

# A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada e as modificações do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19)

*Rodrigo Capez*<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

## Introdução

No léxico, sindicatar significa “fazer sindicância”, “inquirir”<sup>2</sup>. A nosso ver, tem o sentido de perquirir, perscrutar, de investigar algo com escrupulo.

Sindicatar o acordo de colaboração premiada implica escrutiná-lo com rigor, examiná-lo minuciosamente.

Nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, com as alterações introduzidas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19, realizado o acordo de colaboração premiada, os autos serão remetidos ao juiz para exame da viabilidade de sua homologação, no qual o magistrado verificará: i) sua regularidade e legalidade; ii) a adequação dos benefícios pactuados àqueles expressamente previstos na lei de regência; iii) a adequação dos resultados da pretendida atividade de colaboração aos resultados mínimos exigidos pelo art. 4º, caput, do referido diploma legal, e, por fim, iv) a voluntariedade da manifestação de vontade do colaborador.

Dessa feita, competindo ao juiz a realização desse exame, a sindicabilidade do acordo de colaboração premiada, numa aproximação preliminar do tema, significa a sua submissão ao devido controle jurisdicional.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo,

*[...] negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos,*

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça.

<sup>2</sup> SINDICAR. In: AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 2ª ed., v. 5, p. 3.751 Rio de Janeiro: Delta, 1964.,

*respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.*<sup>3</sup>

O acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que se trata de uma declaração de vontade bilateral “dirigida ao fim específico da produção de efeitos no âmbito do processo”<sup>4</sup>.

Como destacado no *Habeas Corpus* 127.483/PR, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 4/2/16, o mais importante precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da colaboração premiada,

*[...] o seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.*

Evidenciando tratar-se de um negócio jurídico processual, a lei de regência da colaboração premiada, em sua primitiva redação, referia-se a um “acordo de colaboração” e às “negociações” para sua formalização (art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/13).

A robustecer esse entendimento, o Pacote Anticrime, em face do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 127.483/SP, incluiu na Lei 12.850/13 o art. 3º-A, para estabelecer que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

No HC 127.483/SP, o Supremo Tribunal Federal, com base na doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo, estabeleceu que

*[...] o exame do negócio jurídico deve ser feito em três planos sucessivos: i) da existência, pela análise de seus elementos, a fim de se verificar se o negócio é*

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4-16.

<sup>4</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. *Revista Jurídica*, n. 321, ano 52. Porto Alegre: Notadez, julho/2004, p. 53.

*existente ou inexistente; ii) da validade, pela análise de seus requisitos, a fim de se verificar se o negócio existente é válido ou inválido (subdividido em nulo e anulável; e iii) da eficácia, pela análise de seus fatores, a fim de se verificar se o negócio existente e válido é eficaz ou ineficaz em sentido estrito.*

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

Conforme distinção feita pelo Supremo Tribunal Federal, não se confundem “proposta” e “acordo”, uma vez que a primeira é retratável (art. 4º, § 10, da Lei 12.850/13), mas não o segundo. Caso o colaborador desista de cumprir o acordado, não se cuidará de retratação, “mas de simples *inexecução de um negócio jurídico perfeito*”.

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

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

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

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

*[...] o acordo de colaboração somente será válido se: i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com*

*liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável.*

O próprio art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13 estabelece, como requisitos de validade do acordo, a voluntariedade do agente, a regularidade e a sua legalidade.

Finalmente, superados os planos da existência e da validade, a teor do HC 127.483/SP, chega-se ao plano da eficácia: “o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial” (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13).

Para o Supremo Tribunal Federal, esse

*[...] provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a ‘regularidade, legalidade e voluntariedade’ do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13).*

Nessa atividade de deliberação, o juiz, no entendimento da Suprema Corte, “não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores”.

A homologação, portanto, não implica que o juiz tenha admitido como idôneas ou verídicas as declarações do colaborador. Como ressaltado pelo Ministro Dias Toffoli em seu voto, essa decisão “constitui *simples fator de atribuição de eficácia* do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes”.

Por fim, registrou o voto condutor do HC 127.483/PR que,

*[...] havendo um acordo de colaboração existente, válido e eficaz, nos termos do art. 4º, I a V, da Lei 12.850/13, a aplicação da sanção premial nele prevista dependerá do efetivo cumprimento pelo colaborador das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos seguintes resultados: a) identificação dos demais coautores e partícipes da*

*organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.*

Caso não se alcance nenhum desses resultados, haverá o inadimplemento do acordo e não se produzirá a consequência almejada pelo colaborador (obtenção da sanção premial).

Conforme dispõe o art. 4º, § 11, da Lei 12.850/13, “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.

Assim, homologado o acordo de colaboração premiada, o que constitui fator de atribuição de eficácia desse negócio jurídico, posteriormente, na fase do julgamento, seus termos serão apreciados no intuito de se aferir se houve ou não o adimplemento das obrigações assumidas pelo colaborador, visando a outorga da sanção premial correspondente.

Nesse contexto, sindicair o acordo de colaboração premiada significa escrutiná-lo nos planos da existência, da validade e da eficácia.

Como há duas fases distintas – homologação e julgamento de mérito –, há que se investigar se o juízo homologatório seria ou não dotado de eficácia preclusiva, de modo a obstar o que poderíamos denominar de *ressindicabilidade* do acordo de colaboração premiada por ocasião do juízo de mérito.

Assentadas essas premissas, a sindicabilidade do acordo de colaboração premiada pode ser analisada sob quatro aspectos: i) competência; ii) fase ou momento do seu exercício; iii) legitimidade para sua postulação; e iv) objeto sindicável.

## **1. Da competência para o controle jurisdicional do acordo de colaboração premiada**

Em primeiro grau de jurisdição, a homologação do acordo de colaboração premiada, na fase da persecução penal, caberá ao juízo competente segundo as regras de: i) determinação (que tratam de estabelecer a Justiça, o foro e o juízo competentes); ii) modificação (notadamente a conexão e

a continência) e iii) concentração de competência (prevenção), que integram o assim denominado por Calamandrei *iter* de concretização da jurisdição<sup>5</sup>.

Em se tratando de inquérito ou de ação penal de competência originária dos tribunais, a compreensão da natureza jurídica da colaboração premiada é relevante para a determinação do órgão competente para sua homologação, segundo as regras de competência interna.

Diversamente do nosso Código de Processo Penal, o Código de Processo Penal italiano distingue nitidamente os meios de prova (*mezzi di prova*), disciplinados nos arts. 194 a 243, tais como o testemunho, a perícia e os documentos, dos meios de pesquisa de prova (*mezzi di ricerca della prova*), disciplinados nos arts. 244 a 271, como a inspeção, a busca e apreensão e a interceptação de conversas telefônicas.

Enquanto os meios de prova se caracterizam pela aptidão a oferecer ao juiz resultantes probatórias diretamente utilizáveis em sede de decisão, os meios de pesquisa ou de obtenção de prova não constituem, por si só, fonte de convencimento judicial, destinando-se à aquisição de coisas materiais, vestígios ou declarações dotadas de aptidão probatória, vale dizer, de elementos ou fontes de prova que possam servir à reconstrução histórica dos fatos<sup>6</sup>.

A colaboração premiada não constitui um meio de prova, mas sim um meio de pesquisa ou de obtenção de prova, como tornou ainda mais explícito o Pacote Anticrime, encampando o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 127.483/SP, ao incluir na Lei 12.850/13 o art. 3º-A: “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova”, tal como, v.g., a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; a ação controlada; a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas e o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (art. 3º da Lei 12.850/13).

Meios de prova são os depoimentos propriamente ditos do colaborador, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova (art. 4º, § 16, da Lei 12.850/13).

<sup>5</sup> DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I, p. 427-429.

<sup>6</sup> Nesse sentido: TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 14. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2013, p. 383. CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo istituzionale*. 5. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 353; BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 387.

Por se tratar de um meio de obtenção de prova, a colaboração premiada, quando envolver autoridades com prerrogativa de foro, deve ser homologada pelo juízo competente para a respectiva ação penal, sob pena de usurpação de competência e, por via de consequência, de nulidade da homologação.

E não é só.

Como decidido pelo Ministro Dias Toffoli em 24/5/17, na PET 6.599/DF, procedimento de caráter sigiloso,

*[...] o acordo de colaboração premiada, quando noticiar o envolvimento de autoridade com prerrogativa de foro, somente pode ser realizado, desde as tratativas iniciais até a sua formalização por escrito, pelo Ministério Público oficiante perante o juízo competente para a respectiva ação penal, sob pena de nulidade e de usurpação de competência do juízo natural para sua homologação.*

*Com efeito, a notícia, em sede de colaboração premiada, do envolvimento de autoridade com prerrogativa de foro não se limita a fixar a competência do juízo para a sua análise e eventual homologação, mas, antes disso, fixa a própria atribuição do órgão do Ministério Público para a negociação do acordo e sua formalização.*

Como destacado pelo Ministro Celso de Mello no voto condutor do HC 67.759/RJ, Pleno, DJe 1º/7/93, o princípio do promotor natural

*consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. Nesse contexto, não se pode admitir, ao arrepio da prerrogativa de foro – que compreende, repise-se, tanto a competência do órgão jurisdicional quanto a atribuição do órgão do Ministério Público –, que se pratiquem em primeiro grau de jurisdição atos*

*tendentes à celebração de um acordo de colaboração premiada que envolva parlamentar federal. Essa circunstância atrai a competência do Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 102, I, b, da Constituição Federal, e, por via de consequência, fixa a atribuição do Procurador-Geral da República para propor ou aceitar um acordo de colaboração.*

No Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de pesquisa ou de obtenção de prova, como a busca e apreensão, a interceptação telefônica e o afastamento dos sigilos bancário, bursátil e fiscal (art. 21, I e II, do Regimento Interno da Suprema Corte)<sup>7</sup> 8.

