

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ANDERSON BALBINOT

**A INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA**

Porto Alegre  
2020

ANDERSON BALBINOT

**A INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre  
2020

ANDERSON BALBINOT

**A INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade (Orientador)  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Prof. Dr. Odone Sanguiné  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

---

Prof. Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

## RESUMO

O presente trabalho tematiza o limite do controle judicial sobre os acordos de colaboração premiada. Seu objetivo é refletir criticamente a respeito da aparente contradição entre a simultaneidade de um modelo de negociação premial e a possibilidade do controle judicial das cláusulas estipuladas nesses negócios jurídicos. Quanto ao objeto metodológico, utilizamo-nos da pesquisa bibliográfica e pesquisa jurisprudencial. Já em relação aos objetivos metodológicos, adotamos a forma descritiva. A respeito dos procedimentos adotados, servimo-nos da interpretação de textos doutrinários e jurisprudenciais. A monografia foi dividida em dois grandes capítulos. No primeiro, iniciamos com a apresentação de um panorama conceitual e principiológico mínimo para a exata compreensão da dimensão do problema. Após, desenvolvemos balizas interpretativas doutrinárias a respeito da justificação do instituto. Em seguida, enfrentamos a discussão sobre a vinculação do órgão ministerial à acusação e a utilização de premissas consequencialistas na seara criminal, buscando verificar a legitimidade e compatibilidade do instituto com nosso sistema jurídico. No segundo capítulo, inicialmente, buscamos descrever o marco legal, conjugado com a doutrina e jurisprudência pertinentes. Ao final, analisou-se uma eventual mudança de entendimento da jurisprudência.

**Palavras-chave:** colaboração premiada; controle judicial; princípio da obrigatoriedade; limites negociais; Ministério Público.

## ABSTRACT

The present work deals with the limit of judicial control about plea bargain agreements. Its objective is to reflect critically on the apparent contradiction between the simultaneity of a premium negotiation model and the possibility of judicial control of the clauses stipulated in these legal deals. As for the methodological object, we used bibliographic and jurisprudential research. Regarding the methodological objectives, we adopted the descriptive form. Regarding the procedures adopted, we use the interpretation of doctrinal and jurisprudential texts. The monograph was divided into two major chapters. In the first, we begin with the presentation of a minimal conceptual and principled panorama for the exact understanding of the dimension of the problem. After that, we developed doctrinal interpretive landmark regarding the justification of the institute. Then, we faced the discussion about the link of the prosecution to the petition and the use of consequentialist premises in the criminal field, seeking to verify the legitimacy and compatibility of the institute with our legal system. In the second chapter, initially, we seek to describe the legal framework, combined with the relevant doctrine and jurisprudence. In the end, a possible change in the understanding of jurisprudence was analyzed.

**Keywords:** plea bargain; judicial control; principle of obligation; limitations to agreements; Prosecution.

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2.</b>	<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE A NEGOCIAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO EM FACE DA PRINCIPIOLOGIA .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1</b>	<b>A legitimidade da colaboração premiada em face dos princípios processuais penais</b>	<b>17</b>
<b>2.2</b>	<b>Ponderação de princípios limitadores da colaboração premiada .....</b>	<b>21</b>
<b>2.3</b>	<b>Os limites da negociação: entre a legalidade e a utilidade.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3.1</b>	<b>A Tensão entre os Princípios da obrigatoriedade e oportunidade .....</b>	<b>27</b>
<b>2.3.2</b>	<b>O consequencialismo na aplicação da pena e a possibilidade da aplicação dos princípios da efetividade e eficiência no processo penal.....</b>	<b>39</b>
<b>3.</b>	<b>INTERVENÇÃO JUDICIAL E LIBERDADE NEGOCIAL.....</b>	<b>53</b>
<b>3.1</b>	<b>Marco legal e seus problemas .....</b>	<b>53</b>
<b>3.2</b>	<b>A dinâmica entre a liberdade negocial e o controle judicial.....</b>	<b>67</b>
<b>3.3</b>	<b>A caminho de uma mudança jurisprudencial? .....</b>	<b>86</b>
<b>4.</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>91</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>93</b>

## 1. INTRODUÇÃO

É inegável a força da máxima *nulla poena sine iudicio*, explicitadora da necessidade de controle jurisdicional das condenações na história do processo penal brasileiro. Segundo o brocardo, não há formação da culpa sem processo. A separação de funções entre o Estado-acusador e Estado-juiz é, sem dúvida, um desenvolvimento civilizacional que marca nossa história e se radicaliza em nosso sistema criminal.

O processo de desenvolvimento da ideia de limitação do poder punitivo do Estado ganhou força no período iluminista, e avançou mais recentemente na fundação de um processo penal que pudesse ser chamado de democrático, garantidor dos direitos do indivíduo, fundamentalmente atento aos valores da ordem pública e da preservação da paz social (PEREIRA, 2019). Em certo sentido, o ideário liberal de constituição de direitos individuais, tais como a proteção do sigilo, a publicidade dos atos processuais, a garantia do exercício do contraditório e ampla defesa, a cisão entre as funções exercidas pelo juiz e órgão acusador, dentre outros, tornou-se efetivo em nosso sistema jurídico, embora não se negue a existência de problemas na aplicação ao caso concreto, ou mesmo ponderações jurisprudenciais mitigadoras da efetivação de alguns deles. É que a sociedade se tornou complexa e diversos interesses não são conciliáveis, tornando a decisão judicial, em especial aquela realizada nos tribunais superiores, uma tarefa de difícil equalização aos anseios momentâneos e aos valores os quais o ordenamento jurídico buscou proteger.

Entretanto, novos desafios demandariam igualmente novos conceitos dos quais os significados doutrinários e jurisprudenciais estariam sendo estabelecidos a partir de uma nova fase histórica na persecução penal no Brasil, notadamente, a partir dos escândalos recentes de corrupção, envolvendo políticos e empresários. Além disso, o problema da violência pública, que está gerando em média, nos últimos tempos, mais de 50 mil homicídios ao ano, se avoluma em função do seu vínculo com o crime organizado, em especial aquele relacionado ao tráfico de drogas e disputas por territórios, demandando, por isso, um senso de urgência na persecução destes delitos altamente deletérios à sociedade.

Diante de tantos desafios, decisões políticas foram tomadas no sentido do desenvolvimento inédito do instituto da colaboração premiada enquanto um instrumento misto, ou seja, parte de direito penal, e outra parte de processual penal, pelo qual as partes envolvidas em investigações, seja a polícia ou o Ministério Público, seja o investigado (não excluindo o

acusado e o condenado), podem pactuar vantagens e concessões, segundo certas condições. Os doutrinadores não negam alguma relativização de direitos inerente ao instituto, mas divergem a respeito de sua validade jurídica e compatibilidade constitucional.

Do ponto de vista político e doutrinário, tanto a justificação, quanto as críticas à colaboração premiada não são novas. Cesare Baccaria<sup>1</sup> já havia tratado de modo genérico sobre o tema. As principais desvantagens, segundo ele, seriam a progressiva deslegitimação e o reconhecimento da incompetência do Estado em lidar com determinados fenômenos criminológicos, bem como a carga de imoralidade a turvar a sacralidade da lei. As vantagens, por outro lado, adviriam da eficiência do combate a delitos altamente danosos à sociedade e o reforço negativo à associação criminosa por meio da desconfiança de que um integrante possa delatar os demais.

Modernamente, a discussão continua no sentido de balancear vantagens e desvantagens. O instituto subverte a racionalidade doutrinariamente consolidada a respeito da principiologia do processo penal, em especial no que diz respeito à possibilidade jurídica do juízo de oportunidade e conveniência da disposição da ação penal ao Ministério Público, e da possibilidade da consideração sobre as consequências da decisão para sua solução, uma vez que desafia uma concepção apriorista dos valores do processo penal clássico, fundamentado sob uma ótica das garantias sem considerar as consequências<sup>2</sup>. Deveras, o discurso liberal clássico formalista parece estar perdendo espaço em face do discurso consequencialista (PEREIRA, 2019). O modelo premial é fruto dessa nova perspectiva, saudado por alguns e criticado por outros, transformou os fundamentos do projeto liberal-garantista ao exigir acomodações quanto ao entendimento principiológico com o qual o princípio da obrigatoriedade, defendido pelos

---

<sup>1</sup> “Os inconvenientes são que a nação estaria autorizando a delação, detestável mesmo entre criminosos, porque são menos fatais a uma nação os delitos de coragem que os de vilania: porque o primeiro não é frequente, já que só espera uma força benéfica e motriz que o faça conspirar contra o bem público, enquanto que a segunda é mais comum e contagiosa, e sempre se concentra mais em si mesma. Além disso, o tribunal mostra a própria incerteza, a fraqueza da lei, que implora ajuda de quem a infringe. As vantagens consistem na prevenção dos delitos relevantes, que, por terem efeitos evidentes e autores ocultos, atemorizam o povo. Além disso, contribui para mostrar que quem não tem fé nas leis, isto é, no poder público, é provável que também não confie no particular. Parece-me que lei geral, que promettesse impunidade ao cúmplice delator de qualquer delito, seria preferível a uma declaração especial no caso particular, porque preveniria as uniões pelo temor recíproco que cada cúmplice teria de expor-se e o tribunal não tornaria audaciosos os criminosos chamados a presar socorro num caso particular. Tal lei, portanto, deveria unir a impunidade ao banimento do delator. Atormente-me, em vão, para destruir o remorso que sinto, autorizando as leis sacrossantas, monumento da confiança pública, base da moralidade humana, à traição e à dissimulação.” (BECCARIA, 1999, p. 121).

<sup>2</sup> Uma interessante discussão filosófica é apresentada no livro de Víctor Gabriel Rodríguez (RODRÍGUEZ, 2018), mais especialmente no capítulo 3, “*O estado vingador*”, o qual apresenta a posição kantiana e utilitarista da função da pena, debatendo a perda de espaço da posição do gênio de Königsberg. Já uma discussão jurídica, pode ser encontrada no artigo ‘Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema’, de Pedro Caeiro. (in: COSTA; et. al., 2002).



detratores da colaboração premiada como o princípio pelo qual se extrairia um maior controle jurisdicional, cede ao clamor pela efetividade.

Não se pode dizer, com certeza, a extensão exata dessa flexibilização do controle jurisdicional sobre o Ministério Público, nem em que condições ela se dará no futuro, porque ainda em desenvolvimento; porém, é incontroversa sua ocorrência, em especial no instituto da *colaboração premiada*, já existente de modo rudimentar no nosso ordenamento há muito tempo, contudo apenas recentemente foi plasmado em sua forma mais desenvolvida e bem acabada na lei de combate às organizações criminosas. A nossa Corte Constitucional não tardou cancelar a evolução legislativa, restando consignado mais perfeitamente sua essência e escopo no voto da Ministra Rosa Weber ao paradigmático HC 127.483 STF (Supremo Tribunal Federal): “Diverso do que se alega, o elemento ontológico da delação premiada não está na pessoa do colaborador, e sim no pragmatismo, no interesse da persecução penal, na perspectiva de reduzir os danos causados pelos crimes que orientam a razão de ser da colaboração”. A afirmação representa uma mudança paradigmática aos ouvidos liberais, em especial aos mais formalistas.

Isso porque, por primeiro, a tradição do direito penal e processual penal brasileiro foi calcada na primazia do legislado em detrimento do negociado. A concepção contemplativa diante da realidade e a adesão a uma teoria epistêmica da verdade como correspondência servem de manto elegante não só aos juízes, mas também ao Ministério Público: esta última se viu e se vê como uma instituição isenta, neutra e preocupada com a busca da verdade real. Embora ainda tenham interesse na propagação da imagem de neutralidade, muitos de seus membros perceberam o enorme poder conferido pela possibilidade de negociação à instituição, e diante da flagrante contradição entre essas duas dimensões, mesmo assumindo o modelo negocial, não se verifica uma deslegitimação institucional, mas ao contrário, pode-se prever o aumento de seu poder e influência. Parece ser vantajoso a todos os envolvidos no processo penal que ética deontológica, até então reinante, comece a dar espaço ao mal menor.

Em segundo lugar, o formalismo puro na teoria da pena impedia a negociação, uma vez que as suas funções preventiva e repressiva tornavam inviável qualquer consideração a respeito da avaliação das consequências da persecução penal. Um dos brocados mais famosos da teoria do direito, o *fiat justitia, pereat mundus*, é representativo desta tradição. A atividade do membro do Ministério Público, em matéria criminal e segundo esta concepção, consiste em submeter as notícias-crime à avaliação da suficiência probatória quanto a autoria e materialidade, limitando-se a ora pedir arquivamento, ora oferecer a denúncia. Uma vez ofertada a inicial acusatória,

nada mais poderia perturbar o andamento regular deste processo, bastando periodicamente praticar os atos processuais de sua competência.

O aparelhamento do Ministério Público com promotorias especializadas, grupos de atuação especial de combate ao crime organizado, setores de inteligência e o reconhecimento da legitimidade investigativa tornou-o uma das instituições mais poderosas e mais aparelhadas no combate à criminalidade organizada, uma vez que possui acesso a todas investigações e processos em curso, podendo planejar estrategicamente contra quem atuar e em qual momento, visando atingir os melhores resultados no combate a esse tipo de delito. Neste momento, ao contrário de antes, parece razoável conceder benefícios penais (redução da pena ou sua completa isenção) pelo cometimento de um delito grave, mas a indivíduo em posição subalterna em uma organização criminosa, para reunir provas consistentes da responsabilidade pela liderança e condução de outros indivíduos dessa mesma organização, mais perigosos, articulados e inteligentes, promovendo o seu desmantelamento com estratégia.

