimento da verdade dos fatos, decisão e estabelecimento da pena imposta, na celebração de acordos de colaboração.

Desse modo, o autor entende que:

“desloca-se a centralidade da legitimação do exercício do poder de punir de um instrumento cognitivo fundado no saber construído em contraditório, com o funcionamento de um mecanismo dialético de verificação e confronto entre tese e antítese, baseado na prova produzida que suporte cada uma delas, para um modelo em que haverá apenas uma ‘verdade’ preestabelecida por uma escolha discricionária”⁹.

⁷ VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada no processo penal – 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 41/42.

⁸ Idem, p. 43/44.

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: MOURA, Maria Thereza de Assis; e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. (Coord.) Colaboração Premiada. São Paulo: RT, 2017, p. 143.

Vinicius Vasconcellos¹⁰ aponta outras 4 críticas principais, de viés processualista, ao modelo da justiça negocial criminal, principalmente no mecanismo da colaboração premiada. São estas: i) o poder coercitivo da justiça criminal negocial; ii) a ocultação de questionamentos de base, como a necessidade da crítica à expansão do direito penal; iii) a inoperação do direito de defesa do acusado; e iv) o aniquilamento da presunção de inocência.

Quanto à existência de um poder coercitivo da justiça criminal negocial, destaca a tendência de que o sistema criminal torne rotineiro o sancionamento mais gravoso àqueles acusados que não colaborarem com a investigação. Nesse sentido, não existiria a falaciosa voluntariedade do acusado para aceitar o acordo, uma vez que a natureza do instituto carrega ameaças e coerções.

Ademais, a possibilidade de concretização do poder punitivo estatal de modo mais célere, com a utilização dos mecanismos negociais, oculta o problema da expansão do direito penal como solução para os entraves da sociedade contemporânea. Desse modo, a tendência de generalização dos acordos acarreta uma fuga ao enfrentamento da problemática, que não perpassa pela necessidade ou não de acelerar o rito do processo penal.

A terceira crítica pode ser resumida com a constatação de que, nos mecanismos negociais, o direito de defesa do acusado torna-se inoperante. Os argumentos de priorização da eficiência e sobrecarga da justiça criminal acabam por significar uma renúncia de garantias constitucionais do acusado.

Por fim, destaca uma quarta crítica que pode ser feita à justiça negocial, qual seja, a inaplicação do princípio da presunção de inocência, especialmente quanto ao ônus probatório do processo penal, no qual a carga da prova deveria ser integralmente da acusação. Nesse cenário negocial, o acusado acaba sendo obrigado a comprovar as alegações do órgão ministerial, para que possa gozar dos benefícios previstos.

¹⁰ VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada no processo penal – 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 46/52.

O autor conclui, assim, que o problema da justiça criminal negocial como um todo não é eventual, ocasionado pela má aplicação dos seus institutos, mas sim perene e inevitável, uma vez que distorce as premissas básicas do processo penal, ao fragilizar a sua função como instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

Para os fins da presente pesquisa, adota-se postura mais crítica quanto à expansão da justiça negocial e da prevalência da autonomia das partes para celebração de acordos processuais e penais.

Isso porque, sendo o processo penal manifestamente diferente do processo civil, incabível conceber a ampliação de princípios que regem esta matéria no seu âmbito. Nesse sentido, importante destacar, a advertência feita pelo celebrado autor Juarez Cirino dos Santos, de que:

“O processo penal não constitui processo de partes livres e iguais – como o processo civil, por exemplo, dominado pela liberdade de partes, em situação de igualdade processual -, mas uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade de fatos criminosos e punir os autores considerados culpados”¹¹.

Assim, conclui-se pela necessidade do resguardo das garantias constitucionais e legais do devido processo legal, de modo a salvaguardar indivíduos contra abusos do poder punitivo estatal.

I.2: Evolução das previsões sobre a colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro

Apresentadas as críticas que podem ser tecidas sobre a expansão da justiça negocial, mister se faz uma análise criteriosa acerca dos limites e contornos que o instituto da colaboração

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: Parte Geral. 8 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 679.

premiada, entendido como mecanismo de modelo consensual, tomou no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a racionalizar a sua aplicação.

Apesar de instituto similar à colaboração premiada estar presente nas leis brasileiras desde as Ordenações Filipinas, em períodos recentes, o mecanismo negocial foi incorporado ao ordenamento jurídico com a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990).

Em seu artigo 8º, parágrafo único, a lei concede redução de pena aos participantes e associados que denunciarem o bando ou a quadrilha às autoridades. O dispositivo só incide aos crimes elencados taxativamente na Lei de Crimes Hediondos e vincula a colaboração ao desmantelamento da quadrilha perseguida no procedimento criminal.

Essa mesma lei inseriu o parágrafo 4º ao artigo 159 do Código Penal, que reduz a pena do autor que denunciar a quadrilha ou o bando à autoridade, possibilitando a libertação da vítima.

Nota-se que, nesses dispositivos, o legislador brasileiro deu enfoque “*à visão de direito material do instituto premial, sem qualquer preocupação com sua delimitação procedimental ou suas consequências processuais*”¹².

No entanto, o ex-Ministro Nefi Cordeiro¹³ aponta ser possível perceber o surgimento de critérios que serão estáveis nas regulações sobre o instituto da colaboração premiada, como a proporção de favores pelo interesse estadual, a utilidade, o favor judicial e o resultado.

¹² VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada no processo penal – 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 82.

¹³ CORDEIRO, Nefi. Colaboração Premiada: Caracteres, Limites e Controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 6

O mecanismo voltou a ser regulado pela Lei do Crime Organizado (Lei nº 9,034/1995) – posteriormente revogada pela Lei de Organizações Criminosas – que manteve, em seu artigo 6º, os parâmetros da Lei dos Crimes Hediondos.

O artigo em comento previa a minoração da pena dos agentes que esclarecessem as infrações e a autoria dos crimes praticados em organização criminosa. Nota-se, que enquanto a Lei de Crimes Hediondos exigia o desmantelamento da quadrilha como resultado, a Lei do Crime Organizado exige o resultado duplo de esclarecimento do delito cometido e a indicação da autoria, sem limitar a colaboração a infração ou ao grupo perseguido na investigação da criminalidade organizada.

Importante ressaltar que esse dispositivo normativo inaugurou um importante requisito para a validade da colaboração premiada: a espontaneidade. Nesse sentido, a contribuição do agente deve ser compreendida como voluntária, sem qualquer tipo de coerção.

Nas Leis dos Crimes Tributários e Econômicos (Lei nº 8.137/1990) e de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/1986), o mecanismo da colaboração premiada surge como um facilitador da persecução penal estatal em crimes graves com técnicas bancárias, cambiárias, exigência de especialização em economia, mercado de capitais, transferências internacionais, etc¹⁴.

Para tal, foi prevista uma minoração da pena de agentes que colaborarem na elucidação dos crimes contra a economia e as instituições de captação de dinheiro popular. Desse modo, percebe-se que a colaboração volta a ser limitada aos fatos do processo, sendo necessário que o colaborador facilite a compreensão de toda a trama criminosa.

¹⁴ Ibidem, p. 7

A Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/1998) prevê, pela primeira vez, o benefício do perdão judicial como possibilidade proveniente da delação premiada, e não somente a minoração da pena do agente.

A Lei também prevê a possibilidade de aplicação de um regime prisional mais brando, ou a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Ademais, o diploma normativo também inova ao dispor sobre resultados alternativos que podem advir da colaboração: ou o auxílio na apuração das infrações e a autoria, ou a localização do patrimônio do delito de lavagem.

A Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/1999) abre o instituto da colaboração premiada para os crimes em geral, afastando a vinculação a modalidades delitivas específicas adotada anteriormente¹⁵.

A colaboração pode ter como resultados tanto a identificação do crime e da autoria, como a localização da vítima ou a recuperação do produto do crime. Os colaboradores podem ser beneficiados com minoração da pena ou com perdão judicial, dependendo da personalidade do beneficiado e da natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do crime.

A Lei de Tóxicos (Lei 10.409/2002), por sua vez, trouxe o mecanismo negocial com traços mais semelhantes ao modelo atual, ao prever uma negociação entre o Ministério Público e o investigado.

A delação ficou vinculada à existência de uma organização criminosa de tráfico, e a sua eficácia é condicionada à apreensão dos membros ou das drogas.

¹⁵ Ibidem, p. 10.

Esse diploma normativo foi substituído pela Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), que retomou redação semelhante ao modelo previsto nas legislações anteriores à Lei de Tóxicos, sendo a delação apenas uma minorante penal.

Este foi o último marco normativo antes da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850), que disciplina o mecanismo negocial da colaboração premiada nos dias atuais.

Somente neste momento é que houve uma preocupação com a regulamentação do procedimento a ser adotado para a celebração de um acordo de delação premiada, especialmente após a edição do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), que se propôs a “aperfeiçoar a legislação penal e processual penal”, positivando diversos entendimentos acerca do instituto da colaboração e trazendo outras disposições, apesar de ainda ter deixado importantes lacunas e contradições na regulamentação do instituto. As disposições vigentes sobre a colaboração premiada serão tratadas em item próprio.

A partir da evolução legal da colaboração premiada no Brasil, o Ministro aposentado Nefi Cordeiro¹⁶, expõe quais caracteres se mantiveram estáveis nos dispositivos normativos que previram o instituto e suas regras de aplicação.

São eles o i) critério do favor judicial; ii) da proporção do favor; iii) do resultado; iv) da voluntariedade; e v) da utilidade.

Em relação ao critério do favor judicial, o autor ressalta que a fixação da culpa e da pena é tarefa exclusiva do juiz, não podendo ser assumida por qualquer das partes. Nesse sentido, o alcance máximo da negociação prévia que pode ser realizada entre o Ministério Público e o acusado é quanto a limites da pena e proporções de redução, dentro das permissões legais. Além disso, o favor previsto na colaboração deve ser proporcional à eficácia da colaboração, o que deve ser averiguado pelo magistrado, no momento da aplicação da pena.