Sendo a colaboração premiada um meio de obtenção de prova, tem o relator, como corolário dos seus poderes instrutórios, competência para, monocraticamente, examinar sua voluntariedade, legalidade e regularidade, para o fim de homologar ou não esse acordo, nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, sem necessitar submeter sua decisão a referendo da Turma ou do Plenário.

Esse entendimento foi fixado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 127.483/PR, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 4/2/16, e reafirmado no julgamento de questão de ordem na Petição (PET) 7.074/DF, Relator o Ministro Edson Fachin.

## **2. Da fase ou momento de sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**

O momento de sindicabilidade do acordo de colaboração premiada se situa na fase de sua homologação, ocasião em que, por expressa

---

<sup>7</sup> Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 21. São atribuições do Relator: I – ordenar e dirigir o processo; II – executar e fazer cumprir os seus despachos, suas decisões monocráticas, suas ordens e seus acórdãos transitados em julgado, bem como determinar às autoridades judiciárias e administrativas providências relativas ao andamento e à instrução dos processos de sua competência, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais não decisórios a outros Tribunais e a juízos de primeiro grau de jurisdição.

<sup>8</sup> Esse mesmo entendimento aplica-se ao Superior Tribunal de Justiça, cujo Regimento Interno dispõe de forma similar: Art. 34. São atribuições do relator: I – ordenar e dirigir o processo; II – determinar às autoridades judiciárias e administrativas, sujeitas à sua jurisdição, providências relativas ao andamento e à instrução do processo, exceto se forem da competência da Corte Especial, da Seção, da Turma ou de seus Presidentes.

determinação legal, o juiz deve examinar seus elementos de existência (art. 6º, da Lei 12.850/13) e seus requisitos de validade, como a voluntariedade do agente, a regularidade e a legalidade dos termos do negócio jurídico (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13).

Nos termos do art. 4º, § 8º, da Lei 12.850/13, na redação dada pelo Pacote Anticrime, “o juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias”.

A redação originária do dispositivo em questão permitia ao juiz “adequá-la ao caso concreto”, dispositivo de rara ou impossível aplicação, haja vista que implicaria indevida intromissão do juiz na atividade eminentemente negocial das partes.

Essa fase não se confunde com aquela prevista no art. 4º, § 11, da Lei 12.850/13, segundo o qual “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.

Na fase de homologação, o juiz deverá realizar o controle do acordo de colaboração premiada nos planos da existência e da validade, uma vez que sua chancela constituirá fator de atribuição de eficácia ao negócio jurídico.

Na fase de julgamento da ação penal, presente um acordo de colaboração homologado, o juiz irá aferir a efetividade da colaboração em face da prova produzida, cotejando os resultados da atividade de cooperação com as obrigações assumidas pelo colaborador, a fim de atribuir a sanção premial correspondente ao grau de efetividade da colaboração.

Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 127.483/PR, caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o *direito subjetivo* do colaborador à aplicação das sanções premiais acordadas, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, os quais tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador

Aliás, a imotivada recusa judicial à concessão da sanção premial também foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal sob a óptica do princípio da moralidade na Administração Pública, ao fundamento de que

*[...] ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar*

*a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal, a contrapasso do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade. (HC 99.736/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 21/5/10).*

Assim, indaga-se: uma vez homologado o acordo de colaboração premiada, caberá, no momento do julgamento da ação penal, uma nova análise dos seus requisitos de validade?

A cláusula que, não obstante viole o princípio da legalidade, houver sido chancelada no juízo homologatório, poderá ser glosada no momento ulterior da sentença, surpreendendo as partes, notadamente o colaborador?

A nosso ver, *uma vez homologado o acordo de colaboração, sua glosa somente poderá ocorrer em face de eventos supervenientes que a justifiquem.*

Do contrário, permanecendo hígida a situação fática existente à época da homologação, a sindicabilidade ulterior do acordo homologado se transformaria no *cavalo de Troia*<sup>9</sup> da colaboração premiada, fazendo ruir a segurança jurídica que necessariamente deve permear as relações entre o Estado e seus jurisdicionados.

Em nosso entender, após sua homologação, o acordo de colaboração somente poderá ser revisitado em face de ulterior base empírica idônea que o autorize, vale dizer, em razão de questões fáticas supervenientes, não se admitindo na sentença a glosa de cláusula com fundamento em mera interpretação jurídica diversa daquela adotada no primitivo juízo de delibação.

Essa questão ganhou contornos mais vívidos em face da nova redação conferida ao art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13 pelo Pacote Anticrime, que impõe, no inciso III, a

---

<sup>9</sup> Conforme registramos em obra anterior, a afirmação de que a discricionariedade é o “*cavalo de Troia* dentro do Estado de Direito” é de autoria de Hans Huber, como lhe credita José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 641-642). Essa citação é invocada por Eduardo García de Enterría para salientar que a existência de potestades discricionárias constitui um desafio às exigências de justiça e gera várias interrogações: como controlar a regularidade e a objetividade das apreciações subjetivas da Administração? Como impedir que a liberdade de apreciação não se degenere em arbitrariedade pura e simples? (ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. 12ª ed. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 463, Tomo I) – CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 219, em especial nota de rodapé n. 533.

*adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo.*

Ora, se a própria lei de regência fulmina de nulidade as cláusulas do acordo de colaboração que violem, v.g., critérios de definição do regime inicial de cumprimento de pena, poderia o juiz, na sentença, reconhecer a nulidade dessa cláusula, anteriormente chancelada na fase da homologação do acordo?

A nosso ver, a resposta é negativa, devendo ser prestigiado o entendimento de que o acordo homologado gera direito subjetivo à sanção premial, ainda que atípica.

Há, evidentemente, o risco de, por força da homologação de acordos que prevejam sanções ou formas de cumprimento de pena atípicas, acabe-se por derruir o firme propósito do legislador de observância do regime de legalidade estrita no acordo e na outorga de sanções premiaias.

De toda sorte, sopesando-se os interesses em conflito, o maior risco, a nosso ver, seria surpreender na sentença, com a glosa do benefício pactuado, o colaborador que, diligentemente, cumpriu com sua parte no acordo.

A propósito, a determinação da fase de sindicabilidade do acordo de colaboração premiada foi objeto de intensos debates no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento de questão de ordem na Petição (PET) 7.074/DF, Relator o Ministro Edson Fachin.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, o juízo de homologação feito pelo relator é precário e efêmero, por se limitar à análise perfunctória da voluntariedade, da regularidade e da legalidade do acordo, requisitos que, em um segundo momento, deverão ser submetidos ao exame do juiz natural (Colegiado), como corolário do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A seu ver, a decisão monocrática do relator não vincula o Colegiado, de modo que, no julgamento de mérito, haverá nova possibilidade de se sindic

o acordo homologado, em face de eventual ilegalidade. Destacou o Ministro Ricardo Lewandowski que cabe ao Colegiado, juiz natural da causa, a “última palavra relativamente à legalidade e a constitucionalidade das cláusulas e condições que foram ajustadas no acordo de colaboração premiada”.

Para o Ministro Gilmar Mendes, não se pode negar o espaço de controle do acordo por ocasião da sentença, razão por que sua própria validade, “como negócio jurídico, pode ser revista na sentença, de acordo com os parâmetros de apreciação da validade dos negócios jurídicos em geral”.

Na sua perspectiva, “a homologação do acordo não tem eficácia preclusiva, de modo que não afasta a possibilidade de sua revisão, por ocasião do julgamento”.

De outro lado, emprestando maior força ao princípio da segurança jurídica, como corolário da homologação do acordo de colaboração, manifestaram-se os Ministros Edson Fachin (relator), Roberto Barroso, Dias Toffoli e Celso de Mello.

Para o Ministro Edson Fachin,

*[...] legalidade é exame que se cinge apenas ao ato da homologação, e que somente a eficácia (como cumprimento ou adimplemento) se projeta para análise da sentença.*

*Nessa linha, o acordo homologado como regular, voluntário e legal, gera vinculação, condicionada ao cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração.*

Conforme o Ministro Roberto Barroso, uma vez homologado o acordo de colaboração,

*[...] as questões de legalidade estão superadas e, conseqüentemente, o que se vai verificar é se o acordo foi ou não cumprido, salvo, eventualmente, os fundamentos legítimos de invalidação de qualquer negócio jurídico, seja por vícios sociais ou por vício da vontade – sob coação, se houve suborno. São situações excepcionais, mas, como regra geral, só se vai verificar, a meu ver, o cumprimento do acordo.*

Do seu ponto de vista, o princípio da reserva legal em matéria penal é instituído, antes e acima de tudo, em favor do acusado, razão por que

o Ministro Roberto Barroso admite que seja acordada uma *sanção mais benéfica do que a que está prevista em lei*, desde que não se trate de uma *sanção vedada, ou totalmente contra a ordem pública, ou uma sanção que agrave a situação do colaborador em relação ao direito vigente*.