Porém, o fenômeno da flexibilização do controle jurisdicional sobre os processos criminais veio acompanhada de duras críticas, em especial apontando o caráter contramajoritário do direito penal e processual penal, com o qual não se poderia exigir a disposição do indivíduo e certa dose de coerção, por permitir a estipulação de bens indisponíveis entre partes, muitas vezes, assimetricamente posicionadas. Por outro lado, o dano social decorrente do cometimento de crimes sofisticados pode ser mitigado com os mecanismos premiais, permitindo a aplicação de multas, perdimento de bens frutos de crimes, a prevenção contra futuros delitos e o desmantelamento das organizações criminosas.

Este trabalho tem por objetivo geral refletir sobre a aparente contradição entre a simultaneidade de um modelo de negociação premial e a possibilidade do controle judicial das cláusulas estipuladas em acordos de colaboração premiada. Mais do que isso, buscamos pensar criticamente as funções e prerrogativas do Ministério Público, seu papel social na efetividade do sistema persecutório criminal, bem como a eficiência e legitimidade da sua atuação no contexto premial diante da necessidade do controle jurisdicional, pois é pacífico o entendimento de que o acusado pode utilizar-se de quaisquer meios legítimos (e até ilícitos, como a utilização de provas ilícitas no contexto de apresentação de provas) para livrar-se da persecução, como decorrência do princípio da ampla defesa. O juiz também tem um papel mais ou menos bem definido nessa relação, devendo manter-se imparcial e agir apenas sob o princípio da demanda. Por isso, seria inadequado pensar que o acusado e o juiz deveriam refletir sobre os limites legais e principiológicos da negociação no processo penal, uma vez que um age legitimamente por

seu próprio interesse e conveniência, e o outro claramente avançaria os limites da sua atuação legítima.

Em relação ao Ministério Público, porém, porque se trata de agente político ao mesmo tempo vinculado à lei, mas também desvinculado do conflito decorrente do crime, a situação tende a se tornar mais obscura, sendo necessário responder algumas questões, tais como: (a1) se é legítimo negociar o oferecimento de uma denúncia contra alguém que comprovadamente tenha cometido delitos, em troca de provas que impliquem outra pessoa, mesmo que, em relação a esta, não se tenha evidências robustas num primeiro momento; (a2) se a resposta à questão anterior for positiva, em que condições tal atuação seria legítima; (b) se nosso ordenamento jurídico permite uma avaliação da conveniência ou oportunidade na negociação de benefícios penais em troca da realização de uma pretensa efetividade punitiva; (c1) se o acusado ou investigado teria direito subjetivo à colaboração premiada, preenchidos alguns requisitos legais, ou se (c2) o Ministério Público poderia negar-lhe essa possibilidade, mesmo preenchidos tais requisitos; (d) se o nosso sistema de vinculação do órgão ministerial ao oferecimento da denúncia, denominado por alguns como oportunidade condicionada ou a obrigatoriedade mitigada, permitiria uma verdadeira negociação caso se admita o direito subjetivo do acusado a um acordo de colaboração; (e) se é legítimo e em que medida é possível utilizar-se de justificativa consequencialista para fundamentar a criação de um instituto repressivo (f1) se é possível e, em caso afirmativo, (f2) em que condições há possibilidade de sindicabilidade dos acordos de colaboração pelo Poder Judiciário sem incorrer em uma indevida intromissão de atribuições; (f3) em que momentos processuais o órgão julgador poderá sindicá-los; e, por fim, (g) qual a extensão dos benefícios possíveis de serem propostos em acordos.

A partir dessas questões, podemos traçar alguns objetivos específicos: (1) apresentar os conceitos mínimos essenciais capazes de fornecer as bases teóricas e metodológicas para o estudo da tensão entre os limites negociais e a necessidade de controle jurisdicional sobre os acordos de colaboração premiada; (2) apresentar algumas considerações sobre a principiologia processual penal, mais especificamente aquela atinente ao âmbito negocial; (3) apresentar os argumentos que justificam o modelo negocial; (4) expor as condições para que esse instituto possa deixar de proteger outros bens jurídicos também importantes para nosso sistema de justiça criminal; (5) identificar as normas legais aplicáveis ao tema; (6) interpretar sistematicamente o alcance dessas normas; (7) avaliar o entendimento do STF (Supremo Tribunal Federal) sobre as prerrogativas e limitações do juiz e do Ministério Público no modelo de justiça premial; (8) identificar possíveis flutuações desse entendimento.

A metodologia escolhida para abordar o tema, responder às questões propostas e os objetivos estipulados merece algumas considerações para uma abordagem que se possa dizer adequada. Não se trata de uma pesquisa quantitativa, ou seja, uma compilação de dados cuja medição e estruturação seja possível, mas uma pesquisa teórica, lastreada na doutrina e jurisprudência correspondente. Por isso, quanto ao objeto, optamos por uma pesquisa bibliográfica e verificação jurisprudencial das questões versadas, visto que há divergências importantes quanto ao tema. Quanto aos objetivos da pesquisa, adotaremos uma metodologia descritiva, ou seja, os fenômenos normativos serão analisados, mas não manipulados. Eventualmente, comparações conceituais, contradições, obscuridades e divergências doutrinárias serão exploradas, mas de forma alguma se apresentará prescrições, de modo que manteremos a predominância da investigação dos fenômenos atinentes, mesmo que normativos. Quanto aos procedimentos, servimo-nos da leitura e interpretação de textos doutrinários e decisões judiciais. Importa lembrar que o texto foi escrito e elaborado majoritariamente no período de pandemia de Covid-19, o que dificultou o acesso a livros físicos, e por isso, alguns textos foram citados na sua forma eletrônica, sem referência a páginas específicas, mas de acordo com as normativas constantes do Manual para Apresentação de Trabalhos de Conclusão de curso, Dissertações e Teses, da Equipe da Biblioteca da Faculdade de Direito (2ª ed. 2019), bem como a Resolução COMGRAD nº 2/2004, NBR 14724:2011 e NBR 6023:2018.

Para responder às questões e objetivos propostos, dividiremos nosso trabalho em duas grandes partes.

Em primeiro lugar, focaremos nos objetivos teóricos, dentre os quais se fundamentam todos os discursos e posições, com intensa discussão doutrinária. Nesse capítulo, que foi intitulado *Considerações sobre a negociação no processo penal brasileiro em face da principiologia*, reuniremos os problemas atinentes aos fundamentos conceituais da colaboração. Para isso, analisaremos num primeiro momento a legitimidade da colaboração em face dos princípios processuais penais. Depois apresentaremos uma proposta de interpretação ao modelo negocial a partir do princípio da proporcionalidade, partindo do pressuposto de que o juiz é o interlocutor frente às partes, e controla os requisitos de admissibilidade do acordo de colaboração premiada. Por fim, se discutirá a tensão entre a necessidade de respeito à legalidade e, ao mesmo tempo, a liberdade negocial das partes, primeiro a partir do princípio da obrigatoriedade da ação penal, princípio este que é invocado pelos detratores do instituto para concluir pela sua máxima vinculação à lei; depois, desde a possibilidade jurídica do consequencialismo figurar como critério de decisão quanto aos requisitos da colaboração, tanto

para o juiz, como para o *Parquet*, com o suporte na invocação da efetividade e eficiência na proteção dos bens jurídicos penais.

A segunda parte do nosso trabalho apresentará o desenvolvimento legal e jurisprudencial da relação entre a possibilidade de negociação e controle judicial. Para isso, discutiremos por primeiro o desenvolvimento legislativo. Depois, apresentaremos a interpretação já consolidada do STF quanto aos princípios aplicáveis. Por fim, aventaremos a possibilidade da modificação do entendimento desta Corte Constitucional até então dominante a respeito da relação entre negociação e controle.

## 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A NEGOCIAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO EM FACE DA PRINCIPIOLOGIA

Impende tecer algumas considerações sobre as fontes jurídicas as quais versarão o nosso trabalho, em especial a respeito da principiologia envolvida com a negociação premial: será importante mencionar os princípios do processo penal, sejam implícitos ou explícitos, e princípios do processo penal propriamente ditos (na classificação de Guilherme de Souza Nucci, 2016). Ademais, este capítulo pretende apresentar os conceitos essenciais envolvidos na discussão sobre os limites da atuação estatal apontados pela doutrina a respeito da justificação da estipulação no processo penal, calcado essencialmente (a) no imperativo da efetividade do processo penal, (b) em detrimento do princípio da obrigatoriedade, argumento pelo se extrairia um maior controle jurisdicional da função acusatória, e (c) no abandono das teses aprioristas de inspiração kantiana da função da pena.

Tal empreendimento se justifica ante o objeto a qual buscamos investigar, qual seja, a extensão do controle jurisdicional sobre os atos praticados pelo Ministério Público, e em especial quando se trata da utilização da colaboração premiada, uma vez que introduz no sistema processual penal a negociação entre acusador e investigado (incluindo-se aí também o processado e o condenado), até então estranha a concepção tradicional de um processo penal calcado no interesse público, que é considerado classicamente indisponível às partes litigantes.

Inicialmente, cabe definir certos marcos teóricos a respeito do entendimento atual sobre o conceito de princípio e suas implicações para a discussão pretendida. Badaró define princípio como aqueles “mandamentos nucleares de um sistema” (BADARÓ, 2019), pressupostos dele e não enunciados como regras. O mesmo autor chama a atenção para a enunciação de regras como se fossem princípios, com o objetivo diferenciá-los, pois são pontos constitutivos dos sistemas, postulados, pressupostos ou axiomas.

Tal confusão também é referenciada por Robert Alexy (ALEXY, 1993, p. 82–83) quando define princípio como normas, porque podem ser expressas nas categorias deônticas de obrigação, permissão e proibição, as quais “*ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible*” (ALEXY, 1993, p. 86).

Nos termos postos por Pereira (2019):

Pode-se dizer, sucintamente, que as regras são normas impositivas de uma determinada atuação dentro das condições fáticas e jurídicas dadas, são mandamentos definitivos, levando a que uma relação conflitual se resolva ou pela declaração da

invalidade de uma das regras, ou pela introdução de uma cláusula de exceção. A forma de aplicação das regras é a subsunção, pois, se uma determinada regra está vigente de forma válida, é ordenado fazer rigorosamente o que nela está disciplinado.

À diferença das regras, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, como preceitos de otimização, os quais, nesse sentido, podem ser cumpridos em diferentes graus conforme as possibilidades reais e jurídicas existentes no caso em referência. Os princípios inserem-se em latente campo de colisão no qual a tentativa de resolução passa pelo juízo de precedência com base em determinadas condições de uma situação específica, e, portanto, permitindo solução diversa quando se alterarem essas condições determinantes, o que consistiria no que Alexy denominou de “relação de precedência condicionada” ou “condição de precedência”: perante um princípio precedente ao outro, frente a diferentes situações, o outro princípio é que poderá ter precedência.

Como corolário disso, os princípios processuais penais são os mandamentos nucleares de um sistema processual penal, conforme a fórmula de Badaró, e normas que ordem que as finalidades do processo penal sejam realizadas na maior medida possível. Podemos perceber, portanto, que não se pode extrair daí qualquer concretude se não se considerar os princípios de que o sistema é constituído ou as finalidades as quais busca realizar. É necessário considerar, por consequência, o que a doutrina tradicional construiu como núcleo axiológico do processo penal, ou seja, aqueles princípios ou valores fundantes e realizadores das finalidades do processo penal.

Nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina são o palco de disputa entre as correntes jusfilosóficas, ora enfatizando princípios que trazem mais efetividade à norma penal, ora mais garantistas. Frederico Valdez Pereira chama essa tensão de

campo de conflito entre dois polos tendencialmente opostos, que podem identificar, de um lado, com a operatividade (eficiência) do sistema penal, ao qual o mecanismo parece destinado a fortalecer e, de outro, a legitimidade do sistema penal na conformidade a princípios e garantias típicas do Estado de direito [...]. (PEREIRA, 2019).

O mesmo autor assim se expressa:

No desenrolar do problema tem-se reflexo das duas concepções ideologicamente distintas, referidas acima, no campo do sistema de persecução criminal. Entender o sistema judiciário penal tão somente como espaço de tutela das liberdades e garantias dos acusados, quase a ponto de alijar dele necessidades de verificação e repressão de delitos, por certo que rejeitaria, a priori, qualquer tentativa de ponderação entre razões de eficiência e de garantia; posicionamento este sustentado, de forma mais elaborada, em diversos trabalhos de Hassemer, que considera a funcionalidade como condição para a realização do objetivo do sistema processual somente em relação à proteção dos direitos individuais, sendo o processo penal, eminentemente, sede de tutela dos direitos de liberdade, estranho, portanto, a exigências de comprovação e repressão de delitos, os quais seriam tarefas de polícia. (PEREIRA, 2019).

De acordo com a perspectiva pura de garantias de direitos ao acusado, a eficiência da persecução não seria nem mesmo passível de discussão, uma vez que não há horizonte finalístico e, conseqüentemente, qualquer tensão ou equilíbrio possível. A garantia de direitos seria uma prioridade absoluta e, sob esse ponto de vista, haveria um excesso de rigor na tarefa

repressiva do Estado. Já sob a ótica da operatividade, o quadro geral da repressão criminal apresentaria falhas, deixando de atuar de modo eficiente, de modo que seu aprimoramento depende de instrumentos mais incisivos de repressão.

No entanto, Pereira (2019) chama a atenção para bens constitucionais igualmente relevantes a serem protegidos pela norma penal, tais como a repressão e prevenção de crimes e a operatividade instrumental da persecução penal. Nesse sentido, Pereira atenta para os objetivos os quais os legisladores e doutrinadores não deveriam descurar no que diz respeito às técnicas investigativas de delitos mais graves, como o terrorismo, tráfico de drogas ou relacionado a organizações criminosas, discutindo os limites do Estado na restrição de garantias individuais em nome dos benefícios da persecução penal eficaz: “o custo-benefício na adoção dos tendentemente autoritários mecanismos para fazer frente à criminalidade moderna” (PEREIRA, 2019). Defende o autor a existência de valores legítimos, inclusive em benefício dos interesses individuais de proteção do cidadão, em especial a finalidade de apuração e punição dos crimes. Citando Grevi (1993, p. 03-42), Pereira (2019) refere que o *locus* propício para realização destes objetivos é primordialmente pré-processual, uma vez que a finalidade primeira do processo deve ser a garantia dos valores do direito de defesa, mas que o próprio processo pode ser o mecanismo para enfrentar a criminalidade organizada quando a investigação não for suficiente, dando ênfase à dimensão preventiva do direito penal.