¹⁶ Ibidem, p. 14/20.

Do critério da proporção também se extrai o critério do resultado: “*premia-se o resultado eficaz de facilitação à persecução penal, e não a boa intenção do colaborador*”¹⁷.

Quanto ao critério da voluntariedade, o autor define que a compreensão da doutrina e da jurisprudência já salientou que o ato deve ser apenas voluntário, sem coação, e não necessariamente de iniciativa exclusiva do colaborador. Nada impede que a colaboração se realize por provocação do próprio representante estatal, contudo, faz-se necessária cautela com o uso de coerções estatais com o fim de incentivar colaborações, como a condução coercitiva e as prisões processuais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, em diferentes ocasiões, para limitação das estratégias de coerção utilizadas pelo Ministério Público, impedindo a condução coercitiva fora das hipóteses legais, vedando-a especialmente para interrogatórios (ADPF 444, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno), e assegurando a impossibilidade de utilização da prisão como meio de negociação da colaboração (HC 138207, Relator: Min. Edson Fachin, Segunda Turma).

Por fim, o autor destaca, na evolução legislativa acerca da colaboração premiada, uma tendência de limitação da sua utilidade apenas aos fatos do processo, indicando-se o momento e o alcance da delação.

As considerações feitas pelo ex-Ministro Nefi Cordeiro se fazem relevantes ao objeto desta pesquisa, uma vez que traçam critérios estáveis os quais merecem ser considerados como fonte interpretativa para a vigente Lei nº 12.850/2013.

I.3: Conceito e natureza jurídica da colaboração premiada

¹⁷ Ibidem, p. 16.

Neste ponto, far-se-á breve análise do conceito da colaboração premiada a partir da Lei nº 12.850/2013, bem como a natureza que o instituto possui no ordenamento jurídico brasileiro.

A Orientação Conjunta 1/2018 do Ministério Público Federal, elaborada com o objetivo de divulgar os parâmetros exigidos para a formalização de acordos de colaboração premiada com o órgão, conceitua o instituto, em seu capítulo I (“da definição e finalidade”), como:

“1. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual, meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, os quais são atendidos desde que advenha um ou mais dos resultados previstos no art. 4º da Lei 12.850/2013 e pode ser celebrado em relação aos crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante”¹⁸.

O autor Vinícius de Vasconcellos, por sua vez, sintetiza o procedimento complexo da colaboração premiada constatando que se trata de:

“um acordo realizado entre acusador e defesa, visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva”¹⁹.

Inicialmente, a colaboração premiada era conceituada com enfoque na sua natureza penal material, pois os dispositivos de lei que possuíam previsões sobre o instituto focavam nos seus requisitos e consequências – a redução da pena – e não nos procedimentos para sua aplicação.

¹⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Orientação Conjunta nº 1/2018. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/OrientaoConjunta1.2018.pdf>

¹⁹ VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada no processo penal – 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 64.

Esse cenário, entretanto, foi alterado com o advento da Lei 12.850/2013, que consolidou o viés processual da colaboração premiada, conforme pode ser percebido na redação dada ao artigo 3º-A: “*o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesses públicos*”.

A natureza processual do instituto decorre do seu foco na facilitação da persecução penal, por meio da produção ou obtenção de elementos probatórios²⁰. O Supremo Tribunal Federal firmou esse entendimento em julgamento paradigmático, no Habeas Corpus 127.483, de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

(...) 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).

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 (...)

(grifos meus)

Andrey de Mendonça²¹ destaca a natureza jurídico processual do acordo de colaboração premiada, indicando que a sua celebração traz direitos, faculdades, deveres e obrigações para ambas as partes.

No entanto, o autor salienta que, apesar de as partes buscarem um fim comum, que seria a realização do acordo, as suas motivações são distintas. Nesse sentido, difere a causa do negócio jurídico para a acusação como sendo primordialmente um meio de obtenção de prova, e para a defesa, como uma estratégia defensiva, que visa a obtenção de benefícios legais, a partir de um cálculo utilitarista de custos e benefícios naquele caso concreto.

²⁰ VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada no processo penal – 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 62.

²¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In BOTTINI, Pierpaolo Cruz e MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Quanto à classificação da colaboração premiada como meio de obtenção de prova, a doutrina moderna²² tem feito ressalvas em relação à análise do instituto segundo a dicotomia meio de prova e meio de obtenção de prova, a partir da atividade valorativa a ser realizada pelo juiz.

Nesse ponto, faz-se breve digressão para apontar as classificações da prova no processo penal, de modo a compreender o que se quer dizer com “meio de obtenção de prova”.

Na lição do processualista penal Gustavo Henrique Badaró, a diferença essencial entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova 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..., os meios de obtenção de provas... são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador”²³

O autor ressalta²⁴, ainda, que os meios de prova se referem a uma atividade endoprocessual, que se desenvolve perante o juiz e as partes, para a formação de elementos probatórios, enquanto os meios de obtenção dizem respeito, geralmente, a procedimentos extraprocessuais, para colheita de elementos que serão valorados posteriormente no processo.

Da classificação da colaboração premiada como um meio de obtenção de prova decorre a necessidade de que as declarações do colaborador sejam corroboradas por outros elementos. A Lei 12.850/2013, no §16 do seu art. 4º, estabelece importante regra de valoração das declarações do agente colaborador na formação da convicção judicial, ao determinar que

²² 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 e MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 128.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal [livro eletrônico]. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 616.

²⁴ 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 e MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 130.

nenhuma medida cautelar, decisão de recebimento de denúncia ou sentença condenatória pode ser decretada ou proferida com fundamento apenas na palavra do colaborador.

Trata-se do que a doutrina moderna convencionou chamar de regra da corroboração, a qual exige que o conteúdo da colaboração seja confirmado por outros elementos.

Todavia, Badaró²⁵ ressalta o fato de que a colaboração premiada, como um todo, não pode ser considerada apenas como meio de obtenção de prova, mas sim como um novo modelo de justiça penal, inserido nas técnicas modernas de investigação da criminalidade organizada.

Isto porque, o modo como a colaboração premiada vem sendo aplicado, desvirtua a noção do processo penal como um instrumento que legitima a imposição da sanção e a realização do direito punitivo estatal, já que a centralidade do modelo não está na busca dialética de provas de modo a dar suporte à reconstrução histórica dos fatos, mas sim, em uma imposição de uma “verdade” escolhida pelos órgãos acusatórios e autorreferenciada na “evidência dos fatos”.

Essa constatação não implica no descarte da colaboração premiada do ordenamento jurídico brasileiro, mas sim na identificação dos seus problemas, com a busca de mecanismos eficientes de contenção de abusos.

Para os fins da presente pesquisa, conclui-se que a colaboração premiada, como negócio jurídico processual celebrado com o Estado, deve ser regida pelos princípios processuais penais e pelas garantias fundamentais advindas da Constituição Federal.

²⁵ Ibidem. P. 146/147.

CAPÍTULO II - CONTEÚDO E LIMITES DA COLABORAÇÃO PREMIADA

II.1: Principais disposições sobre o acordo de colaboração premiada na Lei 12.850/2013

Assentadas as noções introdutórias sobre o contexto de surgimento da colaboração premiada e o conceito e a natureza jurídica que o instituto possui no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária a análise de algumas das regras previstas na legislação atual sobre a sua aplicação.

Os artigos 4º, *caput* e §§ 2º, 4º e 5º, da Lei 12.850/2013, listam quais são os possíveis benefícios que podem ser acordados entre o órgão acusatório e o colaborador: deixar de oferecer denúncia, perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por restritiva de direitos e a progressão de regime de cumprimento da pena.

Os incisos do artigo 4º, por sua vez, enumeram as contrapartidas que o colaborador precisa garantir para obter os benefícios listados acima, quais sejam: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito dos crimes praticados e, por fim, a localização de eventual vítima com a integridade física preservada.

Em relação ao benefício de não oferecimento da denúncia, a lei prevê também a necessidade de que o colaborador não seja o líder da organização criminosa e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração (conforme o §4º, do artigo 4º, da Lei de Organizações Criminosas).

O dispositivo normativo em questão prevê, ainda, em seu artigo 5º, direitos adquiridos pelo colaborador com a celebração do acordo, como usufruir de medidas de proteção previstas em legislação específica, ter informações pessoais e imagem preservados, ser conduzido, em

juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes, participar de audiências sem contato visual com outros acusados, não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação sem prévia autorização por escrito e cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos seus corréus.

Além disso, há outros direitos previstos fora do rol expresso do artigo 5º, mas que se encontram contemplados na própria redação da Lei de Organizações Criminosas, como o direito à assistência de um advogado ou defensor público, direito à livre manifestação de vontade, direito à um julgamento de mérito, direito à uma sentença fundamentada, direito à retratação da proposta de colaboração, direito a que não sejam utilizadas as informações ou provas apresentadas pelo colaborador durante as tratativas no caso de não celebração do acordo, direito a que, no caso de retratação, as provas autoincriminatórias não sejam utilizadas exclusivamente em seu desfavor, direito ao registro das tratativas e dos atos de colaboração pelos meios ou recursos tecnológicos (inclusive audiovisual) que garantam a maior fidedignidade das informações, direito à cópia do material registrado, direito a que o juiz não participe das negociações e direito de impugnar a decisão de homologação do acordo²⁶.

A Lei de Organizações Criminosas também contém previsões expressas sobre algumas das obrigações do colaborador a partir da celebração do acordo, notadamente, guardar a confidencialidade das tratativas e dos termos até o levantamento do sigilo por decisão judicial, narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu, instruir a colaboração com fatos adequadamente descritos, indicando provas e elementos de corroboração, sujeição ao compromisso legal de dizer a verdade e cessar o envolvimento na conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão.