O Ministro Celso de Mello destacou que

*[...] o acordo de colaboração premiada regularmente homologado, qualquer que tenha sido a instância perante a qual celebrado, qualifica-se como ato jurídico perfeito, revelando-se insuscetível de modificação, ressalvadas as hipóteses de seu descumprimento por parte do agente colaborador ou da superveniência de causa legítima apta a desconstituí-lo.*

*[...]*

*Presente essa configuração do acordo de colaboração premiada homologado por órgão judiciário competente, circunstância que o torna subsumível – insista-se – à noção de ato jurídico perfeito, passa ele a reger as relações jurídicas entre o Estado e o agente colaborador, produzindo, como resultado que lhe é conatural, importantes consequências no plano do Direito, que se acham protegidas pela norma de salvaguarda consubstanciada no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, como ordinariamente ocorre com simples contratos de direito privado (RTJ 89/634 – RTJ 90/296 – RTJ 106/314 – RTJ 106/317 – RTJ 107/394 – RTJ 112/759, v.g.), ressalvadas, como já destacado, as situações excepcionais anteriormente mencionadas (inadimplemento, pelo agente colaborador, das obrigações pactuadas e/ou superveniência de causa legitimadora da invalidação do acordo de colaboração premiada).*

*Em suma: o acordo de colaboração premiada legitimamente celebrado, objeto de regular homologação judicial, apresenta-se revestido de força vinculante quanto a suas cláusulas, independentemente da instância (ou da esfera de Poder) em que pactuado, impondo-se, quanto à sua execução, por efeito do ajuste de vontades, à observância dos Poderes do Estado, notadamente do Judiciário, e do agente colaborador, que deverão*

*cumpri-lo, obrigados que se acham a respeitá-lo em razão dos princípios da probidade e da boa-fé ('pacta sunt servanda').*

O Ministro Dias Toffoli, em seu voto, ressaltou a soberania do Plenário do Supremo Tribunal Federal para reanalisar os termos do acordo de colaboração premiada, razão por que não admitiu a vinculação do Colegiado à homologação monocrática do acordo pelo relator. De toda sorte, assentou que a homologação gera o direito subjetivo do colaborador à sanção premial estipulada.

Segundo o Ministro Dias Toffoli, o controle de legalidade das cláusulas do acordo deve ser feito na fase da homologação, em atenção ao princípio da segurança jurídica, de modo que, “se houver cláusula que ofenda preceito constitucional ou legal, há que se sindicá-la desde logo”.

Na sua óptica, a lei de regência da colaboração premiada

*[...] é expressa ao fixar a fase da homologação como o momento de sindicabilidade das cláusulas negociais, do ponto de vista de sua regularidade formal e legalidade, não de sua conveniência e oportunidade.*

*Trata-se de uma fase de extrema relevância: em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança, exige-se a máxima exação do juiz na análise da legalidade das cláusulas, antes de homologar o acordo.*

*[...]*

*Finalmente, estabelece o § 11 do art. 4º que “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.*

*“Apreciar” os termos do acordo, na fase da sentença, não significa revisitá-los para glosa, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica, mas, simplesmente, estabelecer a eventual correspondência entre o que foi acordado e os resultados da atividade de colaboração, previstos no art. 4º, I a V, da Lei 12.850/13.*

*Trata-se de medir, na sentença, os resultados da colaboração, para que se possa aferir a extensão da sanção premial a ser concedida.*

Por fim, ressaltou o Ministro Dias Toffoli que,

*[...] por se tratar de um negócio jurídico, o acordo de colaboração, mesmo que tenha sido homologado judicialmente, poderá ser sindicado ulteriormente, no todo ou em parte, conforme o caso, se houver demonstração superveniente, v.g., de erro, dolo, coação, fraude ou simulação.*

*[...] essa demonstração superveniente compreende não apenas os fatos novos, como também os fatos pretéritos ou contemporâneos ao acordo, e que somente venham a ser descobertos após sua homologação.*

O Ministro Alexandre de Moraes preconizou a estrita observância, no julgamento colegiado da ação penal, dos termos do acordo de colaboração monocraticamente homologado pelo Relator, objetivando a outorga do prêmio na hipótese de ter havido o efetivo adimplemento das obrigações assumidas pelo colaborador, segundo a prova produzida.

A seu ver,

*[...] não poderá o Poder Judiciário invadir a legítima escolha feita consensualmente, entre as opções legal e moralmente reservadas para a realização do acordo de colaboração, de maneira a, simplesmente, alterar a opção licitamente realizada, sob pena de atentar contra a ratio legal e o sistema penal acusatório consagrado constitucionalmente.*

O Ministro Alexandre de Moraes, todavia, excepcionou a vinculação absoluta do Colegiado, no julgamento de mérito, aos termos do acordo monocraticamente homologado, assentando a possibilidade de anulação do ato homologatório, com fundamento no art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil<sup>10</sup>, em razão de fatos supervenientes ou de conhecimento posterior à homologação, “nas mesmas hipóteses permissivas da rescisão da coisa julgada e dos defeitos do negócio jurídico”.

---

<sup>10</sup> Art. 966, § 4º, Código de Processo Civil: “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”.

A maioria do Supremo Tribunal Federal aderiu a essa tese, assim sintetizada na ementa do julgado proferido na Petição (PET) 7.074/DF:

*Salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico, acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deve ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo, nos termos do art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil, possível ao Plenário analisar sua legalidade.*

Por fim, é importante registrar que *nem sempre* o mesmo órgão jurisdicional que homologar o acordo julgará a ação penal e avaliará o resultado da colaboração.

Essa dicotomia é usual em colaborações premiadas homologadas pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo colaborador sem prerrogativa de foro.

Nessas hipóteses, a competência da Suprema Corte para homologar o acordo se firma em razão de o colaborador, na “identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas”, ou na “revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”, apontar o envolvimento de titular de prerrogativa de foro junto ao Supremo Tribunal Federal.

Por se tratar de um meio de obtenção de prova que, no caso, subsidiará investigação ou ação penal em desfavor de titular de prerrogativa de foro (v.g., parlamentar federal), a colaboração premiada deve ser submetida ao juízo de homologação da Suprema Corte (art. 102, I, “b”, da Constituição Federal)<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 3/5/18, ao concluir o julgamento de Questão de Ordem na Ação Penal (AP) 937, Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, restringiu a competência por prerrogativa de função, em se tratando de membro do Congresso Nacional, aos crimes praticados no exercício e em razão do mandato parlamentar. Embora o julgamento do Plenário somente se referisse a parlamentares federais, e não a outras autoridades detentoras dessa prerrogativa de foro, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito 4.703, estendeu aquela *ratio decidendi* aos Governadores de Estado, por entender que o crime em apuração não teria relação com o exercício desse mandato. Também a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento das Ações Penais 857 e 886, fixou o entendimento de que a prerrogativa de foro de Governadores e Conselheiros de Tribunais de Contas Estaduais é restrita aos crimes praticados no exercício do cargo e em razão deste. Quanto a membros do Poder Judiciário, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de questão de ordem na Ação Penal 878, em 19/12/18, manteve a prerrogativa de foro de desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná quanto a crime que não guardava relação com

Todavia, o só fato de a Suprema Corte homologar o acordo *não atrai* necessariamente, para sua competência, o colaborador que não seja titular de prerrogativa de foro.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Inquérito 3.515/SP-AgR, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 14/3/14, decidiu que a regra, em havendo conexão ou continência que envolva titular de foro por prerrogativa de função junto à Suprema Corte, é o desmembramento da investigação ou do processo já instaurado.

O Ministro Roberto Barroso, na ementa de seu voto convergente nesse julgado, destacou:

*DIREITO PROCESSUAL PENAL. DESMEMBRAMENTO DO INQUÉRITO DETERMINADO PELO RELATOR.*

- 1. É excepcional o foro por prerrogativa de função e, por consequência, a competência do Supremo Tribunal Federal para o processamento de inquéritos e ações penais originárias.*
- 2. Assim, a menos que haja risco de prejuízo relevante para a apuração dos fatos investigados e/ou para a prestação jurisdicional, deve-se proceder ao desmembramento de investigação ou processo já instaurado a fim de limitar a atuação do Supremo Tribunal Federal aos detentores de foro por prerrogativa de função.*
- 3. No caso, a narrativa dos fatos não indica a caracterização de especial complexidade na tarefa de individualizar a participação de cada um dos envolvidos, de modo que o desmembramento não acarreta prejuízo à formação da opinio delicti.*
- 4. Agravo regimental desprovido.*

---

o exercício do cargo (lesão corporal). Assim se decidiu para que o desembargador acusado não “houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado ao mesmo tribunal”. A *contrario sensu*, interpretando esse julgamento do STJ, se o desembargador, por crime sem relação com o cargo, houver de responder perante juiz de outro tribunal (seja da Justiça Comum, seja da Justiça Especial), não prevalecerá a prerrogativa de foro. Essa é a *ratio decidendi* do referido julgamento do STJ. Por sua vez, na PET 7115, relativa a suposto crime de violência doméstica imputado a ministro do Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, monocraticamente, aplicou a *ratio decidendi* da AP 937-QO, afastou a competência do STF e determinou a baixa dos autos ao primeiro grau. Finalmente, ainda não houve pronunciamento colegiado específico do Supremo Tribunal Federal a respeito da prerrogativa de foro dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, razão por que não se sabe se, para as turmas ou para o plenário do STF serão exigidos, nessa hipótese, os requisitos cumulativos “no exercício” e “em razão” da função.

Esse entendimento foi reafirmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Inquérito 2.903/AC-AgR, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 1º/7/14, onde se assentou que o desmembramento do feito, em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro, deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante.