O autor conclui pela necessidade de uma apresentação dos interesses subjacentes a cada uma dessas posições a respeito do problema, com vistas a uma abordagem metodológica que possa delimitar o ponto de equilíbrio entre cada um dos valores que se quer proteger.

Para uma abordagem adequada dos valores subjacentes ao modelo negocial protegidos pelo direito, subdividiremos este capítulo em três tópicos adicionais. No primeiro, se articulará a adequação da aplicação dos princípios processuais penais ao instituto da colaboração premiada, bem como as limitações principiológicas decorrentes dele. Depois, apresentaremos uma proposta de princípios interpretativos pelos quais operará o controle jurisdicional sobre as ações do investigador, conformando-os especialmente ao modelo negocial adequado ao nosso sistema jurídico. Tais princípios interpretativos funcionarão como pressupostos de admissibilidade da colaboração premiada. Por último, faremos uma exposição da discussão doutrinária e jurisprudencial acerca dos limites negociais. Nessa exposição, apresentaremos a discussão a respeito da compreensão sobre a prevalência dos princípios da obrigatoriedade e oportunidade no modelo negocial, além de apresentar como o consequencialismo tem espaço no processo penal.



## 2.1 A legitimidade da colaboração premiada em face dos princípios processuais penais

Na reflexão sobre o instituto da Colaboração Premiada, Pereira (2019) identifica algumas mitigações aos princípios constitucionais na harmonização do instituto da colaboração premiada com o constitucionalismo moderno. Defende ele a existência de uma gama de interesses tutelados pela Constituição, dentre os quais a operatividade do sistema em paralelo com a tutela de direitos.

Em primeiro, deve ser considerado o direito a não autoincriminação. É bem verdade que o instituto requer do colaborador a confissão de todos os atos delituosos cometidos, no entanto, tal requisito não implica na violação a um direito irrenunciável, visto que a voluntariedade constitui um requisito de validade dos benefícios. Pereira argumenta, porém, pela inadequação técnica do termo *renúncia* presente no artigo 4º, §14 da Lei nº 12.850/13<sup>3</sup>, uma vez que melhor se conformaria o conceito de *acordo para o não-exercício de algumas garantias*, em especial a não autoincriminação, já que o colaborador pode exercê-la posteriormente à assinatura ou homologação do acordo por meio da rescisão ou do simples descumprimento, podendo sofrer, todavia, as consequências dessa estratégia. Há, nesse sentido, entendimento jurisprudencial firmada pela Suprema Corte Constitucional<sup>4</sup> de que imputados presos provisoriamente podem firmar acordos de colaboração sem que isso afronte o princípio da não autoincriminação, uma vez que, caso contrário, se prejudicaria as garantias da isonomia e do direito de defesa que estão presentes no instituto como estratégia defensiva.

Em seguida, merece consideração o princípio da culpabilidade, do qual se deriva a necessidade da proporcionalidade entre a pena e a gravidade do delito. Segundo os defensores de um processo penal calcado na tutela de direitos, o instituto premial afastaria a proporcionalidade entre a gravidade subjetiva e objetiva do delito da resposta estatal necessária à sua repressão. Ademais, a resposta punitiva seria inversamente proporcional à culpabilidade, já que os réus com posições mais elevadas na hierarquia da organização criminosa teriam mais condições de fornecer detalhes a persecução penal, o que ensejaria em maior poder de barganha nas negociações. Além disso, como consectário da dignidade humana, punir o agente segundo critérios estranhos à culpabilidade, segundo outros interesses político-criminais, violaria o

---

<sup>3</sup> § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

<sup>4</sup> STF, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 04.02.2016 e Inq. 4.130 QO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 03.02.2016.

postulado liberal, oriundo do legado kantiano, de nunca tratar o indivíduo com valor de troca, mas como valor em si, já que

[...] a pessoa figura como ponto de partida do Direito, por estar acima de qualquer outro objetivo ou valor presente no ordenamento jurídico, não pode, em nenhuma hipótese, ser reduzida a mero meio para a busca de outros fins, por mais merecedores que sejam da preocupação estatal. (PEREIRA, 2019).

No entanto, Pereira argumenta que o postulado da culpabilidade pressupõe a ponderação entre outros direitos fundamentais, encontrando seu respaldo constitucional no objetivo de impedir a aplicação da pena para além da responsabilidade pessoal do acusado. Em outras palavras, a ponderação possível dos bens jurídicos tutelados pela nossa constituição permite afastar a supremacia principiológica do princípio da culpabilidade, devendo significar apenas o mandamento de que a pena cominada apenas tenha como teto a gravidade subjetiva e objetiva da conduta delitiva. A argumentação de Pereira retorna ao ponto da finalidade da redução da pena: há a necessidade de um reforço da investigação, porque delitos graves praticados no seio de organizações criminosas não seriam de outro modo investigados. Em suas palavras:

A alternativa ao não uso do dispositivo premial será, muito provavelmente, a prevalência da situação representada pela obstrução investigativa, portanto, estar-se-ia argumentando com o princípio da proibição de insuficiência na proteção penal para, em última análise, manter a situação de Ermittlungsnotstand<sup>5</sup> que se buscou superar pelo recurso à colaboração processual [...]. (PEREIRA, 2019).

Em terceiro lugar, cabe salientar o argumento de que a colaboração premiada promoveria uma quebra de isonomia na previsão de prêmio aos colaboradores, uma vez que haveria um tratamento rígido ao réu delatado e leniente ao partícipe colaborador. Mais uma vez, o argumento utilizado para justificar a quebra da isonomia é a emergência investigativa decorrente das características dos crimes cometidos por organizações criminosas, a saber, a periculosidade e a impenetrabilidade e o grave risco da disfuncionalidade repressiva minimamente eficiente (PEREIRA, 2019). A corroborar com a justificação do instituto, haveria, segundo o autor, uma situação mais positiva do colaborador em comparação com o réu delatado, uma vez que estaria em busca do esclarecimento dos fatos em auxílio do Estado, evitaria novas agressões ao bem jurídico tutelado, e amenizaria o juízo de periculosidade a indicar a possibilidades de reinserção social. Assim, conclui pela compatibilidade da concessão de benefícios com a ideia tradicional de que o processado confesso deve receber um tratamento mais benéfico porque reconhece a própria culpa.

---

<sup>5</sup> Termo da doutrina alemã para emergência investigativa ou estado de necessidade de investigação: “locução indicativa de uma situação de impasse ou bloqueio na apuração persecutória de determinados delitos e de seus autores. (PEREIRA, 2019)

Por fim, importa refletir sobre a eficácia probatória das declarações do colaborador para o afastamento da presunção de inocência dos demais coimputados. Pereira toma como majoritário o posicionamento de que as declarações isoladas dos colaboradores, sem respaldo probatório firme, não podem fundamentar decisão condenatória, ou mesmo, decisão de imposição de medidas cautelares. Tal entendimento é majoritário na jurisprudência<sup>6</sup> e na doutrina, e é norma positivada de valoração da prova consubstanciada no dispositivo do artigo 4º, §16, da Lei 12.850/13<sup>7</sup>.

Portanto, a partir da análise dos argumentos contrários ao instituto, Pereira conclui não haver “lesão séria a direitos e garantias dos colaboradores ou dos sujeitos delatados” (PEREIRA, 2019). Todavia, reconhece que por detrás do afastamento das garantias, há razões utilitaristas, eis que a lógica da colaboração premiada decorreria da existência de uma pressão sobre os acusados em sentido inverso à tortura: não é a pressão por meio da dor, mas o incentivo por meio de uma vantagem.

O instituto da colaboração se justificaria, portanto, pelo que a doutrina alemã chama de *Ermittlungsnotstand*, ou seja, a emergência ou estado de necessidade investigativa. Nas palavras de Pereira (2019):

Configurar-se-ia verdadeira impossibilidade de prosseguimento judicial com vista ao esclarecimento, em regra, da criminalidade mais grave, o que, por isso, identificaria também uma disfunção do sistema penal, uma falência ou lacuna quanto à sua funcionalidade: crimes de maior lesividade restariam sem esclarecimento pelos tradicionais meios de prova, o que, portanto, exigiria a busca de instrumentos idôneos a melhorar ou aperfeiçoar a eficácia das investigações.

Em outras palavras, o argumento de defesa da colaboração premiada se centra na peculiar estrutura do crime organizado, imune aos modos tradicionais de produção probatória focados na apuração de crimes de lesão a bens jurídicos cometidos por indivíduos e vítimas singulares. Por outro lado, o crime organizado se utiliza da divisão de tarefas e suas vítimas são a própria coletividade, ou pelo menos um grupo mais ou menos anônimo de pessoas que não se pode distinguir imediatamente. Tais crimes são justamente aqueles cuja tutela visa dismantelar, ou seja, o tráfico internacional de entorpecentes, formas desenvolvidas de criminalidade

---

<sup>6</sup> HC 127.483, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 04.02.2016; Inq. 3.994, 2ª Turma, Rel. para Acórdão Min. Dias Toffoli.

<sup>7</sup> § 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória.

financeira e o terrorismo. Não se trata de limitar direitos defensivos, mas sim de ampliar instrumentos apuratórios limitados pelos tradicionais métodos de investigação.

Contudo, Pereira aponta algumas fronteiras em que a eficiência investigativa não pode transpor na apuração de delitos, que constituem garantias inafastáveis as quais em nenhuma hipótese se pode relativizar em nome de qualquer finalidade, como a vedação à tortura e técnicas que importem em coação física ou moral sobre o indivíduo. Além disso, desaconselha a aplicação do instituto aos crimes de menor intensidade, com uma repercussão social diminuída, na qual o esclarecimento não importaria em uma lesividade séria, em nome da impossibilidade da apuração de todos os delitos cometidos.

Desse modo, Pereira (2019) distingue duas formas bem definidas de atuação estatal que limitariam adequadamente sua atividade e justificariam a existência de instrumentos como a colaboração premiada: de um lado, a repressão à criminalidade de massa, como assaltos, o tráfico de drogas para venda a consumidor final, enfrentada prioritariamente com estudos de política criminal, prevenção, policiamento ostensivo, trabalho social e inserção econômica das camadas menos favorecidas; de outro, o controle da criminalidade organizada com características de sofisticação, objeto de ações investigativas mais contundentes. Segundo ele, seria um abuso combater os crimes de massa com instrumentos desproporcionalmente invasivos tais como a colaboração premiada, a ação controlada, ou a infiltração de agentes. Tais instrumentos deveriam ser reservados apenas à persecução de crimes altamente lesivos e pelos quais outros instrumentos não seriam capazes de desmantelá-los. Evidentemente, a negociação premial não serviria como meio de obtenção de provas as quais poderiam ser encontradas pelos instrumentos clássicos de investigação, como o depoimento pessoal, a oitiva de testemunhas, a busca e apreensão, a interceptação telefônica, etc. A negociação, por outro lado, só se justifica em virtude das particularidades da criminalidade sofisticada, na qual inexistente vítima determinada, e os coautores se beneficiam conjuntamente da sociedade criminoso e da manutenção de suas atividades.

A justificação da negociação estaria, do ponto de vista jusfilosófico, baseada no postulado contratualista de que o indivíduo é livre, mas se submete aos limites do Estado para livrar-se dos riscos inerentes ao estado de natureza selvagem, delegando ao governo civil parte de sua liberdade plena. Porém, o Estado, a partir disso, não tem apenas um dever negativo de abster-se de interferir nas atividades dos indivíduos, mas também tem um dever de proteção: garantir suas vidas, a segurança e a liberdade. Para além da necessidade de frear o abuso de poder decorrente do excesso de ingerência na liberdade dos indivíduos, Pereira (2019)

argumenta no sentido da existência de um dever de proteger suficientemente tais liberdades em face do risco da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), sob pena de inconstitucionalidade.

## **2.2 Ponderação de princípios limitadores da colaboração premiada**

As considerações até aqui despendidas necessitam agora ser conectadas com a exposição inicial sobre regras e princípios, devendo se reconhecer a impossibilidade de prevalência absoluta de qualquer bem jurídico protegido pela Constituição sobre os outros. Isso porque, conforme se deriva da argumentação despendida anteriormente, o tensionamento entre as garantias individuais do colaborador e a proteção da sociedade, embora limitem um ao outro, em certo sentido, devem coexistir. Para que essa ponderação seja adequada, Pereira (2019), concordando com Vasconcellos (2018, p. 127 e ss.), propõe que os subcritérios do princípio da proporcionalidade atuam como pressupostos de admissibilidade da colaboração premiada, a saber: 1) adequação, 2) necessidade e 3) proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação (1) diz respeito ao juízo sobre se o meio eleito promove o fim pretendido. Três considerações são importantes aqui: a) se o fim é legítimo, ou seja, se é possível persegui-lo; b) se os meios são legítimos, ou seja, se são possíveis de utilização; e c) se os meios são os mais eficazes para atingir o fim eleito.

Em primeiro lugar, o fim perseguido (a) para ser legítimo, deve ser constitucionalmente possível e juridicamente tutelado. Nesse sentido, como se pode expor acima, a necessidade da repressão à criminalidade organizada é um fim legítimo, na medida em que se vislumbra a necessidade de proteção da sociedade contra organizações com estruturas complexas dedicadas à prática de ilícitos consideravelmente deletérios ao coletivo. Por isso, o bem jurídico tutelado não é apenas possível de ser protegido, mas também é desejável. Não parece haver problemas graves nessa consideração.