Quanto às renúncias, cumpre destacar a expressa renúncia ao direito ao silêncio, prevista no §14 do artigo 4º, da Lei 12.850/2013, *in verbis*: “*nos depoimentos que prestar, o colaborador*

²⁶ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Disposições extra e contra legem nos acordos de colaboração premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 182, ano 29. P 191-226. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

Trata-se de previsão controversa, uma vez que a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o direito ao silêncio no seu artigo 5º, inciso LXIII, dentre seu rol de garantias fundamentais.

O direito ao silêncio também foi consagrado no artigo 8º, n. 2, letra g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário:

Artigo 8. Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(....)

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

Ocorre que, no que tange às colaborações premiadas, a lei impõe a renúncia ao direito ao silêncio para possibilitar ao delatado o exercício do direito ao confronto, o qual também está assegurado na Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8, n.2, letra f:

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

Segundo Badaró, se a renúncia não fosse imposta ao colaborador, *“restaria inviabilizada a exploração contraditória da fonte de prova que fez a colaboração e, conseqüentemente, nulificado o direito ao confronto”*²⁷.

²⁷ 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 e MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 134.

Santoro²⁸, por sua vez, destaca que o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que cláusulas com renúncia ao direito ao silêncio possuem validade constitucional, uma vez que consistiriam em uma restrição ao exercício da garantia, e não uma renúncia ao direito fundamental em si, como na Pet. 5.952/DF.

A Lei de Organizações Criminosas prevê, ainda, que, formalizado o acordo de colaboração premiada, seus termos serão remetidos ao juiz, para análise dos seus termos, conforme §7º do art. 4º.

Caso o juiz verifique a existência de regularidade e legalidade dos termos, adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º do artigo 4º, a adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos na lei e a voluntariedade da manifestação de vontade do colaborador, o acordo de colaboração será homologado.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento paradigmático do HC 127.483, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, também firmou entendimento no sentido de que a homologação judicial deve analisar a regularidade, voluntariedade e legalidade do acordo:

(...) 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de deliberação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador (...)

Além disso, outro momento de atuação do julgador nos acordos de colaboração premiada é o sentenciamento, quando o magistrado examina a efetividade da colaboração e determina o benefício a ser concedido ao colaborador.

²⁸ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Disposições extra e contra legem nos acordos de colaboração premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 182, ano 29. P 191-226. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

Entende-se, neste ponto, que o julgador está vinculado ao acordo homologado, mas somente quanto ao mínimo do benefício a ser concedido. No entanto, a vinculação não impõe condenação necessária do colaborador ou de outros réus delatados, diante da necessidade de respeito a outros critérios impostos em lei, como a regra de corroboração²⁹.

Nota-se, portanto, que a Lei 12.850/2013, especialmente após as alterações trazidas com a Lei 13.964/2019, apresenta critérios e regras delimitadas sobre os possíveis benefícios e obrigações do colaborador. Além disso, também prevê expressamente o dever do juiz de aferir a legalidade da colaboração premiada antes da sua homologação e na sua aplicação.

Como já apontado de maneira embrionária ao longo da pesquisa, e conforme será aprofundado no próximo item, destaca-se o papel dos princípios constitucionais e processuais penais para o preenchimento de lacunas e contradições deixadas pela legislação vigente, de modo a limitar abusos do poder estatal.

Entretanto, o que se vê na prática, especialmente nas colaborações celebradas no contexto da Operação Lava-Jato, é a inovação quanto ao conteúdo do acordo, em desrespeito aos ditames legais existentes, o que também será aprofundado adiante.

II.2: Limites ao conteúdo do acordo de colaboração premiada

Primeiramente, faz-se necessária análise do posicionamento de alguns autores importantes no tema da colaboração premiada, quanto às limitações do conteúdo dos acordos celebrados entre o órgão acusatório e colaboradores, de modo a evidenciar alguns fatores estáveis de delineamento das possíveis cláusulas, especialmente quanto à pena a ser cumprida pelo réu colaborador.

²⁹ VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada no processo penal – 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 121/122.

O principal delimitador do conteúdo das cláusulas de acordo de colaboração premiada deve ser a legalidade, entendida como regra de limitação efetiva do poder estatal.

O princípio da legalidade figura no nosso texto constitucional, inserido no rol de garantias fundamentais previstas no artigo 5º da Constituição, em seu inciso XXXIX³⁰. Também consta no mais importante texto legal internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 9, n. 2³¹.

Considerando o fato de que intervenções do direito penal possuem efeito social mais gravoso, a soberania do princípio da legalidade na sua aplicação possui especial relevância, já que confere segurança jurídica ao ordenamento e garante a proteção dos cidadãos diante do poder punitivo estatal.

Como bem salienta Nefi Cordeiro³², em obra dedicada ao estudo da colaboração premiada:

“Regra da lei prévia é fundamento não apenas de existência do crime, mas de sua pena e de todo o procedimento judicial – não pode o Estado-persecutor aplicar penas ou ritos sem previsão legal, mesmo a pretexto de beneficiar cidadãos. A lei é o limite ao estado, que em opções pretensamente mais favoráveis acabará por fixar penas ou ritos perigosamente diferenciados (a aparência de proteção isto concretamente não garante), em tratamento não igualitário aos demais acusados e sem legitimidade institucional para a criação”.

Nesse sentido, parte da doutrina, como o ex-Ministro e o autor Vinícius de Vasconcellos, defendem a limitação, por lei, dos possíveis benefícios, direitos e obrigações constantes de

³⁰ “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

³¹ “Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”.

³² CORDEIRO, Nefi. Colaboração Premiada: Caracteres, Limites e Controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 58.

acordos de colaboração premiada, de modo a reduzir a discricionariedade e a insegurança jurídica na celebração dos pactos³³.

Destacam, assim, a necessidade de respeito irrestrito à regra da anterioridade legal da pena, consubstanciada na necessidade de determinação legal prévia da repressão estatal a fatos tipificados como delituosos, sendo vedada a criação de penas diferenciadas, mesmo se resultante de negociação com o acusado.

No entanto, outros autores, como por exemplo Andrey Mendonça³⁴, defendem a ampla, mas não absoluta, possibilidade de negociação de outras cláusulas não expressamente previstas em lei. O autor mencionado estabelece, desse modo, alguns limites para o conteúdo do acordo, como i) a não vedação legal expressa do benefício; ii) a existência de relativa baliza legal, possibilitando a aplicação de analogia; iii) a licitude e moralidade do benefício; iv) o respeito a direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana; v) a razoabilidade da concessão do benefício; e, por fim, vi) a legitimidade do Ministério Público para negociar o benefício.

Há julgados dos Tribunais Superiores assentando a possibilidade de pactuação de benefícios distintos daqueles previstos na Lei 12.850/2013, desde que favoráveis ao colaborador. Nesse sentido:

“(...) 4. A fixação de sanções premiaias não expressamente previstas na Lei nº 12.850/2013, mas aceitas de modo livre e consciente pelo investigado, não gera a 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 (...)”

(STF, INQ 4.405/DF AGR, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27.02.2018)

“Por maioria, a Corte Especial do STJ admitiu a fixação de sanções penais atípicas no âmbito de um acordo de colaboração premiada. O ministro Og Fernandes, cujo voto

³³ VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada no processo penal – 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 179

³⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In BOTTINI, Pierpaolo Cruz e MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 96/97.

prevaleceu no julgamento, recordou que o próprio STF já homologou vários acordos com a previsão de benefícios atípicos.

O magistrado explicou que isso não significa liberdade absoluta às partes, pois, como já apontado pelo STF, a discricionariedade para a celebração do acordo é balizada pelas leis e pela Constituição.

O ministro destacou que, se é possível extinguir a punibilidade dos crimes praticados pelo colaborador (perdão judicial) ou isentá-lo de prisão (substituição da pena), com mais razão seria possível aplicar-lhe pena privativa de liberdade com regime de cumprimento mais benéfico.

‘O sistema deve ser atrativo ao agente, a ponto de estimulá-lo a abandonar as atividades criminosas e colaborar com a persecução penal. Ao mesmo tempo, deve evitar o comprometimento do senso comum de justiça ao transmitir à sociedade a mensagem de que é possível ao criminoso escapar da punição, ‘comprando’ sua liberdade com informações de duvidoso benefício ao resultado útil do processo penal’, concluiu Og Fernandes³⁵.

Contudo, ao contrário do entendimento aplicado pelos tribunais e de parte da doutrina, entende-se pela necessidade do estrito respeito à legalidade no momento da definição das cláusulas de colaboração premiada, uma vez que, apesar de aparentar beneficiar o colaborador em primeira análise, a expansão da não restrição no âmbito do acordo esvazia os limites do instituto, ocasionando, inevitavelmente, em esvaziamento do devido processo legal, e abrindo brechas para manifestações ilegítimas de poder³⁶.

Nesse ponto, pode-se destacar a experiência norte-americana com o *plea bargain*, como um exemplo de abuso do poder punitivo estatal com a ampliação da discricionariedade do órgão acusatório.

Como cediço, cerca de 90% das condenações proferidas nos Estados Unidos, tanto no âmbito estadual, quanto no federal, se deram em razão de acordos de *plea bargain*. Importa ressaltar, também, que os Estados Unidos possuem a maior população carcerária do mundo.

³⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Colaboração Premiada: os entendimentos recentes sobre o acordo entre o Estado e o investigado, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/04122022-Colaboracao-premiada-os-entendimentos-mais-recentes-sobre-o-acordo-entre-Estado-e-investigado.aspx>

³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada no processo penal – 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 180/181.

A busca pela eficiência, diante da suposta exacerbada complexidade do processo comum, e o aumento da criminalidade, culminou na expansão acelerada de mecanismos negociais na tradição jurídica estadunidense. Combina-se a esses fatores a total discricionariedade do órgão acusatório acerca dos termos da propositura da ação penal.