No mesmo sentido, destacamos ainda o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido no julgamento de embargos de declaração na Ação Penal 956/AL, Segunda Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 27/5/16:

- [...] 3. O Supremo Tribunal Federal assentou que o desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade do foro por prerrogativa de função. Precedentes.*
- 4. Apenas em situações excepcionais, é admissível a instauração do simultaneus processus perante o Supremo Tribunal Federal, por força de conexão ou continência.*
- 5. A aplicação da regra do desmembramento, fixada por iterativa jurisprudência da Corte, prescinde de fundamentação adicional.*
- 6. Somente a permanência do feito, em caráter excepcional, no STF exige motivação específica.*
- 7. Trata-se de escorreita aplicação do princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF), não cabendo ao réu eleger o foro em que será julgado.[...]*

Logo, mesmo que aponte a participação de titular de prerrogativa de foro em ilícitos penais para os quais também tenha concorrido, isto não significa que o colaborador será necessariamente julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que poderá, após a homologação do acordo, ordenar a cisão do feito e encaminhar os autos desmembrados ao juízo de primeiro grau, para prosseguimento em relação aos não detentores de prerrogativa de foro, incluindo-se o colaborador premiado.

Nessa hipótese, embora o acordo de colaboração premiada tenha sido homologado pelo Supremo Tribunal Federal, competirá ao juízo de primeiro grau, na sentença, conceder ou não a sanção premial ajustada, na correspondência, em conformidade com as provas dos autos, do grau de colaboração do agente.

Trata-se, a nosso ver, de argumento de reforço às teses de que a fase de controle da legalidade do acordo é a de sua homologação e de que não se pode admitir a sindicabilidade de cláusula, no julgamento da ação penal, com fundamento em mera interpretação jurídica diversa daquela adotada naquele juízo de delibação.

Se, na fase da homologação, ainda que de forma implícita, uma determinada cláusula for interpretada como sendo conforme o princípio da legalidade, não se poderá invalidá-la na fase do julgamento por mera interpretação dissonante.

O Ministro Dias Toffoli, no voto condutor do HC 127.483/PR, externou a compreensão de que,

*[h]avendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador.*

Para o Supremo Tribunal Federal, embora o confisco

*[...] não se qualifique como pena acessória, mas sim como efeito extrapenal da condenação, uma interpretação teleológica das expressões “redução de pena”, prevista na Convenção de Palermo, e “mitigação de pena”, prevista na Convenção de Mérida, permite que elas compreendam, enquanto abrandamento das consequências do crime, não apenas a sanção penal propriamente dita, como também aquele efeito extrapenal da condenação.*

Destacou ainda o Supremo Tribunal Federal que, se um dos objetivos dos programas de proteção instituídos em favor do colaborador

*[...] é conferir meios de subsistência ao colaborador e a sua família, impondo ao Estado o dever de fornecer-lhe residência e ajuda financeira mensal, possibilitar-se que o colaborador permaneça com determinados bens ou valores mostra-se congruente com os mencionados fins, inclusive por desonerar o Estado daquela obrigação.*

Trata-se de uma interpretação de normas legais e convencionais que permitiria que as partes, no acordo, imunizassem determinados bens do colaborador contra a decretação de sua perda como efeito da condenação.

Nesse contexto, adotada tal interpretação na fase da homologação, não se poderia na sentença reputar inválida essa cláusula, a pretexto de que a Lei 12.850/13 não teria previsto expressamente o prêmio da imunização contra o confisco, ou de que se trataria de disposição que colidiria frontalmente com o disposto no art. 91, II, “b”, do Código Penal, e no art. 7º, I, da Lei 9.613/98, a não ser que se partilhe do entendimento de que o art. 4º, § 7º, III, da Lei 12.850/13, na redação dada pelo Pacote Anticrime, veda expressamente a concessão de qualquer benefício não previsto na lei de regência.

Finalmente, se o juízo de primeiro grau, na sentença, glosar cláusula de acordo de colaboração homologado pelo Supremo Tribunal Federal, a pretexto de sua ilegalidade, a nosso ver caberá reclamação à Suprema Corte “para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões” (art. 102, I, alínea “l”, da Constituição Federal).

### **3. Da legitimidade para postular a sindicabilidade do acordo de colaboração premiada**

O acordo de colaboração será submetido ao devido controle jurisdicional a requerimento do Ministério Público ou do imputado, ou por representação da autoridade policial, caso nele figure como parte.

O delatado, todavia, segundo o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, não tem legitimidade para impugnar o acordo de colaboração, a pretexto, v.g, da ausência de seus requisitos de validade.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 127.483/SP, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 4/2/16, decidiu que,

*[p]or se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do ‘relato da colaboração e seus possíveis resultados’. (art. 6º, I, da Lei 12.850/13)*

Entendeu-se que o acordo de colaboração,

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

Para o Supremo Tribunal Federal,

*[...] a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas – o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração. Tanto isso é verdade que o direito do imputado colaborador às sanções premiais decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei 9.807/99; no art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei 7.492/86 e no art. 41 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente. Ao disciplinarem a delação premiada, esses outros diplomas legais reputam suficiente, para a aplicação*

*das sanções premiais, a colaboração efetiva do agente para a apuração das infrações penais, identificação de coautores ou partícipes, localização de bens, direitos ou valores auferidos com a prática do crime ou libertação da vítima, a demonstrar, mais uma vez, que não é o acordo propriamente dito que atinge a esfera jurídica de terceiros.*

De toda sorte, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 127.483/SP, reconheceu ao delatado a legitimidade para

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

Concluiu-se que negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção a seus interesses, uma vez que, além de poder confrontar, nos procedimentos em que figurar como imputado, as declarações do colaborador e as provas com base nelas obtidas, não poderão ser impostas, em desfavor do delatado, com fundamento apenas nas declarações do colaborador, medidas cautelares reais ou pessoais, recebimento de denúncia ou queixa, ou sentença condenatória (art. 4º, § 16, Lei 12.850/13, na redação dada pelo Pacote Anticrime).

Esse entendimento foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito 3.983/DF, Pleno, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 12/5/16, no qual se destacou que

*[...] a eventual desconstituição de acordo de colaboração tem âmbito de eficácia restrito às partes que o firmaram, não beneficiando e nem prejudicando terceiros. Mesmo em caso de retratação, o material probatório colhido em colaboração premiada pode ainda assim ser utilizado, naturalmente cercado de*

*todas as cautelas, em face de terceiros, aos quais caberá, se for o caso, deduzir as razões de defesa nos procedimentos ou ações que em face a elas venham a ser promovidos. É o que decorre de texto normativo expresso, no § 10 do art. 4º da Lei 12.850 (§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor).*

No mesmo sentido, vide Reclamação 21.258/PR-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 20/4/16 e Inquérito 3.979/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 16/12/16.

Mais recentemente, esse entendimento veio a ser contrastado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 151.605, julgado em 20/3/2018, e nos Habeas Corpus 142.205 e 143.427, julgados em 25/8/20, todos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se assentou a legitimidade do terceiro delatado para impugnar o acordo de colaboração.

Destaco os seguintes excertos do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes nos acórdãos proferidos nos Habeas Corpus 142.205 e 143.427, nos quais se observou que a lógica civilista deveria ser lida com cautelas na esfera penal:

*- Há uma quase total intangibilidade e incontrolabilidade dos acordos de delação, ao passo que aqueles que poderiam impugná-lo (colaborador e MP), normalmente almejarão interesse completamente inverso, no sentido de fazer o máximo para a sua manutenção. Por efeito colateral, tornamos os acordos de colaboração premiada praticamente intocáveis.*

*- O fato de que os coimputados possam, posteriormente, defender-se das declarações dos delatores em exame cruzado na audiência de instrução e julgamento não esvazia a necessidade de controle de legalidade na homologação do acordo. Trata-se de fases diferentes do procedimento probatório: admissibilidade do meio de obtenção e, depois, exercício do contraditório no momento de produção do meio de prova.*

- Não se pode aceitar que o Estado “incentive” investigados criminalmente com benefícios ilegais ou ilegítimos.

#### 4. Do objeto sindicável

Nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, celebrado o acordo de colaboração premiada, caberá ao juiz, na fase de homologação, examinar “sua regularidade, legalidade e voluntariedade”.

A regularidade do acordo de colaboração, a legalidade de seus termos e a voluntariedade do agente colaborador constituem, portanto, o objeto do controle jurisdicional.

Em princípio, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir na discricionariedade das partes para estipular as obrigações do colaborador e a sanção premial correspondente.

O art. 4º da Lei 12.850/13 prevê as seguintes *fattispecies* premiais:

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

Tratando-se de um negócio jurídico, há que se reconhecer a autonomia das partes para dispor sobre os termos do acordo de colaboração.

Assim, cabe exclusivamente às partes acordar qual dessas atividades de cooperação será desenvolvida pelo colaborador, descrevendo-se “o relato da colaboração e de seus possíveis resultados”, e qual será a sanção premial correspondente, descrevendo-se “as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia” (art. 6º, I e II, da Lei 12.850/13).

Tanto isso é verdade que, por expressa determinação legal, o juiz não participa das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração (art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/13).