Em segundo lugar, a proteção suficiente da sociedade contra malfeitos altamente lesivos parece requerer instrumentos eficazes. Todavia, a necessidade de um processo penal efetivo, engajado em ofertar respostas rápidas à sociedade por meio de uma investigação célere, bem como o desmantelamento de organizações criminosas não podem descuidar da utilização dos meios legítimos para tal (b). Poderia a eficiência se sobrepor aos valores igualmente importantes como a proteção do imputado presumidamente inocente e a ampla defesa e o contraditório? Poderia o processo penal prescindir das formas e ritos de apuração, previamente previstos em

lei e exaustivamente regulados por ela? Seria legítimo o resultado condenatório se desconsiderássemos o sistema de nulidades processuais? Estaríamos dispostos a deixar os instrumentos estatais de persecução penal a quem poderia usá-los para fins pessoais ou ideológicos? Poderíamos querer um sistema processual penal que deixa instrumentos tão poderosos a interesses estranhos àqueles democraticamente debatidos e estabelecidos? A resposta óbvia para todas essas questões é certamente negativa. A legitimidade dos meios, na seara processual penal, deve qualificar os fins. Portanto, a reflexão sobre a legitimidade dos meios para a persecução penal é crucial para a harmonização de valores caros à nossa sociedade, como o são os direitos individuais e a investigação de crimes cometidos no âmbito das organizações criminosas. De qualquer modo, podemos presumir que a colaboração premiada é um meio legítimo de investigação e coleta de provas para o combate às organizações criminosas, pelo menos abstratamente, uma vez que foi prevista pelo legislador. Do ponto de vista de sua constitucionalidade, igualmente não se vislumbra teratologias hábeis a afastar a legitimidade do instituo.

Por fim, cabe refletir se os meios utilizados são os melhores para a realização dos fins estabelecidos (c). Em outras palavras, considerando uma gama de instrumentos, importa saber em que condições a colaboração premiada é o melhor meio para atingir a proteção da sociedade dos efeitos deletérios provocados pela criminalidade organizada. Nesse sentido, a análise da situação concreta é essencial para a formação de tal juízo, sendo, por isso, atribuição dos órgãos competentes a sua formulação. A análise, porém, não pode deixar de considerar alguns aspectos, uma vez que diversos meios podem contribuir em uma miscelânea de graus para a realização do fim. Pereira sugere a adoção de um sentido fraco do princípio da adequação, eis que “a autonomia política do legislador seria seriamente atingida acaso o judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade das leis, afirmasse a ilegitimidade de toda e qualquer medida introduzida por norma ordinária por norma ordinária que não satisfizesse plenamente o fim a que se propõe.” (PEREIRA, 2019). Por isso, a medida posta pelo legislador a disposição da persecução penal não pode ser recusada, em princípio, pelo Poder Judiciário sem antes um manifesto motivo demonstrativo da inadequação da medida escolhida (PEREIRA, 2019).

Por outro lado, reconhece a impossibilidade, em certas situações, de se saber de antemão a medida mais eficaz, segura e célere para a consecução dos meios mais adequados para o estabelecimento dos fins pretendidos. O avaliador deve, portanto, calcar-se sobre um juízo de probabilidade, considerando especialmente sua tempestividade e eficácia no caso concreto.

Para além da avaliação casuística, Pereira defende a adequação do instrumento, considerando-o, em tese, veículo eficaz de desagregação dos fenômenos delituosos, na medida em que estimula posturas individuais contrárias aos interesses da organização. Em contrário senso, extrai-se também da posição do autor a ineficácia dos meios tradicionais de coleta de prova e em promover investigações efetivas no âmbito das organizações criminosas (PEREIRA, 2019). A sofisticação da criminalidade e o progresso dos meios tecnológicos exigem um ponto de vista interno, o que demanda novos instrumentos processuais para compensar as desvantagens dos mecanismos tradicionais. Conclui-se daí a adequação do meio aos fins pretendidos, pelo menos na consideração em abstrato.

No que diz respeito ao juízo de necessidade (2) da medida, parece importante frisar que a intervenção nos direitos fundamentais somente se justifica se, no leque de medidas possíveis, somente a colaboração premiada pode atingir os objetivos da persecução penal. Trata-se, portanto, à semelhança da avaliação dos meios adequados para atingir o fim pretendido, avaliar especificamente, o caráter subsidiário do instituto premial, de modo que se lesione o menos possível os direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos.

Assim se expressa Pereira:

Nesse particular, Novais refere que havendo diferente intensidade na perseguição do fim por parte de duas medidas alternativas, a questão a aferir é se o incremento marginal de eficácia garantido pelo meio A, mais drástico, em comparação com o meio B, menos restritivo, justificaria a adoção do meio mais lesivo, ante o ganho na eficácia; ou se, pelo contrário, o ganho é tão reduzido ou discutível que não justificaria a restrição excessiva, ponderando-se vantagens e inconvenientes das duas alternativas. (PEREIRA, 2019).

Obviamente, há uma ponderação a ser feita: se dentre todos os meios possíveis, medidas menos invasivas forem iguais ou mais eficientes para a investigação, pelo menos em abstrato, então a colaboração premiada não poderá ser utilizada, simplesmente porque reduz a possibilidade defensiva do colaborador ou pode resultar em benefícios indevidos a ele.

Por outro lado, podemos nos deparar com situações em que o instituto premial é menos invasivo do que outros, ocasião em que deverá ser este o artifício idôneo, sob pena de inconstitucionalidade ante o mandamento de otimização dos valores constitucionalmente protegidos. Pereira menciona, inclusive, instrumentos mais agressivos aos direitos fundamentais dos acusados e ao conjunto dos valores jurídicos protegidos, tais como a atuação do agente infiltrado, na qual, eventualmente, o agente público deva cometer crimes em prol da investigação (PEREIRA, 2019). Conclui-se, por isso, em sintonia com Pereira (2019), de que não há como definir antecipadamente os instrumentos investigatórios adequados para o

levantamento de informações que levem ao desbaratamento de uma organização criminosa, cabendo ao órgão responsável pela investigação a avaliação da conveniência e oportunidade do acordo, ou seja, em função da emergência investigativa que indique a necessidade da medida, segundo os critérios expostos.

Em último, para ser admissível, a colaboração premiada precisa ser o resultado de um juízo sobre a proporcionalidade em sentido estrito (3). Este conceito diz respeito a avaliação sobre se os benefícios colhidos pelo instituto na proteção dos direitos coletivos de eficácia da repressão de delitos e proteção à segurança compensam os malefícios advindos da restrição à liberdade e da intervenção mais incisiva nos direitos individuais fundamentais. Ora, parece evidente que, na seara penal, deve haver uma precedência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais. Analogamente, porque a colaboração premiada tem por finalidade a proteção dos bens coletivos de segurança e proteção, então tem uma presumida vantagem, à luz da ponderação sobre esses valores, sobre outros direitos individuais. Como caminho de justificação da legitimidade do instituto da colaboração premiada, Pereira se questiona se o princípio da proporcionalidade incluiria o dever de escolha do meio mais proporcional ou, em sua forma negativa, se a norma incluiria apenas o mandamento de não escolher um meio desproporcional. O autor defende sem mais argumentos a interpretação mais livre de limitações à discricionariedade na utilização do instituto: na análise dos critérios para utilização da colaboração premiada, o investigador não deveria se preocupar, segundo ele, em escolher o meio mais proporcional, mas apenas não escolher um meio muito desproporcional. Conforme refere, o juízo sobre o meio maximamente proporcional seria demasiado nebuloso diante das complexidades na atividade da ponderação desses juízos, de modo que isso seria suficiente para dispensar o próprio critério. A limitação que se poderia derivar é a de evitar escolher o meio mais desproporcional, portanto.

Ao lado disso, é necessária uma reflexão a respeito do princípio da proporcionalidade em sentido estrito na avaliação dos bens jurídicos envolvidos. Como explica Pereira (2019), não seria proporcional conceder benefícios a indivíduos que cometeram delitos graves em troca de sua colaboração por crimes de bens jurídicos menos graves, exemplificando ser indevido conceder benefícios a homicidas para que delate integrantes de organização especializada em roubos. Contudo, Pereira chama a atenção para a necessidade de se considerar prioritariamente o caso concreto, uma vez que não há hierarquia na ordem jurídica, nem prioridades em abstrato de valores juridicamente protegidos, podendo tais análises concretas resultar em soluções supervenientes para casos futuros que sejam idênticos ou análogos. Todavia, alterando-se



as condições fáticas das quais decorrem regras de precedência condicionada, a solução assentada no princípio da proporcionalidade provavelmente será outra, pelo menos dever-se-á proceder novamente com o juízo de ponderação, desta vez tendo em conta a situação específica que enseja a necessidade de sopesamento. (PEREIRA, 2019).

Concluindo a análise da constitucionalidade do instituto e no esforço de sua justificação, Pereira estabelece o postulado da colaboração premiada como decorrente da noção de emergência investigativa, destinado ao enfrentamento das novas manifestações da criminalidade, podendo incorrer em medidas autoritárias de reforço investigativo, já que direitos e liberdade fundamentais são restringidos em alguma medida. Avalia, contudo, que sua utilização deve ser adequadamente ponderada, porque ampliar o uso do recurso desproporcionalmente acabaria com o modelo processual penal dialético de acusação-defesa e de direitos defensivos fortes, para um modelo colaborativo genérico, desconfigurando por completo nossa processualística processual penal. Extrai-se disso, portanto, que “as normas premiais devem estar delimitadas a situações específicas, nas quais o interesse que justifica sua utilização possa ser identificado e racionalmente reconhecido com relevância jurídica” (PEREIRA, 2019). Em atenção aos postulados liberais, por outro lado, a atuação estatal deve cessar sua intervenção nas liberdades individuais no limite da preservação dos direitos dos demais.

Para além destas ponderações, a discussão sobre a prevalência de determinados princípios sobre outros, merece uma reflexão mais específica a respeito da articulação dos princípios da obrigatoriedade e oportunidade tendo em vista a possibilidade da aplicação da efetividade e eficiência no processo penal, pois justificam teoricamente o instituto estudado. Este será o objetivo do próximo tópico tratado.

### **2.3 Os limites da negociação: entre a legalidade e a utilidade**

Assentadas as limitações principiológicas genéricas e seus limites interpretativos, importa agora investigar se as fronteiras da negociação trazidas pelo instituto da colaboração premiada possuem natureza propriamente negocial, ou se são legalmente condicionadas. Tais considerações podem dar pistas a respeito do papel do Estado, em especial da polícia judiciária e do Ministério Público, na formação de um possível juízo de oportunidade e conveniência na aceitação de uma proposta negocial, os limites da estipulação de benefícios, o papel do juiz na

homologação do acordo e diversas outras questões relacionadas à dimensão da elasticidade da estipulação negocial.

Em resumo, se a natureza da colaboração for propriamente negocial, então as fronteiras da estipulação são bastante largas, possibilitando um amplo espectro de negociação entre partes e os órgãos repressivos, bem como limitando o poder do juiz. Ao revés, se a colaboração premiada for entendida como derivada da legalidade condicionada, então entende-se cabível uma interpretação mais restritiva da estipulação entre as partes, bem como um maior espectro de discricionariedade do julgador na avaliação do preenchimento dos requisitos legais.

Pereira, embora reconheça uma ampliação dos mecanismos de negociação, não aceita a vigência de um sistema de barganha (*plea bargain*) em nosso sistema jurídico penal tal qual existe nos países de *common law* (PEREIRA, 2019). Segundo ele, tal analogia não é verdadeira porque as penas e o processo no nosso ordenamento precisam respeitar o princípio da legalidade, o que não acontece nesses países. Além disso, o Ministério Público não pode negociar propriamente as penas em troca de vantagens, e mesmo se o faça, a resposta penal não pode estar desvinculada das possibilidades premiaias previstas pela lei (PEREIRA, 2019). Essa premialidade legal, vinculada à lei, decorreria, segundo ele, da tendência de que a lei se sobreponha à negociação em países de *civil law* (PEREIRA, 2019). Nas suas palavras:

Não existe inserção de livre juízo discricionário por parte dos órgãos de persecução penal no que tange aos arrependidos, tampouco acordos condicionando a natureza ou medida de punibilidade posterior; somente a lei pode disciplinar as hipóteses de colaboração com a justiça destinadas a, por um lado, atribuir algum prêmio ao colaborador como consequência do auxílio nas investigações. Dependem mesmo das normas legais a previsão da natureza e na extensão das medidas premiaias, as quais devem estar reguladas em razoável proporção à conduta processual posta em prática pelo arrependido, retirando, deste modo, alguma ampla discricionariedade dos órgãos repressivos, e mesmo jurisdicionais, quanto à sanção a ser aplicada. (PEREIRA, 2019).

Posição semelhante tem estudiosos mais garantistas. Vasconcellos rejeita uma redução simplista do princípio da oportunidade como arbitrariedade, pois esta seria a decisão pautada por critérios subjetivos do acusador, enquanto aquela seria um poder de opção de vias, soluções e medidas admitidas em lei (VASCONCELLOS, 2015, p. 38).

Cruz também defende a necessidade de uma sobreposição das diretrizes legais sobre a possibilidade de discricionariedade negocial, embora reconheça a inexistência de previsão legislativa nesse sentido, como se depreende:

Note-se, todavia, que a legislação não chega a excluir a elevada margem de arbítrio, por parte do Ministério Público, quanto à identificação de eventuais beneficiários de acordos de colaboração. A quem a acusação poderá propor acordo? A lei não chega a fornecer roteiros mais explícitos, de modo que o tema fica submetido ao crivo dos

representantes da acusação, o que pode comprometer o Estado de Direito, compreendido como “*a government of laws, not of men.*” (CRUZ, 2016, p. 48).

Tais autores defendem, como exposto, a existência de limitações à formação do juízo sobre a conveniência ou oportunidade para oferecimento e concessão de benefícios, bem como sua extensão, devendo, por esses motivos, manter-se nos limites previstos legalmente. Este entendimento implica na diminuição do espectro negocial das partes, a saber, Ministério Público e defesa, e o aumento do poder de regulação dos procedimentos e de avaliação do mérito pelo juiz, uma vez que este deverá avaliar a elasticidade hermenêutica da lei e submeterá os termos do acordo e a avaliação do mérito das questões, primordialmente, à legalidade, não à convencionalidade.