Nesse sentido, a autora Ananda de França Almeida³⁷ destaca medidas comumente adotadas pelos órgãos acusatórios nos Estados Unidos, de modo a compelir os acusados a aceitarem acordos de *plea bargain*, como o *overcharging* (imputação de condutas mais graves, ou série de condutas, sugerindo penas exageradas no início da persecução), a possibilidade de negociação da liberdade de outras pessoas (deixando de acusar uma terceira pessoa, por exemplo), e a possibilidade de a acusação apenas revelar suas provas num momento considerado oportuno.

Diante disso, a autora aponta que é simples entender o porquê de indivíduos se sentirem compelidos a se declararem culpados, aceitando uma pena mínima, ao invés de se submeter a um julgamento em que se têm consciência da possível aplicação de pena exacerbada, ou com consequências indesejadas para terceiros envolvidos, como familiares e amigos.

No entanto, esse exemplo ilustra perfeitamente o impacto da expansão ilimitada de mecanismos da justiça negocial, em detrimento de direitos fundamentais e com a ampliação irrestrita do poder punitivo estatal³⁸. A utilização de argumentos de caráter utilitarista não pode ser predominante em relação ao respeito às garantias constitucionais de indivíduos submetidos ao processo penal.

³⁷ VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada no processo penal – 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 181.

³⁸ ALMEIDA, Ananda França de. A (in)compatibilidade da ampla discricionariedade acusatória inerente ao *plea bargaining* com o acordo de colaboração premiada. In: Colaboração premiada: aspectos teóricos e práticos/Coordenação de André Luís Callegari – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 290.

Isso porque “o objeto primordial da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetivo sujeito no processo... o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal³⁹”.

Assentadas essas premissas, compreende-se a importância da aplicação dos princípios processuais penais como balizas da atuação persecutória estatal. Nesse sentido, Nefi Cordeiro⁴⁰ destaca a própria prevalência do modelo acusatório no sistema estabelecido pela Constituição Federal de 1988 como limitador principiológico ao conteúdo da colaboração premiada.

Em linhas gerais, o sistema acusatório é caracterizado pela i) clara distinção entre as funções de acusar e julgar, ii) a iniciativa probatória deve ser das partes, iii) o juiz é terceiro imparcial, alheio à investigação e passivo no que se refere à coleta da prova; iv) tratamento igualitário das partes; v) publicidade do procedimento; vi) contraditório e possibilidade de defesa; vii) ausência de tarifa probatória, sendo a sentença resultado de livre convencimento motivado do magistrado; viii) instituição, atendo-se a critérios de segurança jurídica; e, finalmente, ix) possibilidade de impugnação de decisões e duplo grau de jurisdição⁴¹.

A principal característica do modelo inquisitório, por sua vez, é a concentração das funções de acusação e julgamento em uma mesma figura, o inquisidor, tornando-se o acusado mero objeto da investigação, e não sujeito processual. O sistema, contudo, foi amplamente desacreditado, por incidir em erro básico: acreditar que uma mesma pessoa poderia desempenhar funções tão distintas como acusar e julgar⁴².

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.39/40.

⁴⁰ CORDEIRO, Nefi. Colaboração Premiada: Caracteres, Limites e Controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 66/70.

⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 220.

⁴² LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 222/230.

De acordo com Nefi Cordeiro⁴³, o modelo negocial da colaboração premiada, caso aplicado sem cautela, acarreta nova concentração de poderes acusatórios e julgadores, especialmente na fixação de pena concreta ao colaborador e de início antecipado da execução penal, como será aprofundado adiante.

O autor destaca que a o estabelecimento de pena pelo órgão acusatório durante a negociação do acordo cria sistema no qual o Ministério Público acumula as funções de investigação, acusação, admissão de culpa e determinação da sanção a ser cumprida, chegando ao ponto até de fixar o momento da sua execução. Trata-se de clara reunião de funções processuais distintas, fazendo expressa alusão ao formato inquisitório de processo penal.

Essa tendência, de acordo com o ex-Ministro, compromete a isenção da atuação estatal, fazendo ressurgirem riscos do sistema inquisitório, como o desaparecimento de controles de partes, o esmaecimento de possibilidades de revisão e a coisificação do réu.

Desse modo, para que seja assegurada a observância do sistema legal acusatório estabelecido constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária a atuação do magistrado na definição da culpa do réu colaborador, aplicando-se a pena correspondente ao delito apurado, com os benefícios de redução negociados no âmbito da colaboração. Ao Ministério Público, caberá negociar os parâmetros a serem aplicados⁴⁴.

Outro princípio que obviamente deve incidir sobre o conteúdo das previsões de acordos de colaboração premiada é o devido processo legal, o qual está presente no texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso LIV⁴⁵.

O principal objetivo dessa cláusula é que, em um Estado Democrático de Direito, deve sempre se interpor um processo, devidamente conduzido por um juízo competente e imparcial,

⁴³ CORDEIRO, Nefi. Colaboração Premiada: Caracteres, Limites e Controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 67/69.

⁴⁴ Ibidem

⁴⁵ “Ninguém será provado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

entre o indivíduo e a coação estatal que pode ser aplicada sobre seus bens e, especialmente, sobre sua liberdade⁴⁶.

Nota-se, portanto, que é do devido processo legal que decorrem as demais garantias aplicáveis ao processo penal, como a vedação da imposição de pena sem prévio processo e ato judicial (*nulla poena sine iudicio*), regra central para o objeto da presente pesquisa, e que será explorada com maior profundidade no próximo capítulo.

Assim, a garantia do devido processo legal perpassa pela necessidade de existência de processo justo, compreendido como aquele que visa a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Destaca-se, ainda, que a positivação, no texto da lei, de princípio que já decorria do próprio sistema constitucional, mostra a intenção do legislados de assegurar o cumprimento substancial do dispositivo.

No âmbito da colaboração premiada, isso significa que a ordem constitucional deve ser levada em consideração quando da interpretação acerca dos limites do conteúdo e da aplicação do instituto.

II.3: A colaboração premiada e o legado da Operação Lava-Jato na prática jurídica brasileira

Apesar de a Lei 12.850/2013 estabelecer critérios específicos quanto à colaboração premiada, bem como a existência de claros limites principiológicos decorrentes do texto constitucional e amplamente discutidos pela doutrina, a Operação Lava-Jato constituiu marco

⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 460.

de extrapolação de balizas legais, especialmente no que tange ao conteúdo dos acordos de colaboração.

Nesse ponto, faz-se necessária breve exposição sobre a referida operação e seus principais desdobramentos.

A Operação Lava-jato foi deflagrada em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, a partir de investigações que apuravam a atuação de quatro doleiros. Posteriormente, com o avanço das inquirições, foram descortinadas participações de agentes públicos e empresários, apurando-se irregularidades na Petrobrás e em contratos vultosos celebrados no Brasil, como a construção da usina de Angra 3⁴⁷.

Rapidamente, a operação tomou proporções gigantescas, com frentes de investigação abertas ao redor do país, mas principalmente nos estados do Paraná, Rio de Janeiro, São Paulo e no Distrito Federal. As apurações abalaram o sistema político brasileiro, trazendo para o foco das investigações e para o banco dos réus dirigentes dos maiores partidos do país, parlamentares, ex-ministros e até mesmo ex-presidentes da República, bem como executivos e empresários das maiores empreiteiras e empresas atuantes no território nacional.

O próprio Ministério Público Federal passou a descrever a operação como “*a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história recente do Brasil*”⁴⁸.

A condução das investigações foi marcada pelo estabelecimento de forças-tarefas, comandadas por procuradores da República que alcançaram grande destaque midiático, como Deltan Dallagnol, posteriormente eleito como deputado federal e, cujo mandato foi cassado em 2023.

⁴⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Caso Lava-Jato. Entenda o caso. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>

⁴⁸ Ibidem

Além disso, as operações também trouxeram protagonismo aos juízes titulares das varas federais onde os principais processos e procedimentos tramitavam, como Sérgio Moro, que posteriormente foi nomeado ao cargo de Ministro da Justiça, e Marcelo Bretas, que acabou afastado pelo Conselho Nacional de Justiça em razão de sua atuação em processos lava-jatistas.

Moro, em realidade, foi o grande protagonista da operação Lava-Jato, alçado ao posto de herói nacional por parte da sociedade que clamava pela busca desenfreada ao combate à corrupção e ao desmantelamento de esquemas que alcançavam os mais diversos núcleos políticos e econômicos do país.

Em 2004, o ex-juiz havia escrito artigo sobre a Operação Mãos Limpas⁴⁹, deflagrada na Itália em 1922, a qual aplicou técnicas não compatíveis com o sistema acusatório na condução das investigações, e que pode ser considerada como inspiração para a condução da Lava-Jato brasileira.

Ao final do artigo, o ex-juiz concluiu que estariam presentes, no Brasil, condições para a realização de ação judicial semelhante⁵⁰, ressaltando, ainda, que seria impossível conceber um processo criminal contra figuras poderosas sendo conduzidos normalmente e sem reações⁵¹.

Essa afirmação foi traduzida na condução da Lava-Jato, a qual foi marcada por vícios processuais, amparados pelo anseio punitivista social, que acabou sendo incorporado pelos agentes jurídicos.

⁴⁹ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. Revista CEJ, Brasília, v. 8, n. 26, p. 56-62., jul./set. 2004. p. 56-62.

⁵⁰ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato, Revista Brasileira de Direito Processual Penal. 2020, p. 95.

⁵¹ GLOBO, Por que Sergio Moro responsável por julgar casos da Lava-Jato incomoda tanto. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2015/10/por-que-sergio-moro-responsavel-por-julgar-casos-da-lava-jato-incomoda-tanto.html>

Após 79 (setenta e nove) fases, a já enfraquecida operação, principalmente após o vazamento, em 2019, de mensagens privadas atribuídas ao ex-juiz Sérgio Moro e procuradores que lideravam as forças-tarefa da Lava-Jato, as quais colocavam em dúvida a imparcialidade das investigações, foi encerrada no ano de 2021.