Nos Estados Unidos da América, em geral, também é vedada, no *plea bargaining*, a participação do juiz na fase das negociações. No seu sistema jurídico coexistem

*[...] textos normativos que vedam pura e simplesmente a participação do juiz nas negociações (é o que se passa ao nível federal) com outros que permitem uma intervenção que não seja desencadeadora da negociação (o caso de Illinois), ou ainda, com aqueles que não põem limites a essa participação (como acontece na Flórida e na Carolina do Norte).<sup>12</sup>*

Como anota Pedro Soares de Albergaria, um dos argumentos favoráveis à intervenção do juiz nas negociações seria a necessidade de impregná-las de maior transparência, “tirando-as das sombras dos corredores e dos gabinetes”.<sup>13</sup>

No mesmo sentido, observa Luigi Ferrajoli que a discricionariedade manifestada na transação sobre a declaração de culpabilidade (*guilty plea*) constitui fonte de arbítrios, por não ser possível nenhum controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação.<sup>14</sup>

De fato, no Brasil, as negociações para obtenção de acordos de colaboração premiadas se revestem de altíssimo grau de informalidade, à margem, portanto, de qualquer controle formal do Poder Judiciário, e as razões da eventual recusa do Ministério Público em transigir nem sequer são reduzidas a escrito.

De toda sorte, ainda que não participe das negociações, deverá o juiz, na fase da homologação do acordo já celebrado, mais precisamente na audiência a que se refere o art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, inquirir o colaborador a respeito das circunstâncias em que o acordo foi negociado, no intuito de aferir a existência de algum vício que o contamine.

---

<sup>12</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 79.

<sup>13</sup> Op. cit., p. 79.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 523-524.

Finalmente, para que se possa delimitar o objeto sindicável, sob a óptica da legalidade, enfrentaremos uma questão primordial: qual a extensão dos poderes negociais do Ministério Público?

A depender da premissa que se estabeleça, haverá maior ou menor possibilidade de glosa judicial das cláusulas acordadas.

#### 4.1. Da regularidade

No exame da *regularidade* do acordo de colaboração, deverá o juiz i) aferir a presença dos *elementos de existência* do negócio jurídico e ii) realizar o *controle da estrutura formal* do instrumento negocial.

Como já exposto, os elementos de existência do acordo de colaboração premiada estão previstos no art. 6º, da Lei 12.850/13:

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

Se faltar um dos elementos essenciais do negócio jurídico, que conformam sua própria existência, como a descrição da atividade de cooperação a ser desenvolvida pelo imputado ou da sanção premial a que fará jus o colaborador, não será possível sua homologação, por verdadeira *falta de objeto*, e o juiz poderá determinar às partes que supram a omissão.

Outrossim, como assevera Carlo Ruga Riva, exige-se que a conduta premial consista em um *quid* processualmente verificável (“*principio di determinatezza*”)<sup>15</sup>.

Logo, a atividade de cooperação deve ser descrita da maneira mais concreta possível, de modo a permitir, parafraseando-se Luigi Ferrajoli, a verificabilidade ou refutabilidade da hipótese premial e sua comprovação

---

<sup>15</sup> RUGA RIVA, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Verbania, 2000, p. 353.

empírica, em virtude de procedimentos que possibilitem tanto a verificação quanto a refutação<sup>16</sup>.

No tocante ao *controle da estrutura formal* do instrumento negocial, cumpre expungir do acordo cláusulas dúbias, equívocas ou contraditórias, bem como suprir eventuais omissões que, sem afetar a própria existência do acordo, prejudiquem sua correta compreensão.

Esse exame de regularidade formal é de capital relevância para prevenir o ulterior surgimento de controvérsias na fase da sentença (*rectius*, de julgamento), quando será valorado o efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelo colaborador e aferida a sanção premial correspondente, máxime quando a homologação do acordo e o julgamento da ação penal competirem a distintos órgãos jurisdicionais.

Para a perfeita compreensão da natureza e da extensão da cooperação do imputado e da sanção premial acordada é imprescindível que as cláusulas que a disciplinem não suscitem dúvidas ou ambiguidades.

Em suma, impõe-se a máxima exação do juiz na análise da regularidade das cláusulas do acordo, sem interferir nos juízos de conveniência e de oportunidade das partes.

## 4.2. Da voluntariedade

Quanto à voluntariedade, o Supremo Tribunal Federal, no HC 127.483/SP, Pleno, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 4/2/16, destacou que

*[...] requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física.*

Logo, não há impedimento a que o acordo seja firmado por quem esteja preso, desde que haja voluntariedade na colaboração, vale dizer, se a declaração de vontade do colaborador for desejada com plena consciência da realidade e escolhida *com liberdade*.

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 38-41

Tanto isso é verdade que, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, a Lei 12.850/13 admite a colaboração premiada de quem se encontre preso (art. 4º, § 5º).

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

Assim, recusar-se ao preso a possibilidade de firmar esse acordo e de obter benefícios por seu cumprimento violaria o princípio da isonomia, por não haver correlação lógica entre essa vedação e a supressão da liberdade física do agente, uma vez que o fator determinante para a colaboração premiada é a sua liberdade psíquica, vale dizer, *a ausência de coação*, esteja ele solto ou não.

Exige-se a voluntariedade da conduta, não a sua espontaneidade. Pouco importa, portanto, que a iniciativa do acordo de colaboração premiada seja do Ministério Público, ou que o imputado decida colaborar após a decretação de uma medida cautelar pessoal em seu desfavor.

Irrelevantes, ainda, os motivos que o levam a colaborar, vale dizer, se por arrependimento sincero ou por mero cálculo utilitarista, por exemplo, depois da sua prisão ou de outros copartícipes terem colaborado.<sup>17</sup>

O que importa é a voluntariedade da colaboração e sua aptidão, em tese, para alcançar o resultado probatório pretendido, uma vez que a *exigência de elementos externos de corroboração* de suas declarações constituirá o necessário *antídoto* para o eventual desejo de prejudicar terceiros.

Nesse sentido, Alberto Silva Franco, embora tratando da delação premiada prevista no art. 14 da Lei 9.807/99, bem observa que

*[a] conduta do delator deve ter relevância, sob o enfoque objetivo e deve ser voluntária, sob o ângulo subjetivo. Pouco importa que tal conduta não tenha sido espontânea. Tem o mesmo significado a cooperação que decorre de um arrependimento efetivo e sincero ou que tenha sido dada por mero cálculo ou que tenha decorrido de um sentimento*

<sup>17</sup> RUGA RIVA, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Verbania, 2000, p. 290.

*de vingança. Não interessa, para efeito da delação premiada, a motivação do delator [...].*<sup>18</sup>

A voluntariedade do acordo poderá ser aferida pelo juiz em audiência própria com o colaborador e seus defensores, nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, da qual, segundo o entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal pelos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Edson Fachin, não participará o Ministério Público, pois o seu objetivo é aferir se o colaborador sofreu algum tipo de coação por parte dos responsáveis pela persecução penal.

O art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/13, em sua redação originária, estabelecia ser uma faculdade do juiz ouvir o colaborador, de modo que essa audiência poderia ser dispensada se os elementos de informação coligidos permitissem aquilatar, desde logo e com segurança, a voluntariedade da conduta.

Com a nova redação dada ao referido dispositivo legal pelo Pacote Anticrime, a oitiva do colaborador tornou-se mandatória.

É possível, aqui, fazer-se um paralelo com o sistema de *plea bargain* norte-americano.

Segundo o Black's Law Dictionary, *plea* significa a resposta ou declaração formal de um acusado de “culpado” (*guilty*), “não culpado” (*not guilty*) ou de “não contestar” (*nolo contendere*) em face de uma acusação criminal, ao passo que *plea bargain* é o acordo negociado entre a promotoria e o acusado mediante o qual este último se declara culpado ou que não contestará uma imputação menor ou alguma de múltiplas imputações, em troca de alguma concessão pela promotoria, usualmente uma sentença mais leniente ou a retirada de outras acusações.<sup>19</sup>

Nos Estados Unidos da América, as *Federal Rules of Criminal Procedure*, verdadeiro Código de Processo Penal, regulam todos os procedimentos criminais nas *district courts*, nas *courts of appeals* e na Suprema Corte (*Rule “1(a)(1)”*).

A *Rule 11* disciplina os *pleas* e, de conformidade com a *Rule 11(b)(2)*, antes de aceitar um *plea of guilty* ou de *nolo contendere*, o juiz deverá

<sup>18</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 343/343

<sup>19</sup> GARNER, Bryan A. (Editor in Chief.). *Black's Law Dictionary*. – 10ª ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2014, p. 1.337

ouvir pessoalmente o acusado em sessão aberta para se certificar de que o acordo é voluntário e *não resulta de força, ameaça ou de outras promessas não relacionadas ao próprio acordo*.<sup>20</sup>

Segundo Yue Ma, dentre as estratégias do Ministério Público estadunidense para aumentar seu poder na negociação e intimidar o imputado a aceitar um acordo destacam-se i) a “sobreacusação” (*overcharging*), consistente no oferecimento de denúncia – ou mesma na ameaça de o fazer – com base em imputações que não se sustentem em plataforma indiciária idônea, vale dizer, sem justa causa, e ii) a possibilidade de transferir o processo da competência estadual para a federal, uma vez que “as penas cominadas por leis federais para crimes semelhantes são em geral mais graves”.<sup>21</sup>

Uma das críticas mais contundentes à *plea bargaining* reside no fato de que a

*[...] substância das concessões que [o Ministério Público] esteja disposto a fazer crescerá na medida inversamente proporcional à inconsistência das provas que possua; ou, dito de forma mais enxuta, “nos casos fracos” (weak evidence cases) tenderá a ser “generoso”; nos ‘casos fortes’ (strong evidence cases ou ainda, no jargão judiciário, dead-bang ou slam-dunk), tenderá a conter essa generosidade.*<sup>22</sup>

A Suprema Corte americana, no caso *Bordenkirsher v. Hayes* (1978), ao analisar a questão da voluntariedade, concluiu que o Ministério Público, durante as negociações de um *guilty plea*, não desbordou dos limites constitucionais ao ameaçar imputar ao réu, caso não aceitasse o acordo, um crime mais grave do que aquele que originariamente lhe seria imputado.