O nosso sistema, em contraste com aqueles em que é possível a *plea bargain*, não admite a aplicação de pena sem o processo judicial (o órgão acusador não pode simplesmente deixar de oferecer a acusação), mas permite benefícios extremamente vantajosos, tais como o perdão judicial, se forem satisfeitas algumas condições, dentre as quais, trazer vantagens à investigação de outros envolvidos em crimes. Embora tais requisitos devam estar previamente estabelecidos em lei, há um espaço hermenêutico largo em se avaliar quais seriam as vantagens à investigação de outros envolvidos em crimes. Como se verá depois, abre-se a necessidade de se investigar em que medida se está abandonando o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e se está adotando os princípios da oportunidade e da eficiência no processo penal.

Nos próximos tópicos avaliaremos os rumos da principiologia clássica a respeito da negociação no processo penal à luz dos princípios da obrigatoriedade e da oportunidade, os quais são basilares a legitimidade da colaboração premiada, uma vez que constituem condição de possibilidade da negociação no processo penal. Após, analisaremos se a eficiência constituiria um conceito legítimo para a justificação da criação de institutos negociais. Por último, investigaremos como a colaboração premiada se comporta assumindo-a como meio para consecução de fins em articulação com as teorias de justificação da pena.

### 2.3.1 A Tensão entre os Princípios da obrigatoriedade e oportunidade

O clássico brocardo da *nulla poena sine iudicio*, ou então, a impossibilidade jurídica da punição sem o devido processamento é o núcleo da discussão sobre a disposição das partes no processo penal, sendo traduzido pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, que possui

dois sentidos básicos, a saber, o primeiro, ligado à obrigação do órgão acusador de promover a ação penal nos casos previstos em leis, e o segundo, conectando-se mais propriamente à necessidade do cumprimento dos ritos e formas com vista à obtenção do resultado absolutório ou condenatório.

Guilherme de Souza Nucci assim o define:

O ideal, por trás da obrigatoriedade, é a fidelidade ao interesse público quanto à ocorrência de determinados crimes, lesivos a importantes bens jurídicos tutelados. Portanto, eleito um bem jurídico de primeira grandeza, como a vida, materializado um homicídio (art. 121, CP), incide a ação penal pública incondicionada, significando haver interesse estatal necessário para apurar o caso, punindo, por meio do devido processo legal, o agente. (2020).

O segundo sentido do princípio da obrigatoriedade, como fundamento de legitimidade do resultado da ação penal sob a condição de haver sido oportunizado ao réu todas as garantias inerentes ao processo, é adotado por Aury Lopes Jr. e Afrânio Silva Jardim. Neste, o princípio tem uma natureza de garantia de direito ao acusado, de verdadeiro benefício contra o Estado quando este pretender cerceá-lo de algum direito fundamental (JARDIM, 2001, p. 12). Aury Lopes Jr. denomina este sentido de *princípio da necessidade* na sua obra *Direito Processual Penal* (2018).

Dotti (1993, p. 93) também confere a este sentido nomenclatura diversa, denominando-o de princípio da oficialidade, referindo o direito penal como aquele responsável por tutelar os bens jurídicos mais importantes de uma comunidade, e isso justificaria a intervenção estatal “mesmo contra a vontade individual sempre que um delito ofender interesse geral”. Este autor destaca que o mandamento da oficialidade não significa o monopólio na luta contra o delito, já que este objetivo deve ser buscado em conjunto com todas as instituições em sentido lato que compõem forças da sociedade civil, como a escola, a imprensa, associações e a família. No entanto, em primeiro lugar, é dever do órgão acusador promover a ação penal para tutelar os bens jurídicos mais relevantes, também como forma de garantir os direitos do acusado. O mérito da nomenclatura diversa destes autores está em conferir um caráter teleológico, promovendo a sua vinculação com a finalidade do procedimento judicial de apuração da conduta delitiva, no sentido de refazer o caminho cognitivo por meio da dialética do contraditório com vistas ao resultado adequado do ponto de vista da justiça.

No primeiro sentido, mais amplamente adotado, o princípio impõe um dever de atuação do órgão acusador, retirando-lhe a prerrogativa da valoração dos resultados aos quais se busca atingir com a ação penal. O princípio, nesse sentido, veda ao órgão acusador o juízo de oportunidade e conveniência sobre os fatos postos sob sua apreciação. Este conceito se

contrapõe, como explica Stasiak (1998), ao princípio da oportunidade, que é a regra da ação penal privada, os quais permite institutos tais como a renúncia, desistência e o perdão do ofendido.

Távora e Alencar também opõem os princípios da obrigatoriedade e oportunidade, sendo eles, respectivamente, características das ações penais públicas e das ações penais privadas (2017, p. 80). No primeiro, compreende-se a necessidade de o Ministério Público oferecer denúncia nos casos em que os requisitos forem preenchidos, e o segundo, a impossibilidade de o órgão acusador desistir da ação penal após o oferecimento da exordial. No caso do princípio da oportunidade, cabe à vítima ou a seu representante a avaliação da conveniência para o exercício da ação penal. (TÁVORA; ALENCAR, 2017. p. 261).

A história do processo penal brasileiro começa pela afirmação do princípio da obrigatoriedade. Autores como Afrânio Silva Jardim e Tourinho Filho defendem que o referido foi a regra no processo penal brasileiro desde o Regulamento nº 120/1842<sup>8</sup> da Lei nº 261/1841 (STASIAK, p. 174-176), passando pelo Código de Processo Criminal de 1832<sup>9 10</sup>, a Lei nº 2.033/1871 e seu Decreto nº 4.824/1871<sup>11</sup>, chegando até o atual o Decreto-Lei 3.689/1941 (atual Código de Processo Penal). Curioso referir que com o advento da primeira constituição republicana, a competência para legislar a respeito de processo penal ficou a cargo das unidades federativas, sendo o Rio Grande do Sul a primeira a dispor de modo explícito no seu artigo 100 do Código de Processo Penal o princípio da obrigatoriedade tal como hoje o concebemos<sup>12</sup>. Na atual conjuntura constitucional, esses autores fundamentam a obrigatoriedade nos artigos 121, inciso I, da CF88, combinado com o artigo 5º, inciso LIX e o princípio da legalidade (artigo 5º, incisos II e XXXIX, e artigo 37, ambos da CF, e artigo 1º do CP).

Já o princípio da oportunidade, para Juan Montero Aroca (2008) e Pedro Caeiro (2002), é o reconhecimento de que o órgão acusador possui a prerrogativa de avaliar, segundo determinadas circunstâncias do caso, balizadas pelos critérios estipulados na lei, a existência de

---

<sup>8</sup> Art. 222 – Nos casos em que o Promotor incumbe denunciar, incumbe igualmente promover a acisação (*sic*), e todos os termos do processo, nos quais, bem como na concessão e arbitramento das fianças, deverá ser sempre ouvido.

<sup>9</sup> Art. 37 – Ao Promotor pertencem as seguintes atribuições: I – denunciar os crimes públicos e os policiais e acusar os delinquentes perante os jurados [...]. (Código de Processo Criminal de 1832).

<sup>10</sup> Art. 335 – O Promotor Público denunciará e promoverá as acusações nos crimes de responsabilidade dos empregados públicos, quando não houver parte. (Código de Processo Criminal de 1832).

<sup>11</sup> Aboliu-se, com estes diplomas, a abertura de inquérito de ofício pelo magistrado.

<sup>12</sup> Art. 100 – O Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia nos casos em que é admissível a ação pública; exceto se o fato não constitui uma infração penal ou se a ação correspondente já está extinta por qualquer modo.

substrato probatório suficiente para sustentar uma condenação criminal ou a aplicação da pena. Nesse sentido, ambos identificam no ordenamento jurídico dos seus países a oportunidade como um instrumento de política criminal para atribuir ao Ministério Público a competência para decidir se o processamento de determinados fatos poderia ser dispensado em face de valores como a intervenção mínima, economia processual, o consenso e a não estigmatização do agente.

Caeiro (2002, p. 46), em comentário sobre o tema, utiliza-se do termo “princípio da legalidade” para se referir ao princípio da obrigatoriedade. No estudo, caracteriza-o como deveres dos quais se incumbe o órgão acusador enquanto titular da ação penal, a saber, (a) o de abrir inquérito sempre que receber uma notícia-crime – *dever de investigar*, (b) e de deduzir acusação sempre que tenha indícios de que certa pessoa cometeu um crime – *dever de acusar*. Já o princípio da oportunidade está em *lugar inverso* ao princípio da legalidade (obrigatoriedade), pois

surge como uma liberdade de apreciação do MP relativamente ao se (*sic*) da decisão de investigar ou de acusar apesar de estarem reunidos os pressupostos legais (gerais) dos ditos deveres. (CAEIRO, 2002, p. 46).

Contudo, do equívoco de uma visão mecanicista da aplicação do direito, em que não competiria ao Ministério Público formular juízos, não se pode assumir que este órgão deva operar sob o abrigo do princípio da oportunidade. Exemplifica em face de uma visão mecanicista os juízos em que o membro do Ministério Público deve agir ao abrigo de uma legalidade estrita: o *Parquet* qualifica, em primeiro lugar, que os fatos noticiados configuram um crime, pelo menos em tese; e em segunda instância, que aqueles fatos noticiados se configuram notícia-crime; deve avaliar se há *indícios suficientes* da autoria e materialidade para o oferecimento da acusação; deve expressar um limite máximo para a pena aplicável a um acusado<sup>13</sup>. Em todos estes casos, o presentante acusatório claramente formula um juízo a respeito desta matéria decorrente do próprio princípio da legalidade (obrigatoriedade), porque está vinculado aos mandamentos estipulados em lei.

Na linha de raciocínio de Caeiro, o princípio da oportunidade pode ser exemplificado no direito português pela avaliação da faculdade de o Ministério Público arquivar o processo ou conceder-lhe a suspensão provisória (CAEIRO, 2002, p. 52-53), embora estejam reunidos os pressupostos gerais do dever de acusar. Tais expedientes estariam disponíveis ao órgão acusador com o objetivo de afastar do âmbito criminal aquelas condutas que não estariam materialmente no escopo da punição pelo sistema criminal, em especial em virtude da

---

<sup>13</sup> Trata-se de exemplos ofertados pelo autor do direito processual penal português.

necessidade de intervenção mínima, não estigmatização do agente e da economia processual (p. 53). Porém tais faculdades não podem significar que o *Parquet* possua um arbítrio ou pura conveniência pessoal, devendo-se verificar certos pressupostos legais para tanto e avaliando-se a necessidade da medida em função do interesse público. Os pressupostos legais que excepcionariam as regras vinculativas da acusação à lei são chamados de *diversão*<sup>14</sup> pelo autor, na medida em que criam requisitos para livrar o acusado do seu destino condenatório, caso preencha alguns requisitos, em consonância com uma política criminal mais benéfica a ele. Em outras palavras, embora haja um hiato interpretativo mais elástico promovido pelo termo *pode*, em contraposição ao termo *deve*, tal avaliação não é completamente discricionária ou subjetiva, mas vinculada à legalidade.

Argumenta Caeiro que o interesse público, invocado para justificar juízos calcadas na subjetividade do órgão acusador, deixa de ser um interesse propriamente público e se torna um interesse corporativo:

A principal objeção à oportunidade assim entendida [competência para escolher os meios mais aptos a realizar um interesse público geral, que transcende os interesses do sistema penal, determinado a partir de critérios não jurídicos (...) a decisão de divertir (*sic*) o processo ou acusar repousaria sobre um poder discricionário em sentido próprio, como competência para escolher a opção que melhor realiza o interesse público a partir de critérios político-administrativos, ordenados à boa gestão da cidade]<sup>15</sup> encontra-se na própria configuração estatutária e funcional do MP. Com efeito, não compete ao MP, quando age como titular da acção (*sic*) penal, avaliar outras mostrações (*sic*) do interesse público diferentes das que subjazem à perseguição penal. Assim, a decisão de divertir/acusar não pode resultar de um juízo guiado, v. g., pela maior ou menor conveniência do sentido da decisão para as autoridades administrativas a quem caberia prestar apoio, ou pela necessidade de elevar o número de acusações para preencher as quotas desejadas pela instituição. [...] Do que fica dito, retira-se que o interesse público cuja realização compete ao MP, enquanto titular da acção (*sic*) penal, só pode contemplar interesses do próprio sistema penal, tuteláveis por critérios a ele imanentes – um interesse público, digamos, sectorial (*sic*). E, então, a liberdade de apreciação residiria na faculdade de, verificados os pressupostos da diversão (*sic*), ponderar se os propósitos que com ela se prosseguem devem prevalecer ou ser preteridos em favor de outros com ele conflitantes. (CAEIRO, 2002, p. 54-55).

Como se pode perceber, Caeiro se fia entre aqueles que compreende a necessidade de uma vinculação da acusação à legalidade mesmo quando se estaria em face de um juízo de oportunidade. O sentido correto do princípio da oportunidade não seria a competência para escolher os meios mais aptos a realizar um interesse público geral, mas em um “juízo sobre a verificação sobre os pressupostos legais da diversão (*sic*)” (CAEIRO, 2002, p. 55). Desse modo,

<sup>14</sup> O termo diversão é tratado no texto no sentido de *mudança de direção*, ou melhor, *exceção à legalidade*.

<sup>15</sup> Excerto extraído do próprio parágrafo e incluído na citação por nós com o objetivo de obter uma leitura mais fluida.

a diferença entre o princípio da legalidade (obrigatoriedade) e da oportunidade não seria essencial, mas tão somente de grau. Por outro lado, a discricionariedade teria uma natureza diversa desses princípios, eis que significaria um juízo subjetivo fundado no arbítrio e na pura conveniência pessoal.