A Operação Lava-Jato, contudo, não foi responsável somente por mudar os rumos políticos do país, auxiliando na rápida ascensão de políticos que seguiam o rastro do discurso anticorrupção, mas também por modificar a própria estrutura da justiça criminal brasileira, a partir, a título de exemplo, da aplicação desenfreada da regra da prevenção para fixação de competência, da maximização dos processos, e, até mesmo, da edição e promulgação da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que positivou em lei várias das práticas já aplicadas nos processos lava-jatistas.

A principal consequência da Operação Lava-Jato que importa para o objeto deste estudo é a massificação do uso das colaborações premiadas, consistente em instrumento importante de condução das investigações pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal. As narrativas dos colaboradores, e os elementos de corroboração obrigatoriamente apresentados em seus termos, foram essenciais para que o órgão acusatório compreendesse como eram praticados delitos complexos e de difícil elucidação.

De acordo com relatório do *Parquet*, foram celebrados 209 acordos de colaboração no âmbito da operação, sendo 138 deles homologados pelo Supremo Tribunal Federal. Foram devolvidos aos cofres públicos 4,3 bilhões de reais, além de terem sido pactuadas multas compensatórias que totalizaram 2,1 bilhões de reais⁵².

Um dos efeitos desta massificação do uso da colaboração premiada nos maxiprocessos da Operação Lava-Jato foi o deslocamento do centro informativo do procedimento para a fase de investigação, já que as declarações dos colaboradores e as provas de corroboração

⁵² MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Caso Lava Jato. Resultados. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>

apresentadas foram utilizadas para formar o convencimento dos julgadores, na maioria dos casos⁵³.

A influência da mídia durante a Operação Lava-Jato também é ponto importante para compreender quais elementos permitiram as interpretações que levaram às alterações das práticas processuais naquele momento.

O autor Raphael Boldt, em artigo que analisa os maxiprocessos criminais, a corrupção e a mídia⁵⁴, destacou a figura da imprensa como uma “fábrica da realidade”, termo cunhado por Zaffaroni⁵⁵, apontando que:

“a mídia tem desempenhado papel fundamental nesse contexto, pois promove a corrosão simbólica do processo penal garantista e a legitimação do poder punitivo, inclusive de seus excessos, por meio de uma narrativa que estabelece o consenso acerca da necessidade de endurecimento do sistema penal contra a “corrupção” estrutural e a elite política e econômica que, supostamente, assume os valores da velha política. Como resultado da primazia desse discurso, a mobilização dos aparatos punitivos se impõe como única alternativa para a contenção da criminalidade, sobretudo no que se refere aos crimes econômico-financeiros.”.

A subversão da lógica do devido processo legal, portanto, foi sustentada por um falacioso discurso de que os fins justificariam os meios. Essa tendência pode ser observada, como já destacado, nas próprias disposições constantes dos termos de colaboração premiada celebrados durante a Operação Lava-Jato.

⁵³ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato, Revista Brasileira de Direito Processual Penal. 2020

⁵⁴ BOLDT, Raphael. Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação lava jato. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1209-1237, set./dez. 2020, p. 1231/1232.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 12

Santoro⁵⁶, em artigo desenvolvido a partir de análise qualitativa de acordos pactuados até o segundo semestre de 2017, destacou quais previsões de benefícios, obrigações e renúncias *extra e contra legem* foram identificadas.

Para os fins da presente pesquisa, serão destacadas apenas as previsões referentes às penas dos réus colaboradores.

O autor aponta, primeiramente, o fato de os acordos disporem sobre a própria quantidade da pena, e a forma de execução, reunindo em um único instrumento todas as investigações e processos em curso ou futuros que tenham relação com o objeto do acordo. Além disso, é comum verificar a criação de regimes prisionais inexistentes na legislação pátria, ou até mesmo a definição do local onde a pena privativa de liberdade viria a ser cumprida pelo réu colaborador.

Também foi comum a estipulação de benefícios em relação à pena de multa, o que não possui amparo na Lei 12.850/2013. Os acordos também previram a suspensão das ações penais, inquérito e demais procedimentos em curso ou relacionados aos fatos objeto da colaboração por alguns anos, com a consequente suspensão do prazo prescricional.

Tanto nos casos de cláusulas manifestamente contrárias à legislação vigente, ou apenas *extra legem*, o autor destaca que, em tese, os benefícios pactuados deveriam ser tratados como situações excepcionais, necessitando-se respeitar os limites do princípio da legalidade, tendo em vista que os acordos são negócios processuais regidos pelas normas de Direito Público.

Os apontamentos feitos interessam à presente pesquisa, na medida em que demonstram como argumentos utilitaristas e falaciosos em nome do combate à corrupção, em atendimento ao clamor social punitivista incendiado pela cobertura midiática, se sobressaíram em relação às

⁵⁶ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Disposições extra e contra legem nos acordos de colaboração premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 182, ano 29. P 191-226. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021, p. 200/203.

garantias processuais penais, constitucionais e ao devido processo legal, principalmente quanto à aplicação dos acordos de colaboração premiada.

Nota-se que foram diversas as disposições *contra e extra legem* presentes nos acordos celebrados durante a Operação Lava-Jato, e a análise dos efeitos práticos deste período ainda demandará anos de produção acadêmica.

Contudo, retornando ao eixo do objeto desta pesquisa, o próximo capítulo do estudo será dedicado à discussão sobre as cláusulas de cumprimento imediato de pena na colaboração premiada.

CAPÍTULO III – CLÁUSULAS DE CUMPRIMENTO IMEDIATO DE PENA EM ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

III.1: Cláusulas de cumprimento imediato nos tribunais brasileiros.

No momento de auge da Lava-Jato, em que imagens de prisões cautelares e medidas coercitivas eram estampadas nos veículos de imprensa diariamente, colaboradores que se viam como alvos próximos dos desdobramentos seguintes da operação, frequentemente pactuavam com o Ministério Público penas e regimes de cumprimento mais benéficos, que seriam iniciadas imediatamente, cobertos pela intenção de encerrar logo esse capítulo de suas vidas, possibilitando um retorno ao seu cotidiano mais rapidamente.

Dessa maneira, tornaram-se cada vez mais frequentes notícias da celebração de acordos de colaboração premiada que contivessem cláusulas de cumprimento antecipado das penas pactuadas, tanto após a assinatura do acordo, quanto após a sua homologação.

Cláusula nesse sentido foi incluída, por exemplo, ao acordo de colaboração de José Sérgio de Oliveira Machado, em seu parágrafo primeiro, letra e, com a redação a seguir:

“e) É facultado ao COLABORADOR requerer ao órgão judicial que houver homologado este acordo, desde que o faça e até 30 (trinta) dias contados da homologação, autorização para cumprir antecipadamente a pena privativa de liberdade, desde logo isentando a União de toda e qualquer responsabilidade caso não venha, por qualquer fundamento, a sofrer condenação penal ou, sofrendo, caso as penas privativas de liberdade que lhe forem aplicadas sejam inferiores ao ora pactuado”.⁵⁷

Também foram veiculadas notícias jornalísticas sobre a existência de cláusulas de cumprimento antecipado de pena nos acordos de colaboração premiada celebrados por executivos da empreiteira Odebrecht. De acordo com matéria de Walter Nunes, da Folha de

⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PET 6.138. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf>

São Paulo⁵⁸, pelos termos dos acordos, os quais permanecem em sigilo, dezenas de delatores seriam submetidos a penas de prisão, sem terem sido formalmente denunciados, ou sequer investigados.

A imprensa também noticiou⁵⁹ que pelo menos um dos delatores da Odebrecht, Paulo Cesera, requereu ao Ministro Edson Fachin, relator da Lava-Jato no Supremo Tribunal Federal, que permitisse o cumprimento antecipado da prisão domiciliar imposta em seu acordo. Instada a se manifestar, a procuradora Rachel Dodge opinou favoravelmente ao requerimento, destacando que a antecipação da pena seria responsabilidade do delator.

Segundo informações, Paulo Cesera teria motivado o requerimento na sua intenção de “virar a página”, e dar prosseguimento à sua vida profissional o quanto antes.

Outro termo de colaboração divulgado publicamente, com disposições neste sentido, foi o acordo do colaborador Delcídio do Amaral Gomez⁶⁰, que possui capítulo intitulado “*das condições incidentes antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”, com cláusulas 13^a, 14^a e 15^a determinando o cumprimento de medidas privativas de liberdade nos meses seguintes à homologação do acordo.

Todos os acordos mencionados acima foram homologados pelo Supremo Tribunal Federal, com ou sem ressalvas quanto às cláusulas de cumprimento imediato de pena.

⁵⁸ FOLHA DE S. PAULO, Delatores da Odebrecht cumprirão pena sem condenação, 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1863736-delatores-da-odebrecht-cumprirao-pena-sem-condenacao.shtml>

⁵⁹ GLOBO, Delator da Odebrecht em liberdade pede pra cumprir pena sem ter sido condenado. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/delator-da-odebrecht-em-liberdade-pede-para-cumprir-pena-sem-ter-sido-condenado-22037964>

⁶⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PET 5.952, disponível em https://estaticog1.globo.com/2016/03/15/DELACAODELCIDIO.pdf?_ga=2.199271469.2081464120.1687715916-1096936231.1674831419

No caso do acordo de Sérgio Machado, o saudoso Ministro Teori Zavazki proferiu decisão de homologação⁶¹ nos seguintes termos:

“Por fim, embora nada impeça o imediato cumprimento do acordado por José Sérgio de Oliveira Machado nas cláusulas 1ª, 2ª e 3ª, b, o art. 4º, caput e §§§ 1º, 2º e 22, da Lei 12.850/2013 não deixa margem à dúvida no sentido de constituírem os benefícios acordados, ainda que homologados (JC 127483, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015), direitos cuja fruição estará condicionada ao crivo do juiz sentenciante, no caso concreto, à luz desses parâmetros. Portanto, o cumprimento antecipado do acordado, conquanto possa se mostrar mais conveniente ao colaborador, evidentemente não vincula o juiz sentenciante, nem obstará o exame judicial no devido tempo”

Nota-se, portanto, que, naquela oportunidade, o Ministro fez observação quanto ao cumprimento antecipado, destacando que, apesar de possível, o início estaria condicionado ao juízo sentenciante, responsável pela aplicação da pena prevista no acordo.