Como destacado no voto condutor do acórdão, da lavra do *Justice Stewart*, desde que o promotor disponha de “causa provável” para crer que

<sup>20</sup> No original: *Ensuring That a Plea Is Voluntary. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement).*

<sup>21</sup> MA, Yue. A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. In: Revista do Conselho Nacional do Ministério Público. n° 1. Brasília – junho de 2011, p. 197-198.

<sup>22</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 66.

o acusado cometeu um crime, a decisão de processá-lo ou não, e de que imputação fazer, de modo geral, repousa inteiramente em sua discricionariedade.<sup>23</sup>

Pedro Soares de Albergaria bem sintetizou a relevância desse julgado, ao apontar que

*[...] ficava assim traçado o caminho entre a ameaça resultante da overcharging [sobreacusação] e do bluffing [blefe, mentira] – ilícita, porque não assente em elementos probatórios que a sustentem – e aquela outra que, quando muito, poderia resultar em full prosecution – lícita, porque assente em elementos probatórios reais.<sup>24</sup>*

Também no Brasil, a colaboração premiada não pode resultar de força (*vis corporalis* ou *vis absoluta*), ameaça (*vis compulsiva*) ou de promessas *impróprias*.

Nesse particular, as prisões temporária e preventiva não podem ser utilizadas como instrumento de coação do imputado, para forçá-lo a firmar um acordo de colaboração premiada.

Como já tivemos a oportunidade de anotar,<sup>25</sup>

*[...] é manifestamente ilegítima, por ausência de justificação constitucional, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente a prisão temporária ou preventiva, que tenham por finalidade obter a colaboração ou confissão do imputado, a pretexto de sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal.<sup>26</sup> Embora constitucional*

---

<sup>23</sup> No original: “In our system, so long as the prosecutor has probable cause to believe that the accused committed an offense defined by statute, the decision whether or not to prosecute, and what charge to file or bring before a grand jury, generally rests entirely in his discretion”.

<sup>24</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 85.

<sup>25</sup> CAPEZ, Rodrigo *Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2017, pp. 428-430.

<sup>26</sup> Nesse sentido, SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 248-249. PÉREZ, Cristina Guerra. *La decisión judicial de prisión preventiva – análisis jurídico y criminológico.* Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 162. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais.* São Paulo: Método, 2011, pp. 277-280.

a norma em abstrato, na apontada incidência ela produziria um resultado inconstitucional.<sup>27</sup>

Como assevera Vittorio Grevi, em nenhuma hipótese o exercício do direito ao silêncio pode ser colocado como fundamento, no terreno do *periculum libertatis*, de uma medida cautelar pessoal, que jamais pode ser adotada com o fim de induzir o imputado a colaborar com a autoridade judiciária.<sup>28</sup>

Essa questão não é cerebrina, pois o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ilegitimidade constitucional de prisão preventiva cuja razão preponderante havia sido a recusa da imputada, no exercício do direito ao silêncio, em responder ao interrogatório judicial a que submetida.<sup>29</sup>

O Supremo Tribunal Federal também decidiu que carece de legitimidade constitucional, por manifesta ofensa ao privilégio contra a autoincriminação, a decretação da prisão temporária ou preventiva do imputado pelo seu não comparecimento à delegacia de polícia para prestar depoimento<sup>30</sup> ou “por falta de interesse em colaborar com a Justiça”, supostamente evidenciada pelo fato de os réus “haverem respondido às perguntas de seus interrogatórios de forma desdenhosa e evasiva, mesmo sabedores de que tais versões não encontram guarida no caderno investigatório”.<sup>31</sup>

E não é só.

Ainda que, explicitamente, não seja essa a motivação da decisão, caso se constate, inclusive pela forma

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 347, nota de rodapé nº 6.

<sup>28</sup> GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs).\_\_\_\_\_. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 394-395 e pp. 401-403. O art. 274, 1, a, do Código de Processo Penal italiano expressamente determina que o *periculum libertatis* não pode ser individualizado na recusa do imputado em prestar declarações ou em admitir as imputações. Por essa razão, Vittorio Grevi assevera “[...] che in nessun caso l'esercizio del diritto al silenzio, da parte dell'imputato, possa essere posto a fondamento, sul terreno del *periculum libertatis*, di una misura cautelare disposta a suo carico e, quindi, a maggior ragione, che nessuna misura cautelare (a cominciare da quella carcerária) possa venire legittimamente adottata allo scopo di indurre l'imputato stesso a collaborare con l'autorità giudiziaria”.

<sup>29</sup> HC 99.289/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 4/8/11.

<sup>30</sup> HC 89.503/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 8/6/07.

<sup>31</sup> HC 79.781/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 9/6/2000.

*de atuação extraprocessual do juiz ou dos órgãos da persecução penal, que o verdadeiro objetivo da prisão cautelar é forçar a colaboração do imputado, sua inconstitucionalidade será patente.*

[...]

*Ainda que legalmente se admita, diante da relevância da colaboração, o perdão judicial, a redução de pena ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (arts. 3º, I, e 4º, da Lei n. 12.850/13), é vedado utilizar-se da decretação ou da manutenção da prisão cautelar como instrumento de barganha com o imputado, no intuito de coagi-lo a colaborar.*

Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 127.186/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJE de 3/8/15, referente à denominada “Operação Lava-a-Jato”, assentou que

*seria extrema arbitrariedade que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/13, art. 4º, caput e § 6º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada.*

Nesse contexto, o acordo de colaboração premiada não tem o condão de interferir, por si só, na custódia cautelar do imputado, razão por que:

- i) ou estão presentes o *pressuposto do fumus commissi delicti* (que se traduz na prova existência da infração e em indícios suficientes de autoria) e o requisito, em seu grau máximo, do *periculum libertatis* (uma das situações de perigo, legalmente tipificadas, geradas pelo estado de liberdade do imputado), e o colaborador deverá permanecer preso preventivamente, com direito a oportuna

detração, sem falar no seu direito subjetivo à concessão de medida cautelar pessoal menos gravosa, na hipótese de o *periculum libertatis* não se apresentar em seu grau máximo; ou

- ii) ou estão ausentes o *fumus commissi delicti* ou o *periculum libertatis*, e o colaborador deverá permanecer em liberdade até a formulação do juízo definitivo de culpabilidade, podendo, se o desejar, renunciar ao direito de recorrer da sentença condenatória para que somente então se inicie a execução da pena.

Relembre-se que o art. 283 do Código de Processo Penal contempla as três modalidades de prisão constitucionalmente previstas no âmbito do processo penal: i) prisão em flagrante, ii) prisão cautelar (temporária ou preventiva) e iii) prisão-pena ou sanção.

A prisão-pena, como sanção imposta pelo Estado pela violação de um bem jurídico penalmente tutelado, *exige a formulação de um juízo definitivo de culpabilidade em um título judicial condenatório transitado em julgado*, conforme decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 12/11/20).

Ora, é fato *notório* que vinham sendo homologados diversos acordos de colaboração prevendo – *de forma inconstitucional*, a nosso ver – a imediata submissão do colaborador à execução antecipada da pena, logo após o juízo homologatório.

Ocorre que não se pode confundir o direito à detração penal, decorrente da prisão cautelar do colaborador (art. 42, Código Penal), com a exigência de sua imediata submissão à execução antecipada de uma pena “virtual”, nas hipóteses em que o acordo tenha sido homologado antes de qualquer condenação ou do próprio início da ação penal.

A pretexto de “beneficiar” o colaborador, essa inovação impõe, de modo kafkiano, que ele *inicie o cumprimento de uma pena que ainda não existe*, o que é manifestamente inconstitucional (*nulla poena sine iudicio*).

Calha, aqui, invocar o modelo italiano de colaboração premiada.

A Lei 45, de 13 de fevereiro de 2001, que alterou a disciplina de proteção e do tratamento sancionatório daqueles que colaboram com a justiça, introduziu, no art. 9º, do Decreto-lei 8/91, convertido pela Lei 82/91, o seguinte parágrafo 3º:

*Para o fim de aplicação das medidas especiais de proteção, têm relevância a colaboração ou as declarações feitas no curso de um procedimento penal. A colaboração e as citadas declarações devem ter o caráter de intrínseca credibilidade. Devem também ter o caráter de novidade ou de integralidade, ou por outros elementos devem parecer de notável importância para o desenvolvimento da investigação, ou para fins de julgamento ou para as atividades de investigação sobre conotações estruturais, dotações de armas, explosivos ou bens, articulações e as ligações internas ou internacionais das organizações criminosas do tipo mafioso ou terrorista-subversivo, ou sobre os objetivos, as finalidades e as modalidades operacionais de tais organizações.*

A Lei 45/01 também inseriu no referido Decreto-lei 8/91 o art. 16-*quater*, segundo o qual, para fins de concessão das medidas especiais de proteção e o reconhecimento de atenuantes e benefícios penitenciários, a pessoa que manifestar a vontade de colaborar prestará ao Procurador da República, no prazo de 180 dias, contados da mencionada manifestação de vontade, todas as informações úteis/relevantes de que dispuser i) para a reconstrução dos fatos e das circunstâncias sobre as quais é questionado, ii) sobre outros fatos de maior gravidade e alarme social de que tiver conhecimento e iii) para a identificação e captura de seus autores. Prestará ainda outras informações necessárias à identificação, ao sequestro e ao confisco de dinheiro, dos bens e de quaisquer outros benefícios de que ela mesma ou outros membros de grupos criminosos disponham direta ou indiretamente.