Segundo Jardim e Tourinho Filho, na exposição de Stasiak (1998, p. 05), embora o princípio da obrigatoriedade tenha se tornado mais elástico nos últimos tempos ao se introduzir institutos semelhantes àqueles vistos na ação penal privada, bem como institutos que condicionam ou limitam o oferecimento da denúncia ou o prosseguimento da ação penal, a regra geral persistiria na afirmação do mesmo princípio, na medida em que a dita avaliação ficaria adstrita pelos critérios estabelecidos pela lei. Nesse sentido, a Lei nº 9.099/95, com os institutos da suspensão condicional do processo, a composição de danos civis com efeitos penais e a transação penal não estaria promovendo uma revolução nos fundamentos do processo penal. De fato, reforça a tese da existência de uma vigência de um *princípio da obrigatoriedade puro* a necessidade do ajuizamento da ação penal no caso de descumprimento de alguma condição imposta ao acusado, bem como o direito subjetivo do acusado em ver proposto o acordo, não restando qualquer avaliação da oportunidade ou conveniência ao órgão acusador.

Conforme Paulo Mário Canabarro Trois Neto (2017), o princípio da legalidade possui uma substancialidade particularmente forte e decorre da vinculação dos agentes estatais à lei, conforme se verifica:

A indisponibilidade da relação jurídica de direito penal é a significação do processo como um instrumento para a proteção dos valores comunitários devida pelo Estado. Diz respeito à necessidade e inevitabilidade de os agentes estatais procederem à persecução em face daqueles que atentam contra os bens jurídicos mais caros à convivência social harmônica.

Se o crime é uma ofensa a um bem comunitário para o qual se previu uma proteção especial, e se ao Estado, em nome de altos valores, foi atribuído o monopólio da administração da justiça penal e do uso legítimo da força, resulta evidente que o chamado “direito de punir” se transmuta em verdadeiro dever persecutório para os agentes estatais presentes das instâncias formais de controle.

Ao reconhecimento de um direito da sociedade corresponde uma obrigação do servidor público de tutelá-lo. A atividade persecutória pressupõe uma relação de administração, na qual não há um mero poder em relação a um objeto, mas uma obrigação em face da qual os agentes não podem se desviar. A indisponibilidade do exercício efetivo da tutela penal não é, portanto, uma opção arbitrária, pois está inserida em um contexto democrático no qual aos agentes estatais não é dado dispor do interesse coletivo.

Embora se reconheça que o direito processual penal é menos vinculado à legalidade em comparação ao direito penal propriamente dito, pois permite a interpretação extensiva e a



analogia, não é menos verdade que a elasticidade dessa vinculação é, por princípio, estipulada pela própria lei, como parece se depreender dos artigos 1º do CP<sup>16</sup> e 3º do CPP<sup>17</sup>.

João Pedro Gebran Neto (1996) reconhece a possibilidade de certa discricionariedade na atuação do Ministério Público, vigorando no atual ordenamento jurídico um princípio da obrigatoriedade mitigado, havendo sempre uma margem de valoração, seja na avaliação das condições da ação, ou então em razão de invocação do próprio princípio da oportunidade como motivo para requerer em juízo o arquivamento de peças de informação, conforme previa a antiga redação do procedimento do artigo 28 do CPP<sup>18</sup>. A nova redação do artigo 28 do CPP<sup>19</sup> não prejudica tal entendimento. Nesse sentido, Ada Grinover (2002, p. 95) também defende a vigência de um princípio da obrigatoriedade mitigado ou uma disponibilidade legalmente regrada.

O juiz Carlos Alberto Corrêa de Almeida Oliveira (2015, p. 146-147), embora reconheça a vigência absoluta do princípio da obrigatoriedade, não vê obstáculos para que a lei seja mudada para suprimi-lo, mostrando apreço para que isso de fato aconteça, tornando nosso sistema semelhante ao *pre-bargain (sic)* norte americano, argumentando que isso enxugaria o sistema judiciário de processos pouco relevantes socialmente, beneficiando tais acusados, mas resultaria na celeridade dos processos.

De fato, países de sistema de *common law* tendem a permitir mais pacificamente a aplicação do princípio da oportunidade ao processamento de delitos de elevado potencial lesivo, podendo servir como exemplo a possibilidade de negociação entre acusação e defesa conhecida direito norte-americano como *plea bargain*<sup>20</sup>. A justificativa para a concessão de tal poder discricionário ao promotor público reside na eficiência da atuação estatal, na medida em que reduz a população carcerária, já que as penas tenderiam ser menores. Em que pese a comparação

---

<sup>16</sup> Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

<sup>17</sup> Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

<sup>18</sup> Art. 28 Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

<sup>19</sup> Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

<sup>20</sup> Uma visão crítica deste instituto pode ser encontrada, apresentando argumentos sólidos e sérios, no artigo de Andrew Manuel Crespo intitulado *The hidden law of Plea Bargain*, possível de ser encontrado no link <https://columbialawreview.org/content/the-hidden-law-of-plea-bargaining/>. Acessado em 26 de março de 2020.

do instituto da colaboração premiada tal qual está desenhada em nosso ordenamento se diferencie completamente do instituto norte americano, a comparação é frequente nos textos a respeito dos princípios da obrigatoriedade e oportunidade. Todavia, lembremos que nos Estados Unidos, os *prosecutors* são eleitos, o que promove um controle político maior em comparação com o sistema de recrutamento de membros do Ministério Público no Brasil. Em segundo lugar, a *plea bargain* norte americana possui pouquíssimas amarras legais, sendo uma negociação propriamente dita, enquanto que a colaboração premiada brasileira, como se pode verificar do encaminhamento deste trabalho, está muito mais vinculada à lei do que se poderia deduzir quando se fala em negociação no âmbito legal.

De todo modo, autores como Suxberger (2017, p. 37) criticam uma visão da vigência de uma obrigatoriedade como obstáculo na persecução penal, referindo-se ao “dogma” adotado por aqueles que defendem a tutela de direitos e garantias como função primordial do processo penal (tratado no texto em sentido pejorativo, a nosso ver de forma acertada), porque implica no controle dos atos do órgão de acusação, limitando-o. Em outras palavras, segundo ele, a obrigatoriedade seria prejudicial tanto ao réu, na medida em que tira a possibilidade de o *Parquet* avaliar livremente a prova para requerer o arquivamento da investigação sem oferecer denúncia, quanto à sociedade, pois dificultaria, na prática, o foco da punição de crimes realmente graves. No mesmo texto, defende que o postulado da obrigatoriedade “ignora o caráter prático que orienta o exercício da Ciência Jurídica estrutural e funcionalmente.” (SUXBERGER, 2017, p. 37). Além disso, segundo ele, a pretensa igualdade alcançada pelos defensores da vigência de uma obrigatoriedade pura é contraproducente e institucionalmente impossível. Explica o autor que as instituições de persecução penal não dariam conta de promover todas as ações penais para todos os elementos de informação que venham ao conhecimento estatal; que os arranjos institucionais atuam por ordem de prioridades, o que somente possibilita uma margem de avaliação da oportunidade, já que sob o mandamento obrigatoriedade, o espaço decisório continuaria existindo, mas livre de limites legais. Nos termos postos pelo autor, “a negativa do espaço decisório não conduz a sua inexistência, mas à sua invisibilidade” (SUXBERGER, 2017, p. 43-44).

O mesmo autor identifica o princípio da obrigatoriedade como derivado do princípio inquisitivo e mostra estranheza perceber sua vinculação com o princípio acusatório, ou mesmo com uma visão democrática da função do direito penal (SUXBERGER, 2017, p. 38). Afirma que Giovanni Leone, em publicação de 1961, primeiramente vinculou a incompatibilidade da discricionariedade no exercício da ação penal e o postulado democrático, e seguiu sendo

reverberado no Brasil por autores como Afrânio Silva Jardim, no sentido de que a obrigatoriedade seria consequência do imperativo do *império da lei*, afastando critérios discricionários nem sempre claros ou definidos. Os autores apostariam, portanto, na generalidade e na igualdade como modo de realização da justiça.

De todo modo, Suxberger apresenta a argumentação de Jorge Alberto Romeiro, que destaca a incerteza da aplicação da lei penal diante da introdução do princípio da oportunidade no processo penal, uma vez que dissiparia o efeito intimidatório da resposta penal. Argumenta Romeiro, na interpretação de Suxberger (2017, p. 39), que o juízo de oportunidade não pertenceria aos órgãos de acusação, mas sim do legislador que confecciona critérios de aplicação abstratos e gerais.

Em favor da possibilidade jurídica do princípio da oportunidade da ação penal pública está a escassez de imposição legal ao princípio da obrigatoriedade. Suxberg menciona, além do aspecto funcional (impossibilidade fática por falta de recursos necessários para dar conta de todas as informações apuradas na atividade investigativa), a existência de diversos permissivos legais no sentido da possibilidade de um juízo discricionário sobre a conveniência e oportunidade da ação penal por seu órgão titular, como o artigo 28 do CPP, na sua nova ou revogada redação, estendendo apenas ao Ministério Público a decisão sobre o exercício da ação penal; o artigo 395 do CPP<sup>21</sup>, que confere primeiramente ao membro do Ministério Público o juízo sobre o atendimento aos requisitos formais, a existência ou não dos pressupostos processuais e condições para a ação, ou a justa causa; o artigo 4º da Lei 12.850/13<sup>22</sup>, introduzindo a oportunidade no exercício da ação penal, pelo menos em relação ao colaborador premial; e o acordo de não persecução penal, previsto primeiramente pela Resolução nº 181 do CNMP, que recentemente foi introduzido no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/19, no seu artigo 28-A<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> Alguns autores, como Aury Lopes Jr. e Alexandre de Moraes da Rosa contestam o espaço de discricionariedade para concessão do benefício, defendendo que o acordo seria direito subjetivo do acusado, o que, portanto, implica a impossibilidade do juízo de oportunidade e conveniência do Ministério Público, pelo menos nesse caso.

Em oposição aos autores anteriormente expostos, alguns defendem a completa inexistência do princípio da obrigatoriedade no processo penal brasileiro, porém de influência menor do que os autores anteriormente apresentados. Este é o caso de Tássia Louise de Moraes Oliveira (OLIVEIRA, 2017), argumentando que seria a ação penal pública de titularidade do Ministério Público, em consonância com o princípio acusatório e em conformidade com o artigo 129, inciso I, da CF<sup>24</sup>, mas que tal dispositivo não imporiria uma obrigação de iniciá-la quando haveria motivo de conveniência ou política criminal. Tal entendimento, segundo Oliveira, reforçaria a garantia de liberdade de convicção do *Parquet* no exercício das suas prerrogativas funcionais. A argumentação despendida pela autora se inicia na total carência de mandamento legal para a propositura da ação penal e desemboca na abertura promovida pelo artigo 28 do CPP (redação anterior à Lei 13.964/19) para o arquivamento de investigações, mesmo quando provada a autoria e materialidade, sendo viável a ação penal, sob o fundamento em razões de política criminal ou dificuldades na organização da pauta de julgamento.

Em *obiter dictum*, mas em voto vencido, o Ministro Alexandre de Moraes afirmou no julgamento da ADI 5.508 que o modelo brasileiro seria da *obrigatoriedade mitigada*, limitando-se a explicar que “também o Ministério Público, assim como todos os demais órgãos da administração, todos os demais órgãos do Estado estão submetidos ao princípio da legalidade”. Continua ele no sentido de que nosso modelo se diferencia do anglo-saxão, marcado pela discricionariedade do órgão acusador, em determinar a obrigatoriedade da ação penal como regra, mas permitindo leves relativizações nos casos em que a lei o permita (o Ministro parece não distinguir entre relativizar o princípio nos casos em que a lei permite ou que a obrigue). (ADI 5.508).

No voto proferido pelo Ministro Edson Fachin ao mesmo aresto, também vencido no mérito, o magistrado enfrenta brevemente a mesma discussão, afirmando que o princípio da obrigatoriedade (denominado por ele de *princípio da indisponibilidade da ação penal pública*) conviveria com “um certo abrandamento”, permitido apenas nos casos autorizados pela lei. Observe-se que tanto o Ministro Alexandre de Moraes, quanto Edson Fachin tem uma visão menos vinculada do Ministério Público à lei do que os autores defensores da vigência de um princípio da obrigatoriedade puro ou mitigado apresentados anteriormente, já que, segundo eles, o *Parquet* poderia decidir oferecer a denúncia mesmo nos casos em que a lei não o obrigue. Mais ainda, segundo o Ministro Edson Fachin no voto, o interesse na efetividade da apuração

---

<sup>24</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

penal não afasta a necessidade de motivação e acusação razoável, que são balizas necessárias a guiar o afastamento do princípio da obrigatoriedade (ADI 5.508).

De todo modo, como se extrai de diversos julgados, inclusive na ADI 5.508, HC 127.483 e Inq. 7.074 QO, há uma posição bem clara e definida entre os Ministros do STF: o Ministério Público possui a prerrogativa soberana de decidir sobre o oferecimento da denúncia, não cabendo ao judiciário obrigá-lo. A posição já era majoritária antes do advento da Lei nº 13.964/19, o chamado *pacote anticrime*, que introduziu a estrutura acusatória como característica de nosso sistema processual penal no artigo 3º-A do CPP<sup>25</sup>. Além disso, a mesma reforma legislativa revogou a redação do artigo 28 do CPP, que permitia ao juízo remeter o inquérito ao chefe do Ministério Público para revisão. A reforma legislativa e a afirmação da posição jurisprudencial da nossa Corte Constitucional representam cada vez mais o reconhecimento da autonomia do Ministério Público em formular, sem controles, o juízo sobre o oferecimento da denúncia.

Todavia, o juízo da conveniência e oportunidade do oferecimento da denúncia pelo órgão acusador, no âmbito da aplicação da colaboração premiada, tem suas limitações. Em diversos pronunciamentos do Pleno do STF, em especial no primevo HC 127.483, no Inq. 7.074 QO, e na ADI 5.508, o tema da sindicabilidade dos motivos do acordo de colaboração tem gerado alguma discussão. Com algumas posições mais tendentes a possibilidade de um juízo de discricionariedade do Ministério Público em casos particulares, não há qualquer Ministro que tenha afirmado a possibilidade de uma disposição negocial total entre as partes em acordos de colaboração. Tal entendimento tem sido firmado no bojo das discussões a respeito da negociação premial.