O mesmo entendimento foi adotado pela Ministra Carmen Lúcia, que assumiu provisoriamente a relatoria de processos relacionados à Lava-Jato após o trágico acidente envolvendo o Ministro Teori Zavaski. Segundo notícias circuladas pela mídia⁶², a Ministra despachou nos autos das colaborações, as quais são sigilosas, nos termos abaixo:

“Segundo a Folha apurou, a ministra faz uma ressalva em seu despacho, que também está sob sigilo, quanto ao trecho que determina o cumprimento imediato da pena.

‘O cumprimento antecipado do acordado, conquanto possa se mostrar mais conveniente ao colaborador, evidentemente não vincula o juiz sentenciante, nem obstará o exame judicial no devido tempo’, diz o despacho.

Ou seja, apesar de o acordo prever cumprimento imediato de pena, a ministra faculta essa decisão aos juízes que serão responsáveis por cada ação decorrente da delação – os casos revelados pela Odebrecht seguiram para o Judiciário nos Estados”.

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PET 6.138. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf>

⁶² MSN NOTÍCIAS. Oito meses após delações de 77 executivos, apenas Marcelo Odebrecht está preso, 2017. Disponível em: <https://www.msnoticias.com.br/policia/oito-meses-apos-delacoes-de-77-executivos-apenas-marcelo-odebrecht/74880/>

Na decisão de homologação⁶³ do acordo de Delcídio do Amaral, por sua vez, o Ministro Teori Zavaski não fez ressalva quanto às cláusulas de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, momento no qual assentou que:

“Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, e certa que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, o conjunto das cláusulas do acordo guarda harmonia com a Constituição e as leis, com exceção da expressão ‘renúncia’ a garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, constante no título VI do acordo (fl. 20), no que possa ser interpretado como renúncia a direitos e garantias fundamentais, devendo ser interpretada com a adição restritiva ‘ao exercício’ da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins”.

As decisões colacionadas acima, as quais evidentemente não exaurem os pronunciamentos sobre o tema, sendo trazidas a título de exemplo e para a realização de uma análise qualitativa, demonstram que não há linearidade no entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de pactuação de cláusulas impondo o cumprimento antecipado de penas privativas de liberdade.

As mesmas inconsistências se espriam nos outros tribunais brasileiros.

Em julgamento recente da Pet 12.673, cujos autos estão em sigilo, o Superior Tribunal de Justiça analisou se a previsão de cumprimento imediato de pena privativa de liberdade após a homologação de acordo de colaboração ofenderia o devido processo legal e a presunção de inocência.

Apesar de o julgamento não ter sido concluído, em razão de pedido de vista do Ministro Mauro Campbell, o relator do feito, Ministro Raul Araújo, já proferiu seu voto, conforme notícia⁶⁴ a seguir:

⁶³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PET 5.952, disponível em https://estaticog1.globo.com/2016/03/15/DELACAODELCIDIO.pdf?_ga=2.199271469.2081464120.1687715916-1096936231.1674831419

⁶⁴ CONJUR, STJ julga execução imediata de pena após homologação de delação premiada. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-03/stj-julga-execucao-imediata-pena-homologacao->

“Em sessão nesta quarta, Raul Araújo votou por negar o recurso da defesa. Apontou que a forma de cumprimento da pena no caso concreto não é prisão no sentido estrito de reprimenda estatal, mas mera condição do acordo com o qual o colaborador concordou.

Com isso, destacou que não se pode invocar o devido processo legal e a presunção de inocência para, violando legítima expectativa do Ministério Público Federal e em ofensa ao dever de lealdade, deixar de cumprir o que foi combinado somente na parte que lhe interessa.

(...)

‘A existência do espaço de negociação é a essência da colaboração premiada’, apontou o ministro Raul. Assim, retirar o cumprimento imediato da pena do acordo extirparia o principal custo imposto ao colaborador pelo Ministério Público Federal. ‘Comprometeria todo o acordo’, resumiu”.

Nota-se que o Ministro adota o entendimento de prevalência da autonomia da vontade e liberdade de negociação das partes para justificar o cumprimento antecipado da pena, que já teria sido acordado entre o Ministério Público e o colaborador.

Nos autos da carta de ordem nº 35618-64.2016.4.01.3400, foi acostado o termo de colaboração celebrada entre a Procuradoria Geral da República e Benedito Rodrigues de Oliveira Neto, do qual ressalta-se a seguinte cláusula:

“CLÁUSULA 5 - Considerados a ausência de antecedentes criminais, o fato de que o COLABORADOR ser um dos integrantes da organização criminosa e não ter sido o primeiro a prestar efetiva colaboração, além da gravidade e repercussão social dos fatos por ele revelados, a utilidade potencial da colaboração prestada, inclusive em face do tempo e da dificuldade em alcançar as provas das condutas, uma vez cumpridas integralmente as condições impostas neste acordo para o recebimento dos benefícios e desde que efetivamente obtidos os resultados previstos nos incisos I, II, III e IV, do art. 4º, da Lei n. 12.850/13, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e o COLABORADOR ajustam, nos feitos e procedimentos em que venha a figurar como sujeito passivo, especialmente relacionados aos inquéritos n. 1.059, 1.103, 1.104, 1.105 e 1.106 do Superior Tribunal de Justiça, bem como, cumulativamente, em qualquer feito ou procedimento criminal já instaurado ou por instaurar cujo objeto coincida com os fatos revelados na colaboração ora pactuada, a seguinte premiação legal, desde logo aceita: (...) 1) o perdimento antecipado da aeronave BEECH AIRCRAFT, modelo C90A, número de série LJ-1287, matrícula PR-PEG, de propriedade da empresa BRIDGE Participações S/A, da qual é o acionista controlador, com o que não sofrerá nenhuma outra restrição patrimonial na esfera penal, além da multa prevista no item e desta cláusula;”

Após a homologação, o Parquet fez um requerimento para que fosse expedido ofício à SPU e à ANAC com fim de viabilizar o perdimento da aeronave indicada no acordo de colaboração. O Min. Herman Benjamin, responsável pela homologação do acordo no Superior Tribunal de Justiça, proferiu então o seguinte despacho:

“5. Indefiro a expedição de ofício à SOU, neste momento, assim como a expedição de mandado à ANAC, porque o efetivo perdimento do bem só se dará com o julgamento e em caso de condenação, nos termos da decisão de fls. 111-117. A destinação provisória do bem está sendo tratada na Pet 11.240. Eventualmente, e se for o caso, poderá a aeronave ser alienada antecipadamente e o produto da venda depositado em conta judicial, à disposição do juízo.”

Neste caso, o Ministro Herman Benjamin aplicou entendimento contrário ao voto do Ministro Raul Araújo, indo além ainda em seu raciocínio jurídico, uma vez que estendeu a inviabilidade do cumprimento imediato da sanção não só para a pena privativa de liberdade, como também para cláusulas de perdimento de bens.

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, perante o qual passaram muitas ações da Operação Lava-Jato, a 8ª Turma negou recurso do engenheiro Agostilde Mônaco de Carvalho, ex-funcionário da área internacional da Petrobrás, nos autos do processo nº 5041088-03.2018.4.04.7000, pugnando pela execução antecipada de pena de prestação de serviços comunitários⁶⁵, conforme a ementa a seguir:

“‘OPERAÇÃO LAVA-JATO’. EXECUÇÃO PENAL. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. COMPETÊNCIA. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. EXECUÇÃO ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL.

1. A execução penal oriunda dos juízos da Seção Judiciária do Paraná compete ao Juízo da 12ª Vara Federal de Curitiba/PR, nos termos do artigo 65 da Lei de Execução Penal, da Resolução no 96, de 10/09/2015, e da Resolução no 18, de 24/04/2007, ambas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

⁶⁵ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. TRF4 nega cumprimento de prestação de serviço comunitário acordado em delação antes da sentença. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=14487

2. Não é compatível com as regras processuais penais a fixação de um juízo da execução por eleição ou a concentração no juízo homologatório da colaboração premiada, como se juízo universal fosse.

3. O acordo de colaboração premiada tem natureza de negócio jurídico processual, sendo, no que diz respeito aos benefícios, mero balizador do cumprimento da pena.

4. Revogado o acordo por decisão judicial que reconheça a responsabilidade do colaborador, poderão ser cassados os benefícios e determinado o cumprimento da pena nos moldes fixados no título penal condenatório.

5. O acordo de colaboração premiada judicialmente homologado não tem natureza de título executivo judicial condenatório, não se admitindo a execução antecipada da pena sem o trânsito em julgado ou exaurimento do segundo grau de jurisdição.

6. Agravo de execução improvido”.

(grifos meus)

A Turma acompanhou, por unanimidade, o primoroso voto do Desembargador João Pedro Gebran Neto, relator do feito, cujos trechos merecem reprodução no presente texto:

“Calha dizer, a propósito, que condições previstas em acordo de colaboração premiada, sobretudo aquelas que modificam ou por vezes inviabilizam a própria constituição, mesmo que homologadas pelo juízo competente, são de duvidosa constitucionalidade.

(...)

Ademais, ainda que haja acordo firmado entre as partes e homologação judicial, não se pode ignorar que compete ao Poder Judiciário o dever de fixar a reprimenda, dando à colaboração a deferência que lhe é merecida, mas não estando a ela vinculado obrigatoriamente. É de se imaginar, nessa perspectiva, a temeridade de iniciar-se a execução antecipada com fundamento no acordo de colaboração premiada para posteriormente chegar-se a um processo absolutório”.

É de especial relevância para esta pesquisa o trecho no qual o Desembargador afirma que cláusulas que modificam os preceitos instituídos pela Constituição federal, mesmo que homologadas por juízo competente, possuem consequência jurídica duvidosa.