As declarações do colaborador devem ser documentadas em um instrumento denominado “*verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*”, cujo conteúdo será submetido ao devido controle jurisdicional (arts. 16-*quater*, § 3º, e 16-*quinqüies*, § 2º, do Decreto-lei 8/91 convertido pela Lei 82/91, introduzidos pela Lei 45/01).

A Lei 45/01 introduziu ainda no Decreto-lei 8/91 o art. 16-*quinqüies*, com a rubrica “atenuantes no caso de colaboração”, o qual estabelece que, em matéria de colaboração relativa a crimes de terrorismo, de subversão da ordem ou de tipo mafioso ou assimilados, as circunstâncias atenuantes previstas no Código Penal e em disposições especiais somente poderão ser concedidas àqueles que, no referido prazo de 180 dias

(art. 16-*quater*), tiverem firmado o “*verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*”.<sup>32</sup>

O legislador italiano, portanto, estabeleceu um pressuposto indispensável para que o juiz possa reconhecer atenuantes ou causas de redução de pena no caso da colaboração premiada: o “*verbale illustrativo*”.

Ocorre que, por expressa determinação legal, o “*verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*”, *por si só, não repercute na prisão preventiva do colaborador*.

Nos termos do art. 16-*octies* do Decreto-lei 8/91, também introduzido pela Lei 45/01, a custódia cautelar não poderá ser revogada nem substituída por outra medida menos gravosa pelo só fato de o preso adotar uma das condutas de colaboração que admitam o reconhecimento de circunstâncias atenuantes, mas somente se, *ao avaliar as exigências cautelares*, o juiz, ouvido o Procurador-Nacional Antimáfia ou Procurador-Geral no respectivo tribunal, constatar que não há elementos indicativos da atualidade da relação do colaborador com a criminalidade organizada do tipo mafioso ou terrorista-subversiva.<sup>33</sup>

Veda-se, assim, que a prisão cautelar seja indevidamente utilizada como instrumento de coação ou de barganha com o imputado.

### 4.3. Da legalidade

Para que o acordo de colaboração seja válido, o seu objeto, *que compreende tanto a atividade de cooperação quanto a sanção premial ajustadas*, deve ser “lícito, possível e determinado ou determinável”.

---

<sup>32</sup> De toda sorte, o art. 16-*quinquies*, § 3º, introduzido pela Lei 45/01 no Decreto-lei 8/91 convertido pela Lei 82/91, admite que, se a colaboração se manifestar na fase do “*dibattimento*”, o juiz poderá reconhecer atenuantes mesmo na ausência do “*verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*”, que deverá então ser formalizado no prazo já prescrito.

<sup>33</sup> No original: Art. 16-*octies*. – (*Revoca o sostituzione della custodia cautelare per effetto della collaborazione*) – 1. *La misura della custodia cautelare non può essere revocata o sostituita con altra misura meno grave per il solo fatto che la persona nei cui confronti è stata disposta tiene o ha tenuto taluna delle condotte di collaborazione che consentono la concessione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali. In tali casi, alla revoca o alla sostituzione può procedersi solo se, nell'ambito degli accertamenti condotti in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari, il giudice che procede, sentiti il procuratore nazionale antimafia o i procuratori generali presso le corti di appello interessati, non ha acquisito elementi dai quali si desuma l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata di tipo mafioso o terroristico-eversivo e ha accertato che il collaboratore, ove soggetto a speciali misure di protezione, ha rispettato gli impegni assunti a norma dell'articolo 12.*

A determinação ou determinabilidade do objeto é de extrema relevância não apenas por se tratar de um requisito de validade do acordo como também para possibilitar a sua correta execução, como vimos ao tratar do exame da regularidade desse negócio jurídico processual.

O controle de legalidade das cláusulas do acordo de colaboração premiada pressupõe que se determine a extensão dos poderes negociais do Ministério Público.

Com efeito, os limites horizontais (amplitude) e verticais (profundidade) da cognição judicial no exame do acordo de colaboração estão diretamente relacionados aos limites da discricionariedade de atuação que se reconheça ao Ministério Público.

Ennio Amodio, ao examinar a disciplina legal dos colaboradores da justiça nos sistemas Continental e de *Common Law*, aduz que, enquanto os sistemas continentais europeus se alinham ao modelo de *premiabilidade legal*, Inglaterra e Estados Unidos da América se valem do modelo de *premiabilidade negocial*.

A seu ver,

*[...] à fattispecie da premialidade legal, cujos pressupostos são delineados pela lei penal substancial e remetidos à verificação jurisdicional, se contrapõem as várias formas de isenção do processo e da pena que no processo penal anglo-americano são permitidas pela discricionariedade da ação penal conferida ao prosecutor.<sup>34</sup>*

O modelo de justiça criminal consensual dos Estados Unidos da América reconhece ao órgão da acusação uma discricionariedade quase absoluta para o exercício da ação penal e para transacionar sobre o processo e a pena.

Para a Suprema Corte americana,

*a disposição sobre acusações criminais por acordo entre o promotor e o acusado é um componente essencial da administração da Justiça. Administrado*

---

<sup>34</sup> AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law – dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 256-257, grifo nosso.

*de forma adequada, há que ser encorajado. Se toda acusação criminal estiver sujeita a um julgamento completo, os Estados e o Governo Federal necessitariam multiplicar em muitas vezes o número de juízes e de instalações de cortes.*<sup>35</sup>

Pedro Soares de Albergaria, após observar que as modalidades *básicas* de negociação não excluem outras possibilidades “*que só são virtualmente limitadas pela criatividade das partes negociadoras*”, aduz que é

*[...] tradicional a distinção entre charge bargaining (ou charge concession), sentence bargaining (ou sentence concession) ou, ainda, uma forma mista de negociação. No primeiro caso, trata-se de negociação da própria imputação: em troca da declaração de culpa, o M.P. compromete-se a ‘desclassificar’ a acusação para uma infração punível com pena inferior. Esta ‘desclassificação’ pode ainda desdobrar-se em duas outras modalidades: pode tratar-se de uma alteração da imputação para outra de menor gravidade (p. ex., de murder para manslaughter) ou não (p. ex., de uma felony para uma misdemeanor, ou até para um ilícito administrativo) da mesma categoria de infrações – trata-se de uma redução qualitativa ou vertical das imputações, ou, no caso de várias imputações, a ‘deixar cair’ alguma(s) dela(s) – trata-se, agora, de uma redução quantitativa ou horizontal das imputações, ou ainda conjugar as duas hipóteses”.*<sup>36</sup>

Segundo esse magistrado português, no caso da *sentence bargaining* negocia-se diretamente a sanção penal, haja vista que

*[e]m troca da declaração de culpa em relação à imputação original (on the nose plea), o M.P. compromete-se a recomendar ao juiz uma sanção de*

<sup>35</sup> *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

<sup>36</sup> ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, pp. 22-23.

*certa natureza (p. ex., multa em vez de prisão), com uma determinada medida (um ano em vez de dois anos de prisão) ou a não deduzir oposição a atenuante invocada pelo arguido ou, ainda, quando o juiz possa participar das negociações, compromete-se a aplicar certa sanção.*

No sistema adversarial norte-americano, portanto, às partes se reconhece o poder de dispor do objeto do processo: o promotor pode renunciar à ação penal ou encerrá-la sem qualquer controle judicial, e o imputado pode declarar-se culpado (*guilty plea*) e exonerar a acusação do ônus de provar o fundamento da imputação,<sup>37</sup> negociando a pena a que se submeterá.

Diversamente, no modelo italiano, típico do sistema continental europeu, as sanções premiaias para condutas de colaboração em matéria de *criminalidade organizada* se limitam ao reconhecimento pelo juiz, no caso de condenação, de atenuantes ou causas de redução de pena,<sup>38</sup> não havendo margem para que o Ministério Público transacione sobre a natureza da imputação ou a quantidade de pena a ser imposta ao colaborador.

No Brasil, o art. 7º da Lei dos Crimes Hediondos introduziu no art. 159 do Código Penal (extorsão mediante sequestro), a seguinte causa de redução de pena:

*Art. 159. [...]*

*§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.*

A Lei dos Crimes Hediondos também fixou, no art. 8º, parágrafo único, uma causa de diminuição de pena para conduta de colaboração premiada em se tratando de crime de quadrilha ou bando (art. 288, CP)

---

<sup>37</sup> AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law – dal rito inquisitorio al giusto processo*. Milano: Giuffrè, 2003, pp. 211-213.

<sup>38</sup> Vide Decreto-lei 152/91, convertido pela Lei 203/91, e o Decreto-lei 8/91, convertido pela Lei 82/91, com as posteriores alterações introduzidas pela Lei 45/01.

*Art. 8º [...]*

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

Como bem salientou Alberto Silva Franco, “a delação premiada constituiu, na Lei 8.072/90, uma inovação importada do direito italiano e que era aplicável apenas a dois tipos penais: a extorsão mediante sequestro e a quadrilha ou bando”.<sup>39</sup>

De fato, foi exatamente no crime de extorsão mediante sequestro que a técnica premial foi introduzida na Itália pela Lei 497, de 14 de outubro de 1974, a qual acrescentou um parágrafo no art. 630 do Código Penal – *que comina pena de reclusão de 25 a 30 anos para o crime de sequestro para fins de roubo ou extorsão, e de prisão perpétua para o agente que provocar a morte do sequestrado* – para estabelecer que o agente que atuasse de modo a permitir que a vítima fosse libertada sem o pagamento do resgate estaria sujeito somente às penas menos graves cominadas ao crime de sequestro simples (art. 605, CP).