Como exemplo, podemos citar especificamente o caso do Inq. 7.074 QO. Na oportunidade, o objetivo era discutir, além da legitimidade do Relator homologar acordos de colaboração em ações originárias naquela corte, também a extensão dos poderes homologatórios do juízo, em especial na avaliação da regularidade, voluntariedade e legalidade dos acordos, nos termos do artigo 4º, § 7º da Lei nº 12.850/13<sup>26</sup>, em sua redação anterior à Lei nº 13.964/19. O dispositivo foi repetido pela reforma legislativa, inclusive, acolhendo o que

---

<sup>25</sup> Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

<sup>26</sup> § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

fora consolidado pelo entendimento majoritário dos Ministros no mesmo aresto, e constou a redação do novo § 7º<sup>27</sup>.

No caso, o Ministro Dias Toffoli asseverou em seu voto que, embora o juízo não pode alterar cláusulas de ofício, substituindo a vontade das partes, mesmo que as considere ilegais ou irregulares, o que corrobora a tese de uma separação entre as funções do Estado-julgador e Estado-acusador, “o acordo de colaboração premiada é um contrato de direito público condicionado aos limites legais”. Exemplificou casos em que teria negado a homologação e remetido às partes para readequação, por considerar cláusulas ilegais, tais como o cumprimento de pena logo após a homologação do acordo, e, por fim, cláusulas que obriguem a apresentação de dados bancários ou o levantamento do sigilo sem pronunciamento judicial.

Contudo, da necessidade do respeito de balizas legais para concessão de benefícios ou estipulação de obrigações nos acordos de colaboração não decorre a automática vinculação do órgão ministerial ao oferecimento da denúncia, núcleo central do princípio da obrigatoriedade. De fato, parece forçado pensar que deste princípio se possa extrair que o Ministério Público deva adstringir o juízo de oportunidade e conveniência às possibilidades legalmente previstas para todo e qualquer benefício e estipulação de todo e qualquer obrigação ao colaborador. Em outras palavras, parecem estar errados aqueles que se utilizam do princípio da obrigatoriedade para se extrair um maior controle jurisdicional sobre as colaborações premiadas. Isso porque o princípio da obrigatoriedade diz respeito tão somente ao benefício do não oferecimento da denúncia, e não todo e qualquer benefício premia do qual não se prescinde o processo criminal. A confusão entre princípio da obrigatoriedade e necessidade de controle jurisdicional sobre as estipulações negociais das partes parece ter se originado na própria doutrina e contaminado alguns Ministros que não parecem distingui-los adequadamente.

Como se verá mais adiante, deve haver controle jurisdicional sobre os atos do Ministério Público, em especial no que concerne aos acordos de colaboração premiada. Porém, o que se pode dizer, por enquanto, é que no caso da colaboração premiada, do princípio da

---

<sup>27</sup> § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I - regularidade e legalidade; II - 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; III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

obrigatoriedade se pode derivar apenas e tão somente a impossibilidade de qualquer controle jurisdicional sobre o benefício do não oferecimento da denúncia aos colaboradores. Isso não quer dizer que o Ministério Público possa aplicar penas automaticamente, nem negociar livremente quaisquer obrigações, nem moldar o processo criminal a sua vontade. Portanto, o princípio da obrigatoriedade puro definitivamente não é característico do modelo de processamento da ação penal no Brasil.

Em verdade, a Suprema Corte Brasileira parece se inclinar mesmo para um modelo que podemos chamar de *premialidade legal*, no conceito criado e desenvolvido por Ennio Amodio<sup>28</sup>. Assim interpretou o Ministro Dias Toffoli na ADI 5.508, citando o autor italiano, ao caracterizar o modelo brasileiro em similaridade com o modelo continental, opondo-o aos modelos da Inglaterra e Estados Unidos, chamados de *premialidade negocial*. Neste, o membro do Ministério Público teria um amplo espectro negocial, de modo que a acusação penal teria um caráter intrinsecamente privado e amplamente disponível. O magistrado, em tal sistema, teria apenas poderes de controle formal no sentido de verificar apenas os requisitos com as quais as partes celebrarão o ato, bem como a garantia de seus efeitos jurídicos. O agente ministerial no modelo de *common law*, tem o poder equivalente de oferecer uma absolvição. Já no modelo negocial brasileiro, chamado de *premialidade legal*, na interpretação do Ministro Dias Toffoli, o pedido ministerial se submete ao filtro judicial pelo menos quanto a sua responsabilidade e pressupostos para concessão de benefícios.

### 2.3.2 O consequencialismo na aplicação da pena e a possibilidade da aplicação dos princípios da efetividade e eficiência no processo penal

A adoção de um ou outro modelo de justiça negocial, a saber de uma *premialidade legal* ou *premialidade negocial*, tem impacto no espectro negocial entre as partes e na necessidade de vinculação do juiz ou não ao acordo de colaboração. Em primeiro lugar, o ator mais privilegiado do acordo de colaboração é o *Parquet*, já que dele depende o juízo primeiro sobre as vantagens possíveis de serem alcançadas. Em segundo lugar, o modelo de premialidade legal implicará na possibilidade de o julgador apreciar essas vantagens pela ótica do Ministério Público e rejeitá-las como insuficientes ou ilegítimas. É natural que ambos, agente ministerial

---

<sup>28</sup> Como está citado no voto do Ministro Dias Toffoli, tais conceitos estão desenvolvidos na obra *Processo penale, diritto europeo e common law*.

e julgador, deverão analisar as consequências da delação, ou seja, o montante das vantagens probatórias possíveis advindas da colaboração em contraste com os benefícios penalizadores concedidos ao colaborador, no entanto, haverá um maior controle judicial sobre a atuação do Ministério Público no modelo de preliminaridade legal, seja na necessidade de o magistrado estipular concretamente os benefícios, seja na revisão dos motivos expostos tanto em eventual acordo firmado, ou então em relação a sua recusa de negociação eventualmente pleiteada pela defesa.

A dificuldade do instituto da colaboração premiada no nosso modelo processual penal reside especificamente na legitimidade de o Estado, presentificado tanto pelo próprio Ministério Público, quanto ao magistrado quando das decisões de homologação e sentença, fazer um juízo consequentialista a respeito da avaliação dos custos e benefícios à investigação. Os detratores do instituto da colaboração premiada se apoiam, basicamente, em uma concepção jusfilosófica kantiana, a qual a retribuição seria a principal função da pena e a ambição de eficiência do processo penal seria uma subversão desse sistema porque inseriria elementos consequentialistas. De fato, Kant repele qualquer consideração de uma finalidade na aplicação da lei penal:

A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) – distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheio ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil. Ele deve previamente ter sido condenado punível antes que se possa de qualquer maneira pensar em extrair de sua punição alguma coisa útil para ele mesmo ou seus concidadãos. A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz aquele que rasteja através das tortuosidades do *eudaimonismo*, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduz sua quantidade pela vantagem que promete, de acordo com as palavras farisaicas: “é melhor que um homem morra do que pereça um povo inteiro” Se a justiça desaparecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a Terra. O que se deveria pensar, portanto, da proposta de preservar a vida de um criminoso sentenciado à morte, no caso de ele permitir ser objeto de perigosos experimentos e ser felizado o bastante para sobreviver a eles, de maneira que dessa forma os médicos apreendessem algo novo benéfico para a comunidade? Um tribunal rejeitaria desdenhosamente uma tal proposta de uma junta médica, pois a justiça deixa de ser justiça se puder ser comprada por qualquer preço que seja. (KANT, 2003, p. 174-175).

Como se extrai, a punição é conceituada como um imperativo categórico, ou seja, uma necessidade inafastável e uma exigência absoluta da razão. Assim como em sua teoria moral, o autor rechaça qualquer consequentialismo (do qual o denominado “*eudaimonismo*” é uma espécie) também no âmbito jurídico penal. O mestre de *Königsberg* censura tais posições, uma vez que instrumentalizam a vida humana em nome de um bem geral. Tal consideração é



crystalina na proposta do dilema da cobaia humana: mesmo que se extraia vantagens para o progresso da medicina de testes em condenados à morte, isso não realizaria a justiça, porque esta somente é alcançada pela retribuição do mal cometido pelo equivalente previsto pela lei positiva<sup>29</sup>. Embora não trate especificamente a respeito do instituto da colaboração premiada, assim se expressa Kant sobre a clemência (perdão ou diminuição da pena):

De todos os direitos de um soberano, o direito de conceder clemência a um criminoso (*ius aggratiandi*), seja diminuindo ou perdendo inteiramente a pena, é o mais escorregadio que lhe compete exercer, pois precisa ser exercido de uma tal maneira que exiba o esplendor de sua majestade, a despeito de estar ele com isso cometendo injustiça no mais alto grau. Relativamente a crimes perpetrados por súditos uns contra os outros, não lhe cabe de modo algum exercê-lo, uma vez que neste caso a ausência de punição (*impunitas criminis*) constitui o maior dos males cometidos contra seus súditos. Assim, ele só pode fazer uso do direito de conceder clemência no caso de uma injustiça feita contra ele próprio (*crimen laesae maiestatis*). Não pode, contudo, fazer uso dele mesmo nesse caso, se deixar de punir puder colocar em perigo a segurança do povo. Este direito é o único que merece ser chamado de o direito de majestade. (KANT, 2003, p. 180).

Considerando a justiça como uma retribuição, evidentemente a clemência será um gesto contraditório, quando não o mais alto exemplo de injustiça. Juliane Scariot mostra, em sua dissertação de mestrado (2013, p. 93-98), orientada pelo professor João Carlos Brum Torres, que Kant concebe uma dupla função da pena, do ponto de vista da punição jurídica, quais sejam, a preventiva e a retributiva. A função retributiva é o meio de o Estado castigar aquele que transgredir um dever jurídico, enquanto que a função preventiva é o meio de o Estado coagir os indivíduos a não transgredirem os deveres jurídicos, tanto recorrendo à previsão legal em abstrato, quanto sabendo do indivíduo que receber uma pena *in concreto*.

Em que pese Kant admita a relevância da prática na reflexão atinente à função da pena do ponto de vista jurídico, retoma os postulados da reflexão ética, pois não abre mão de que a função retributiva deva respeitar os limites da humanidade, e que a pena deva atingir apenas as condutas que violem injustamente a liberdade dos outros indivíduos, segundo o critério do reino dos fins (possibilitando a coexistência de todos segundo uma lei universal, em que cada um persiga seus próprios fins). Uma leitura contemporânea destes limites negaria a possibilidade de o Estado tratar o infrator como simples meio, bem como constituiria uma pena diferente da justa pena retributiva.

Como Scariot demonstra, não cabe mais uma interpretação kantiana como um sistema de punição como retribuição pura (2013, p. 45-51). Os autores de cunho garantista efetivamente

---

<sup>29</sup> Victor Gabriel Rodríguez (2018) ilustra este dilema com a finalidade de explicar a concepção de Kant a respeito da justiça retributiva, bem como sua repugnância a qualquer consequentialismo.

interpretam a atuação estatal sobre esse pressuposto, defendendo a impossibilidade de o Estado permitir a modulação das penas para colaboradores, bem como tratando-o como meio para concretização da efetividade do processo penal. No entanto, tal entendimento não é pacífico.

O debate atual sobre a consideração das consequências da punição há muito deixou sua inspiração kantiana, tanto pela ótica garantista, quanto da efetividade. A última, por razões conceituais óbvias: é contraditório defender um sistema de retribuição puro e ao mesmo tempo querer uma decisão que sopesse as consequências. A primeira, porque percebeu como ninguém os malefícios sociais do encarceramento e a seletividade do sistema. De todo modo, são escassos os teóricos que adotam uma função puramente retributiva, como propõe a interpretação clássica da função da pena em Kant. A consideração a respeito das consequências e da finalidade da pena merece um debate sério e rigoroso.

No âmbito teórico atual do processo penal, as consequências sistêmicas da colaboração premiada se inserem no debate a respeito da eficiência e da efetividade da persecução penal. Inicialmente, cabe defini-los.

Em poucas palavras, a eficiência significa a produção de resultados desejados com a alocação adequada de recursos, ou seja, diz respeito à meta de atuação com vistas a obter ao máximo de resultado pretendidos, utilizando-se do mínimo de recursos. Embora alguns autores considerem idênticos os conteúdos dos princípios da efetividade e da eficiência, tais como Marcelo José Magalhães Bonicio (2015, p. 16), a maioria da doutrina processual civil<sup>30</sup> define a efetividade como a adequação da tutela do direito à instrumentalidade do processo, comumente relacionada às tutelas de urgência ou aos modos de satisfação do direito na fase executiva.

Na mesma linha da doutrina majoritária, Campos (2018), considera que o princípio da efetividade é o grau de correspondência entre um comando normativo, geralmente consubstanciado no dispositivo de uma decisão judicial, e suas consequências no mundo dos fatos: “Tanto mais efetiva será a norma jurídica, quanto maior for a correspondência entre o determinado juridicamente e o observado realisticamente.”; já o princípio da eficiência diz respeito “à qualidade na condução do procedimento” (2017, p. 64) pelo juiz. Em outras palavras, enquanto a efetividade diz respeito à adequação entre o comando sentencial e a

---

<sup>30</sup> Como exemplo destas noções, veja-se Bueno (2019, p. 86), Braga (2014, p. 75) e Teodoro Júnior (2017, p. 34).

produção dos seus efeitos na realidade concreta, a eficiência diz respeito à gestão do processo, como dever primordial do juiz.

Didier também os diferencia de modo análogo:

Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima. Um processo pode ser efetivo sem ter sido eficiente – atingiu-se o fim “realização do direito” de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo: a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo. (DIDIER, 2015, p. 103).