Novamente, importa ressaltar que as decisões colacionadas neste item são apresentadas a título de exemplo, inexistindo qualquer pretensão de esgotar o pronunciamento dos tribunais brasileiros quanto às cláusulas de cumprimento antecipado, ou de realização de análise quantitativa ou estatística dos entendimentos.

No entanto, os exemplos expostos demonstram a ausência de consenso quanto à legalidade das referidas cláusulas.

III.2: Cláusulas de cumprimento antecipado de pena na doutrina brasileira

Quanto à posição da doutrina sobre a legalidade das referidas cláusulas, destaca-se a prevalência da tese de impossibilidade do início de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

Nesse sentido, o Ministro aposentado Nefi Cordeiro⁶⁶ chama atenção para o perigo na execução imediata da pena negociada pelo Ministério Público, apontando que tal medida “*restaura indevidamente um modelo inquisitório de processo, com concentração de todos os poderes no órgão acusador*”.

O autor continua seu raciocínio, salientando que a execução imediata de pena negociada causa confusão não apenas de funções processuais, mas de suas próprias fases e garantias. A ordem constitucional brasileira impõe ao Judiciário a obrigação de determinar o cumprimento da sanção penal, após verificadas a presença de todas as justificadoras da acusação penal.

O Ministro aposentado traz, ainda, em sua obra, importante trecho dos autores Canotilho e Brandão, o qual é reproduzido no presente texto:

“O início de uma pena criminal, ainda para mais por simples e directa determinação do Ministério Público, sem que haja uma sentença judicial que a decrete configura uma autêntica aplicação da pena sine iudicio e sine iudex. Nada que, obviamente, se possa aceitar num Estado de direito. A jusestadualidade que deve caracterizar a república Federativa do Brasil e comandar a acção de todos os seus órgãos não consente que um réu sofra a execução de uma pena criminal sem um prévio e devido processo penal (art. 5º, LIV, da Constituição Brasileira)”⁶⁷.

⁶⁶ CORDEIRO, Nefi. Colaboração Premiada. Caracteres, limites e controles. Editora Forense, 2020, p. 66.

⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava-Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017, p. 159, *In* CORDEIRO, Nefi. Colaboração Premiada. Caracteres, limites e controles. Editora Forense, 2020, p. 66.

Vinicius de Vasconcellos⁶⁸ segue o mesmo entendimento, defendendo a nulidade das cláusulas de cumprimento antecipado de pena, uma vez que desvirtuam por completo a lógica procedimental estruturada pela Lei 12.850/2013, a qual define dois momentos inquestionáveis de atuação do julgador no acordo de colaboração premiada: a homologação e o sentenciamento. A sistemática criada pela execução imediata da pena autorizaria a imposição de sanções a indivíduos ainda não processados, condenados, ou até mesmo investigados, o que viola as premissas mais básicas de presunção de inocência e devido processo legal.

O autor aponta, ainda, que cláusulas de cumprimento antecipado também caracterizariam descumprimento do disposto no § 16, do artigo 4º da Lei 12.850/2013, uma vez que somente com o transcorrer do processo é que poderiam ser produzidas provas incriminatórias aptas a embasar uma sentença condenatória, que não pode ser fundada exclusivamente nas declarações de colaboradores.

Rodrigo Capez⁶⁹, em artigo analisando a sindicabilidade de acordos de colaboração, também expõe seus argumentos pela inconstitucionalidade da execução imediata da pena negociada, destacando que a possibilidade de detração penal, prevista no artigo 42 do Código Penal, do tempo de prisão cautelar eventualmente cumprida pelo colaborador não pode ser confundida com a sua submissão imediata à execução da pena, assim que homologado o acordo, antes de qualquer condenação ou do próprio início da ação penal.

O Ministro Gilmar Mendes⁷⁰, do Supremo Tribunal Federal, ao explorar os desafios da conciliação do sistema de justiça brasileiro com o acordo de colaboração premiada, salienta como o estabelecimento de cláusula de cumprimento antecipado de pena consiste em exemplo

⁶⁸ VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada no processo penal – 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 218/2019.

⁶⁹ CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. *In In* BOTTINI, Pierpaolo Cruz e MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 226.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Sistema de Justiça e Colaboração Premiada: o desafio da conciliação. *Revista Jurídica da Presidência, Brasília*, v. 21, n. 124, jun/set 2019, p. 240-261. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2019v21e124-2019>

claro de negociação que desrespeita a legislação vigente e a Constituição, significando verdadeira renúncia a direito fundamental e extrapolando a própria atividade judicial.

O autor Andrey Borges de Mendonça, ao contrário dos demais processualistas citados anteriormente, defende uma posição intermediária, argumentando pela impossibilidade de cláusulas de cumprimento imediato de penas privativas de liberdade, em regime prisional (especialmente fechado), mas opinando pela possibilidade de início antecipado de outros benefícios pactuados, como a prisão domiciliar, penas em regimes semiaberto e aberto, prestação de serviços à comunidade e multas.

O principal ponto utilizado pelo autor para justificar sua posição é o fato de que, sendo a cláusula negociada entre o colaborador e o Ministério Público, impõe-se que a manifestação de interesse da parte se sobressaia em relação a uma interpretação inflexível do princípio do *nulla poena sine iudicio*.

Logo, nota-se que o argumento de destaque entre os doutrinadores que defendem a primeira posição apresentada é a constatação de que a possibilidade de serem pactuadas cláusulas de cumprimento antecipado de penas por colaboradores subverte a lógica da justiça criminal brasileira, ferindo de morte as principais garantias fundamentais relacionadas ao processo penal.

Como cediço, o princípio da presunção da inocência está consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, e constitui regra de tratamento ao imputado no decorrer de toda a persecução penal.

Nos comentários feitos por Nereu José Giacomolli⁷¹ ao dispositivo em questão, o autor ressalta que:

⁷¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 475.

A presunção de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico do processo penal. Este, quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana (CHUAVARIO, 2000, p. 75_, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa. A adoção ou não do princípio da presunção de inocência revela a opção constitucional de um modelo de processo penal (ILLUMINATI, 1984, p. 15)

(...)

Por isso, a prisão só se justifica após uma sentença condenatória com trânsito em julgado e prisão processual não representa uma antecipação dos efeitos de uma condenação, a qual somente encontra suporte nas estreitas limitações constitucionais de caráter cautelar e vinculadas às necessidades processuais⁷².

A privação de liberdade é, desse modo, situação absolutamente excepcional, a qual só pode ser imposta após sentença condenatória transitada em julgado, ou nas hipóteses específicas que autorizam a aplicação de prisões cautelares.

Além disso, o modelo acusatório que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro separa diametralmente as funções que devem ser exercidas pelo órgão acusatório e pelo julgador, sendo incabível que determinações sobre a natureza da pena, sua quantidade ou o momento do seu cumprimento sejam feitas pelo Ministério Público, sob pena de resgate dos vícios do modelo inquisitório.

A garantia do devido processo legal também se coloca como limite ao estabelecimento de cláusulas de cumprimento imediato de pena. O postulado, compreendido no regramento constitucional e infralegal brasileiro como um *superprincípio*, atua como vetor de interpretação de diversos outros direitos e deveres aplicáveis às partes que integram uma relação processual.

Conforme afirmado por Aury Lopes Jr⁷², em obra sobre os fundamentos do processo penal brasileiro:

⁷² LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 57.

“A pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total do processo penal, posto que, se o processo termina antes de desenvolver-se completamente (arquivamento, suspensão condicional, etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade), não pode ser imposta uma pena”.

Para mais, como já destacado na presente pesquisa, o princípio processual penal do *nulla poena sine iudicio* decorre das garantias mencionadas acima e impõe a necessidade de que a execução do direito de punir pelo estado decorra de determinação direta do julgador, não importando que o acusado manifeste expressamente seu desejo de submissão à sanção.

Por outro lado, argumentos relacionados à prevalência da manifestação de vontade do colaborador sustentam os defensores da possibilidade de pactuação de cláusulas de cumprimento imediato. Para estes autores, o fato de o acordo ser fruto de negociação entre o Ministério Público e o colaborador, traria um dever de lealdade, vinculando o delator ao cumprimento dos termos com os quais concordou.

Neste ponto, faz-se necessária a exposição de uma ressalva.

Como já exposto ao longo desta pesquisa, um dos caracteres que permaneceu estável na evolução da disciplina normativa sobre a colaboração premiada, é a voluntariedade. Isso significa que a manifestação de vontade do colaborador deve ser declarada com plena consciência e liberdade, sendo vedada qualquer forma de coação.

Entretanto, deve-se levar em consideração o fato de que o acordo de colaboração premiada não está sendo celebrado entre partes iguais, em condições paritárias, mas sim entre um indivíduo e o Estado, representado pelo órgão acusatório.

Durante a negociação dos termos do acordo, o colaborador se encontra em posição de clara desvantagem, e não tem a possibilidade de vetar qualquer cláusula que lhe desagrade, até

mesmo quando violam garantias asseguradas pela Constituição ou ultrapassam os limites legais de discricionariedade do Ministério Público.

O contexto da Operação Lava-Jato possui especial relevância para a compreensão desta disparidade. As megaoperações representaram momento de subversão de garantias da justiça criminal brasileira, incendiados pelo conceito de “escândalo” veiculado diariamente na imprensa.

Nesse momento, tornou-se comum que o Ministério Público utilizasse de mecanismos indiretos de coação, os quais acabavam por constranger alvos da Operação a celebrar acordos de colaboração premiada.

A exposição de documentos sigilosos, conversas e vídeos captados em investigações, as conduções coercitivas, as medidas de busca e apreensão domiciliares empregadas pelas autoridades policiais no primeiro horário da manhã e as dificuldades impostas para acesso à integralidade dos elementos que embasavam as acusações oferecidas pelo órgão ministerial são alguns dos exemplos de atitudes que viciavam o requisito da voluntariedade para celebração do acordo.