Posteriormente, a Lei 9.269/96 deu nova redação ao parágrafo 4º do art. 159 do Código Penal, para dispensar a exigência, para o reconhecimento da causa de diminuição de pena, de que o crime de extorsão mediante sequestro tenha sido cometido por quadrilha ou bando, reputando suficiente o mero concurso de agentes:

*Art. 159. [...]*

*§ 4º – Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.*

Na sequência da Lei dos Crimes Hediondos, diversos diplomas legislativos passaram a contemplar sanções premiaias para condutas de colaboração.

A Lei 7.492/86, que tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional, foi alterada pela Lei 9.080/95, que incluiu em seu art. 25 o seguinte parágrafo 2º:

---

<sup>39</sup> FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 342.

*Art. 25. [...]*

*§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.*

Essa mesma Lei 9.080/95 também incluiu, no art. 16 da Lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, o seguinte parágrafo único:

*Art. 16. [...]*

*Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.*

Outrossim, a Lei 9.807/99 foi o primeiro diploma legal a tratar de forma mais abrangente e sistematizada da proteção a réus colaboradores, não apenas do ponto de vista da concessão de sanções premiais, como também no âmbito tutório, para preservar sua integridade física, a teor de seus arts. 13 a 15:

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

*I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;*

*II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;*

*III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.*

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

*Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e*

*o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços*

*Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.*

*§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.*

*§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.*

*§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados”.*

A Lei 9.807/99, portanto, passou a prever não somente uma causa de redução de pena, tal como previsto nas leis que a antecederam, como também uma causa de perdão judicial.

Por sua vez, a Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro) foi modificada pela Lei 12.683/12, que acrescentou ao seu art. 1º o seguinte parágrafo 5º:

*Art. 1º [...]*

*§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.*

Como se observa, a Lei 9.613/98, com a modificação em questão, passou a admitir, além do perdão judicial e da causa de redução de pena,

a possibilidade i) de cumprimento da pena em regime aberto ou semia-aberto, independentemente do *quantum* de pena imposto, bem como ii) de substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

A Lei 11.343/06, quanto aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, também instituiu, no seu art. 41, uma causa de diminuição de pena para colaborador:

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

De outro lado, a Lei 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe, no seu art. 86, sobre o acordo de leniência com o CADE, com a previsão de extinção de punibilidade ou de redução de penalidades, no caso de efetiva colaboração com as investigações, e desde que dessa colaboração resulte “i) a identificação dos demais envolvidos na infração; e ii) a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”.

Nos termos do art. 87 do referido diploma legal,

*[n]os crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.  
Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.*

Finalmente, adveio a Lei 12.850/13, que dispôs sobre o crime de organização criminosa, sua investigação criminal e os respectivos meios de obtenção de prova, dentre os quais a colaboração premiada.

A Lei 12.850/13 prevê, no art. 4º, caput, e parágrafos 1º a 5º, com as alterações feitas pelo Pacote Anticrime, as sanções premiais para a colaboração premiada:

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

*I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;*

*II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;*

*III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;*

*IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;*

*V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.*

*[...]*

*§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).*

*[...]*

*§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:*

*I – não for o líder da organização criminosa;*

*II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.*

§ 4º-A. *Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador*  
§ 5º *Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.*

Portanto, os benefícios que o juiz legalmente pode conceder, de acordo com a nova lei de regência da colaboração premiada, são o perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se a colaboração premiada for *anterior* à da sentença, ou a redução da pena até a metade e a progressão de regime sem o preenchimento de requisitos objetivos, se a colaboração premiada for *posterior* à sentença.

Admite a Lei 12.850/13 ainda, tal como já o havia feito a Lei 12.529/11 ao tratar do acordo de leniência, a possibilidade de o Ministério Público não oferecer a denúncia, desde que o colaborador não seja o líder da organização criminosa e tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração.

A análise de todos os diplomas legais que trataram desse instituto revela que a colaboração premiada no Brasil historicamente foi contemplada como causa de: i) perdão judicial; ii) redução de pena; iii) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; iv) fixação de regime prisional mais brando do que a pena imposta exige; v) progressão de regime prisional, sem o preenchimento de requisitos objetivos; e vi) imunidade (não oferecimento de denúncia).

Ainda que possa variar, em função do seu grau de efetividade, o tipo de benefício estipulado para as condutas de cooperação, em nosso modelo de colaboração premiada as sanções premiais se restringem àquelas *legalmente previstas* e a sua concessão depende da verificação judicial de seus requisitos.

A Lei 12.850/13 não se apartou da técnica de *premiabilidade legal* historicamente adotada em nosso país, ancorada no sistema Continental-Europeu e, portanto, num verdadeiro freio à discricionariedade das partes, não adotou o modelo de premiabilidade tipicamente negocial de *Common Law*.

A nosso ver, o Pacote Anticrime reforçou o modelo de premialidade legal adotado pela Lei 12.850/13, ao determinar que o juiz, no momento da sindicabilidade do acordo, verifique a

*adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo.*

Ora, se fosse lícito ao Ministério Público propor sanções penais atípicas, qual a razão para que a lei, além de enumerar expressamente os benefícios cabíveis, ainda determinasse ao juiz que, na sindicabilidade do acordo, verificasse se a proposta de sanção premial se amolda estritamente ao modelo legal?

Não obstante o nosso posicionamento, há que se ressaltar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Inquérito 4.405-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, assentou que

*a fixação de sanções premiais não expressamente previstas na Lei nº 12.850/2013, mas aceitas de modo livre e consciente pelo investigado não geram invalidade do acordo. O princípio da legalidade veda a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, por ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado. Deste modo, não viola o princípio da legalidade a fixação de pena mais favorável, não havendo falar-se em observância da garantia contra o garantido.*

Outrossim, no Brasil, o negócio jurídico da colaboração premiada não se erige em *conditio sine qua non* da concessão da sanção premial, uma vez que o prêmio deriva, por força de lei, da própria atividade de cooperação, e não do acordo formalizado em si.

Em verdade, o acordo constitui um incentivo à cooperação do investigado, conferindo-lhe segurança jurídica e o *status* de colaborador para

obtenção de medidas de proteção, mas, repita-se, não há necessidade de se firmá-lo para que o juiz conceda o prêmio legalmente estabelecido – diversamente do que, de regra, ocorre no direito italiano quanto ao “*verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*”.

Se o próprio juiz está adstrito à concessão de *sanções premiaias típicas*, não poderia o Ministério Público, no acordo, estipular benefícios não previstos em lei, tratado ou convenção de que o Brasil seja signatário, o que corrobora a conclusão de que seus poderes negociais estão submetidos ao *princípio da legalidade estrita*.

Assim, “*as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia*” (art. 6º, II, da Lei 12.850/13) devem se ater ao modelo de *premialidade legal*, vale dizer, somente podem dispor sobre benefícios expressamente previstos em lei.

Nesse contexto, são manifestamente ilegais, a nosso ver, cláusulas que criem novas causas de interrupção ou suspensão da prescrição; que instituem regimes prisionais atípicos ou que fixem a pena máxima a que estará sujeito o colaborador em caso de condenação.

De acordo com a Lei 12.850/13, em sede de *condenação* os benefícios legalmente previstos são a redução de pena corporal e a substituição por restritiva de direitos, ao passo que, em sede de *execução*, os benefícios expressamente previstos na lei de regência são a redução de pena e a progressão de regime sem o cumprimento de requisitos objetivos.

Dessa feita, a integralidade da pena imposta ao colaborador deverá ser efetivamente cumprida, *tal como ocorre na Itália, cujo modelo inspirou o legislador brasileiro*, ressalvada a possibilidade de concessão de benefícios em sede de execução penal (v.g., livramento condicional, indulto).

O Brasil adotou o que poderíamos denominar de *modelo de premialidade típica*, de modo que na fase de homologação, momento adequado para o controle da legalidade do acordo, o juiz deverá glosar cláusulas que não encontrem suporte em lei, tratado ou convenção de que seja signatário o Brasil.

Se, por qualquer motivo, não se operar essa glosa na homologação e uma sanção premial *atípica* vier a ser judicialmente chancelada, a nosso ver, essa cláusula já não mais poderá ser sindicada na fase de julgamento da ação penal.

Nessa hipótese, se o colaborador houver adimplido suas obrigações, há que se reconhecer o seu direito subjetivo à obtenção da sanção premial

*atípica* acordada, ressalvada flagrante teratologia, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Finalmente, devem ser glosadas, por serem manifestamente inconstitucionais, cláusulas negociais que pretendam suprimir ou neutralizar, *em abstracto*, o exercício do direito fundamental do colaborador de acesso à jurisdição, seja pela via do remédio constitucional do *habeas corpus*, seja pela via recursal (art. 5º, XXXV e LXVIII, da Constituição Federal), nada obstando que venha a ser voluntariamente negociada a desistência de um específico *habeas corpus* previamente impetrado ou de um recurso já interposto.

A propósito, dispõe o art. 4º § 7º-B, da Lei 12.850/13, na redação dada pelo Pacote Anticrime, serem nulas, de pleno direito, as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória do acordo de colaboração premiada.