Outro exemplo era o uso quase sistêmico de prisões cautelares durante os quase sete anos de vigência da Operação. Em muitos casos, os próprios Procuradores da República justificavam a necessidade da manutenção de prisões pela “possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal”⁷³.

Muitos professores, autores e processualistas se insurgiram contra as referidas manifestações ministeriais. Aury Lopes Junior⁷⁴, por exemplo, destacou que o episódio seria mais um exemplo da “degeneração das prisões cautelares”, que seriam usadas como um “meio

⁷³ CONJUR. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>

⁷⁴ CONJUR. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na lava jato. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>

de constrangimento situacional para obtenção de confissões ou delações premiadas, que posteriormente serão usadas como provas”. O Ministro Gilmar Mendes⁷⁵, do Supremo Tribunal Federal também se manifestou sobre o tema, afirmando que as prisões cautelares estavam sendo usadas como elementos de tortura durante a condução da Lava-Jato.

Diante disso, é fácil perceber que as negociações dos acordos de colaboração premiada não ocorriam em condições de paridade de armas, tornando difícil a impugnação de cláusulas pelos colaboradores, ainda que manifestamente abusivas, como é o caso das determinações de cumprimento antecipado das penas acordadas.

Quanto às cláusulas evidentemente ilegais comuns em muitos acordos de colaboração celebrados na Lava-Jato, pode-se destacar as disposições sobre a vedação ao direito ao recurso, nos quais o acusado comprometia-se a não impugnar de sentenças condenatórias proferidas em seu desfavor.

Os termos violavam claramente a garantia fundamental ao acesso à justiça e ao duplo grau de jurisdição. Sob esse aspecto, um dos principais freios impostos pelos tribunais aos acordos de colaboração aconteceu ainda em 2014, quando o Ministro Teori Zavaski, em decisão homologatória da colaboração de Paulo Roberto Costa⁷⁶, avaliou a compatibilidade do acordo com a Constituição Federal, fazendo a exclusão da cláusula de vedação ao recurso, nos seguintes termos:

“Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis, com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante da Cláusula 12, segunda parte, da Cláusula 15, g e da Cláusula 17, parte final, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição. Fica, portanto, excluída da homologação, que ora se formaliza, qualquer

⁷⁵ CONJUR, Lava Jato usava prisão provisória como elemento de tortura, diz Gilmar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/lava-jato-usava-prisao-provisoria-elemento-tortura-gilmar>

⁷⁶ CONJUR, Termo de acordo de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa. Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>

interpretação das cláusulas acima indicadas que possa resultar em limitação ao direito fundamental de acesso à Jurisdição”⁷⁷.

Conclui-se, portanto, que a primeira posição doutrinária apresentada ao longo deste item é mais condizente com a justiça criminal brasileira, uma vez que, ainda que se desconsidere a posição disparitária entre as duas partes negociantes num acordo de colaboração premiada, as normas cogentes da Constituição Federal não podem ser suplantadas por simples declaração de vontade.

⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PET 5.209.

CONCLUSÃO

A proposta do presente estudo foi de refletir sobre a celebração e homologação de acordos de colaboração premiada, no contexto da Operação Lava-Jato, os quais continham cláusulas manifestamente ilegais, como determinação de cumprimento imediato das penas negociadas.

Nesse sentido, foram expostas as circunstâncias da expansão do modelo de justiça negocial, sendo a colaboração premiada um de seus principais instrumentos. Ressaltou-se as principais diferenças entre o devido processo legal e o devido processo consensual, traçando-se críticas sobre o desvirtuamento da lógica processual brasileira com o avanço desregulado de medidas negociais.

Concebendo-se o processo penal como instrumento de limitação ao poder punitivo estatal e de proteção aos direitos e garantias fundamentais, é necessária a adoção de postura cautelosa em relação à generalização dos mecanismos negociais, de modo a reduzir ao máximo a tendência de desaparecimento do processo.

Em seguida, foram traçados comentários sobre o conceito e a natureza jurídica da colaboração premiada no regramento legal vigente nos dias de hoje. Constatou-se que o acordo de colaboração é negócio jurídico processual celebrado com o Estado, sobre os quais se aplicam as regras e princípios constitucionais e norteadores do direito processual penal.

Assentadas essas premissas, concluiu-se que é necessária a imposição de limites ao conteúdo e aplicação dos acordos de colaboração premiada, destacando-se a obrigatoriedade de estrita observância ao princípio da legalidade, de manutenção das características do sistema acusatório e da condução dos atos em respeito ao devido processo legal.

Demonstrou-se que não são cabíveis argumentos utilitaristas no âmbito do processo penal, pois os riscos de flexibilização de garantias fundamentais são muito altos. O que precisa ser legitimado não é a liberdade individual, mas sim a intervenção punitiva estatal.

Contudo, a pesquisa também apontou o impacto da Operação Lava-Jato na flexibilização de preceitos básicos do processo penal e na subversão do modelo acusatório, com a utilização de raciocínio de que os fins justificariam os meios no combate à corrupção que se instalou nos mais diversos núcleos políticos e econômicos.

Inflamados pela intensa cobertura midiática de todas as fases da operação e pelo crescente clamor social punitivista, juízes e procuradores descompromissados com a ordem constitucional alcançaram papel de protagonismo na realidade brasileira, justificando-se os métodos inusitados empregados pelo discurso anticorrupção.

Por fim, focou-se no caso específico das cláusulas de cumprimento antecipado de pena, as quais, apesar de manifestamente contrárias ao regramento constitucional e infralegal, foram comumente pactuadas nos acordos de colaboração premiada firmados durante a Operação Lava-Jato.

Constatou-se a ausência de um posicionamento unificado da jurisprudência e da doutrina sobre a possibilidade de inclusão das referidas cláusulas em acordos de colaboração premiada, destacando-se quais argumentos sustentariam cada posição adotada.

Concluiu-se, portanto, pela prevalência dos argumentos empregados pelos defensores da ilegalidade das cláusulas de cumprimento antecipado de pena. Conforme destacado pelo autor Vinícius de Vasconcellos⁷⁸, em obra que analisa minuciosamente as mais diversas questões envolvendo o instituto da colaboração premiada, mesmo que haja um benefício aparente ao colaborador no caso específico, as consequências danosas da desestruturação da

⁷⁸ VASCONCELLOS, Vinicius G. Colaboração premiada no processo penal – 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 57.

essência do processo penal e a possibilidade de expansão da incidência do poder punitivo estatal são inquestionáveis.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ananda França de. **A (in)compatibilidade da ampla discricionariedade acusatória inerente ao plea bargaining com o acordo de colaboração premiada.** In: Colaboração premiada: aspectos teóricos e práticos/Coordenação de André Luís Callegari – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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 (coord.). Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal [livro eletrônico].** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BOLDT, Raphael. **Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação lava jato.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1209-1237, set./dez. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Dispõe sobre o combate à formação e atuação de organizações criminosas. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013.

CALLEGARI, André Luís. **Colaboração premiada: aspectos teóricos e práticos.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes, et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

CONJUR, Lava Jato usava prisão provisória como elemento de tortura, diz Gilmar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/lava-jato-usava-prisao-provisoria-elemento-tortura-gilmar>

CONJUR, STJ julga execução imediata de pena após homologação de delação premiada. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-03/stj-julga-execucao-imediata-pena-homologacao-delacao>

CONJUR, Termo de acordo de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa. Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>

CONJUR. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>

CONJUR. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na lava jato. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>

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

FOLHA DE S. PAULO, Delatores da Odebrecht cumprirão pena sem condenação, 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1863736-delatores-da-odebrecht-cumprirao-pena-sem-condenacao.shtml>

GLOBO, Delator da Odebrecht em liberdade pede pra cumprir pena sem ter sido condenado. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/delator-da-odebrecht-em-liberdade-pede-para-cumprir-pena-sem-ter-sido-condenado-22037964>

GLOBO, Por que Sergio Moro responsável por julgar casos da Lava-Jato incomoda tanto. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2015/10/por-que-sergio-moro-responsavel-por-julgar-casos-da-lava-jato-incomoda-tanto.html>

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Sistema de Justiça e Colaboração Premiada: o desafio da conciliação**. *Revista Jurídica da Presidência, Brasília*, v. 21, n. 124, jun/set 2019, p. 240-261. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2019v21e124-2019>

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

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, **Orientação Conjunta nº 1/2018**. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/OrientaoConjuntan1.2018.pdf>.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato. Resultados.** Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava-Jato. Entenda o caso.** Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>.

MORO, Sergio Fernando. **Considerações sobre a operação mani pulite.** Revista CEJ, Brasília, v. 8, n. 26, p. 56-62., jul./set. 2004.

MOURA, Maria Thereza de Assis e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Colaboração premiada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MSN NOTÍCIAS. Oito meses após delações de 77 executivos, apenas Marcelo Odebrecht está preso, 2017. Disponível em: <https://www.msnoticias.com.br/policia/oito-meses-apos-delacoes-de-77-executivos-apenas-marcelo-odebrecht/74880/>

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato,** Revista Brasileira de Direito Processual Penal. 2020.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. **Disposições extra e contra legem nos acordos de colaboração premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 182, ano 29. P 191-226. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** 8 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Colaboração Premiada: os entendimentos recentes sobre o acordo entre o Estado e o investigado**, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/04122022-Colaboracao-premiada-os-entendimentos-mais-recentes-sobre-o-acordo-entre-Estado-e-investigado.aspx>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **PET 5.952**, disponível em https://estaticog1.globo.com/2016/03/15/DELACAODELICIDIO.pdf?_ga=2.199271469.2081464120.1687715916-1096936231.1674831419

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **PET 6.138**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf>

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **TRF4 nega cumprimento de prestação de serviço comunitário acordado em delação antes da sentença**. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=14487

VASCONSELLOS, Vinicius G. **Barganha e justiça negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONSELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 3 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.