A Constituição Federal elevou o conceito de eficiência como princípio da administração pública, consubstanciado no *caput* do seu artigo 37<sup>31</sup>, mas nada há em nosso ordenamento jurídico penal ou processual penal qualquer mandamento nesse sentido. Diferentemente dele, a efetividade é amplamente invocada para fundamentar a necessidade de prestação jurisdicional, em especial, no ramo civilista do direito, onde diversos estudos são desenvolvidos. Tal fenômeno, porém, não se repete na seara penal na seara processual penal, na qual a evocação da efetividade e eficiência não encontra eco na mesma proporção do que na seara civil. Não se pode encontrar nenhuma referência destacada destes princípios como fazendo parte da principiologia necessária à dedicação dos estudantes ou operadores do direito manual de direito processual penal, podendo-se citar, entre eles, Moreira Alves (2018), Tourinho Filho (2010), Avena (2018), Lopes Jr. (2018), Pacelli (2019) e Nucci (2016).

Isso porque, na seara criminal, o conceito de efetividade possui um sentido ligeiramente diverso, que transcende aquele proposto pelos doutrinadores civilistas: diz respeito a adequação do sistema de justiça a sua função principal, a saber, reprimir e prevenir crimes por meio da punição. Já o conceito de eficiência, diz respeito tanto a necessidade de um processo célere no âmbito criminal, quanto a utilização dos meios necessários e suficientes à descoberta de crimes e sua repressão. Ou seja, tais sentidos transcendem, respectivamente, a mera correspondência entre o dispositivo da sentença e sua realização no mundo dos fatos, e a adequação dos instrumentos de gestão do processo. Ainda que se possa extrair certa similaridade, não se pode dizer que significam o mesmo.

Questiona-se, por isso, a possibilidade de um mandamento de efetividade e eficiência, nos moldes acima delimitados, no contexto das discussões correntes no âmbito criminal, pois

---

<sup>31</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

nem sempre as consequências poderão ser possíveis de serem levadas em conta na persecução penal, tendo em vista os demais princípios igualmente valiosos.

Em primeiro lugar, no que diz respeito à efetividade, o valor das garantias fundamentais da ampla defesa e do devido processo legal são considerados como mais fundamentais do que a urgência da punição. Em segundo lugar, a efetividade do processo deve ceder, no processo penal, aos imperativos dos princípios acusatório e da demanda, os quais impõem como resultado do processo, em última instância, a restrição da liberdade do acusado em alguma medida, o que não exige necessariamente o engajamento dele na concretização deste princípio. Por terceiro, a efetividade diz respeito não só a uma garantia do acusado contra o abuso punitivo estatal, mas também a um provimento jurisdicional em seu desfavor tendo em vista as funções do próprio sistema penal e processual penal, quais sejam, a proteção da sociedade na retribuição pelo cometimento de um comportamento proibido, a prevenção geral e especial.

Quanto à eficiência, igualmente se pode dizer ser desnecessário o debate sobre um quociente de otimização de recursos com o objetivo de atingir resultados no processo penal. Isso porque é cediço que o processo penal não deve ansiar resultados estranhos às suas próprias finalidades. Seria altamente reprovável, por exemplo, a destinação deficiente de recursos para qualificação de servidores, material de informática, sistemas de manejo processual, ou compra de materiais indispensáveis à investigação, obtendo como resultado decisões judiciais tecnicamente deficientes, sob a justificativa de que, embora havendo falhas técnicas e resultados insuficientes, tais resultados seriam o ponto ótimo entre a mínima alocação de recursos e a máxima qualidade nas decisões.

Por outro lado, é evidente que há uma finalidade última do processo penal e que ela deve ser realizada de modo eficiente: a eficiência é também um imperativo genérico e implícito na condução do processo penal, porque embora a condenação ou a absolvição não sejam, por si sós, resultados do processo, porquanto são sua consequência necessária, evidentemente são odiosos e devem ser rechaçados quaisquer diligências, requerimentos, impulsos, despachos, manifestações ou comportamentos desnecessários e protelatórios. Tais atos ou mesmo omissões, na medida em que se afastam do curso previsto para a realização das finalidades do processo, depende recursos, toma tempo dos operadores e demais envolvidos, causando prejuízo ao Estado, ao acusado e terceiros, quando não, muito frequentemente, provocam sofrimentos prolongados e desnecessários. Esses não seriam resultados desejáveis. Há, por conseguinte, um mandamento implícito de otimização dos esforços e recursos por parte dos órgãos estatais envolvidos, ou seja, deve-se reconhecer a eficiência como imperativo também

no processo penal, mas impositivo tão somente ao Ministério Público e ao órgão julgador. Isso porque não se poderia exigir do acusado a obrigação vinculada a um prejuízo jurídico de promoção de diligências que tornassem mais eficaz e eficiente um procedimento que lhe é desfavorável se o Estado, maior interessado em sua punição, fosse negligente nesta tarefa.

Ada Pellegrini Grinover aponta o garantismo e a efetividade como os valores fundamentais do moderno processo penal:

Garantismo, visto tanto no prisma subjetivo dos direitos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Efetividade, na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição. (GRINOVER, 1998, p. 241).

De acordo com Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2004, p. 3), efetividade é o resultado útil desta atuação, no sentido de prevenir a ocorrência de crimes, aplicar aos seus autores e partícipes as sanções previstas em lei e contribuir para firmar no corpo social o conceito de que as condutas conforme o direito é que devem reger a sociedade (prevenção geral positiva).

Mas o sentido dos princípios da efetividade e eficiência não são apenas meios de proteção social cujos interesses são contrários aos dos acusados e investigados.

Para Trois Neto (2007), o princípio da efetividade é a justificação da utilização do aparato estatal para consecução dos fins do direito penal, por meio de instrumentos como a prisão preventiva ou temporária. A efetividade inclui não só os meios para a realização dos fins últimos do direito penal, mas também a necessidade de um provimento célere (inclui, portanto, o princípio da eficiência, conforme o conceito acima exposto):

Pelo princípio da efetividade, a persecução deve utilizar todo o aparato disponível para, em tempo hábil, atingir seu fim. As hipóteses legais de prisão preventiva ou temporária têm ancoragem na efetividade da justiça penal. Tal princípio também inspira a previsão do dever judicial de indeferir diligências inúteis (CPP, art. 184) e de velar pelo regular desenvolvimento do processo (CPP, art. 251).

A necessidade de se estabelecer uma duração razoável ao processo não se confunde com a simples celeridade, tão propalada pela doutrina. Essa exigência tem estreita relação com o princípio da efetividade, pois exige que o processo se desenvolva em tempo suficiente e adequado para o atingimento de seu escopo. Sob o aspecto da efetividade, ela quer dizer que a ação penal não pode se alongar demais, a ponto de a reação estatal perder sentido, nem se desenvolver de forma muito rápida, a ponto de impossibilitar a busca eficiente da verdade. Conforme metáfora de Roxin, “um procedimento penal não é uma flecha em condições de atingir diretamente o seu alvo; (...) está estruturado de maneira dialética, necessitando de tempo para avaliar as diversas possibilidades e pontos de vista”.

À luz da indisponibilidade da relação jurídica de direito penal, o princípio da efetividade também se conecta ao da instrumentalidade. Pela instrumentalidade, as formas processuais são um meio para a consecução dos fins do processo, e não um fim em si mesmas. Certas opções legislativas, como a permissão da fungibilidade recursal, a não-decretação de nulidade sem prejuízo e a não-vinculação do juiz à capitulação jurídica da denúncia (CPP, art. 383), têm fundamento no aspecto

instrumental do processo para a determinação da relação jurídica que é o seu objeto. (TROIS NETO, 2007).

O conceito de eficiência, para Antonio Scarance Fernandes (2009, p. 3) se aproxima do conceito de efetividade, pois não significa que o sistema persecutório deva encarcerar muitos criminosos, mas que o processo deva, em tempo razoável, atingir um resultado justo, seja ele quando assegura garantias ao acusado, seja quando impõe uma pena ao condenado.

A efetividade no processo penal, segundo Sheila Jorge Selim de Sales, dá legitimidade ao sistema penal na medida em que cumpre sua real eficácia operativa: servir de prevenção geral e especial. A efetividade, nesse sentido, é a realização das finalidades do sistema penal não apenas atendendo diretamente o clamor social pela repressão aos crimes violentos, mas realizando a tutela dos bens jurídicos em sua função político-criminais (SALES, 2006, p. 2-3). Argumenta que os fins do direito penal os quais o sistema criminal deve efetivar podem ser extraídos da Constituição, e eles não podem apenas dar os limites da ação repressiva estatal, mas, sobretudo, servir como seu fundamento, tanto na execução das políticas, quanto como limitador da atuação do legislador na criação de regras. Em formulação mais elaborada, disserta:

Em sucinta definição, o critério (em via de elaboração como princípio político-criminal) da efetividade pode ser compreendido como “idoneidade, cientificamente prognosticada *ex ante*, empiricamente verificada *ex post*, do meio-pena para inibir comportamentos socialmente disfuncionais realizando um útil social muito superior ao dano social que produz (marginalização, *diseconomie* produtivas, custos econômicos *stricto sensu*). Tal critério, para encontrar legitimação como ‘princípio’, deve entrar em interação com outros fundamentais (e mais consolidados) princípios da moderna política criminal: em particular com os princípios da laicidade, de subsidiariedade, de legalidade”. (SALES, 2006, p. 05).

Em suas palavras,

“Modernamente, a efetividade, num sistema penal orientado por princípios constitucionais, tem sido compreendida não somente como o critério hábil a construir um sistema que assegure a real persecução de fins preventivos, mas também que apresente a máxima adequação a outros princípios constitucionais em matéria criminal.” (SALES, 2006, p. 05).

Ela rejeita um sistema de direito penal fundado sobre a tutela de funções (efetividade do direito processual penal significaria justifica-lo em face de funções inerentes desta disciplina, tais como o combate à criminalidade na perspectiva da neutralização do inimigo, a utilização das penas desproporcionais com a finalidade de *dar exemplo*, ou o que a autora chamou de *uso simbólico* do direito penal), e defende uma tutela dos bens jurídicos nas balizas oferecidas pelo próprio sistema de direito penal. O bem jurídico seria “uma situação valorada pelo legislador

como condição imprescindível ao normal desenvolvimento da vida entre os cidadãos” (SALES, 2006, p. 06).

Na interpretação da mesma autora, é relevante a formulação dada por *Von Liszt*, de bem jurídico não como de ordem jurídica, mas de ordem da vida humana que é juridicamente protegida, ou seja, o bem jurídico é pré-jurídico. Nesse sentido, embora não sejam de origem propriamente jurídica, foram protegidos pelo legislador com um escudo jurídico. Para além de uma concepção de bem jurídico naturalístico, a teoria metodológica o colocou como o escopo da norma e decorrente dela, redundando, segundo Sales, num positivismo jurídico inapropriado (2006, p. 07). Para a *Escola de Kiel* e o *direito penal marxista*, a proteção do bem jurídico é, em suma, o fundamento de legitimidade das finalidades do Estado, ora personalizado no *Führer*, ora no partido socialista que conduz o processo revolucionário. De todo modo, conclui que em todos os Estados, sejam eles democráticos ou não, a ideia de bem jurídico esteve presente, servindo para proteger todo tipo de interesse dominante. Menciona, porém, que a partir da década de 70, vem sendo relido na ótica iluminista que o originou, retomando o caráter garantista, e transformando-se numa *teoria da danosidade social* segundo a qual o direito penal deve voltar-se para as necessidades e interesses da realidade social: “a reação penal somente deve intervir quando a lesão a interesse humano tratar-se de fato socialmente danoso” (SALES, 2006, p. 09). Consequentemente, a reação penal deve ser proporcional, para ser efetiva e justificável, a ofensa ao bem jurídico tutelado.

Autores como Thiago Colnago Cabral (2015, p. 02) defendem a proteção constitucional dos bens jurídicos penais da efetividade e eficiência, em especial após a Emenda Constitucional 45/2004, ao acrescentar como direito fundamental a duração razoável do processo, da funcionalidade da justiça penal, em face do dever estatal de dar proteção eficaz da comunidade; mas também garante proteção aos direitos processuais da pessoa, em face do dever estatal de velar pela dignidade humana. Os meios e os limites para a realização da justiça penal de algum modo se reconduzem à Constituição e a uma hermenêutica jurídica adequada há de equilibrar dinamicamente a relação abstrata entre os deveres estatais de proteção da sociedade e da pessoa.

Para Dias Neto (1997, p. 182), esse contínuo esforço de compatibilização dos fins do direito processual penal “poderia ser simbolizado como um pêndulo que se move entre duas posições fundamentais: o interesse de investigação (eficientismo) e o de proteção da personalidade do acusado (garantismo)”.

Antonio Scarance Fernandes (2009, p. 3) também sente a necessidade de se temperar a concretização da eficiência com o garantismo. Se a Constituição não prevê explicitamente a

efetividade, ou a eficiência no processo penal, ou mesmo o princípio da obrigatoriedade da ação penal, fato é que previu a garantia da liberdade, bem como a da segurança dos indivíduos.

Destaca-se daqui, porém, a discussão sobre se da Constituição seria possível extrair os bens jurídicos cuja finalidade o sistema penal teria por objetivo preservar, bem como, se a resposta fosse afirmativa, quais seriam eles. Para extrair tais bens jurídicos, Sales (2006, p. 10) identifica três necessidades:

(a) elabora(r) um conceito de bem jurídico que antecede à valoração do legislador penal; (b) ao mesmo tempo, aponta(r) um critério para a individuação de bens jurídicos que o vincula, enquanto sustenta(r) que a Constituição assurge a fonte desses bens; (c) favorece(r) à concretização de Direito Penal mínimo, uma vez que somente sobre os bens de explícita relevância constitucional poderia recair a tutela penal impedindo, ao mesmo tempo, a excessiva proliferação de leis penais especiais.

A autora reconhece inúmeros problemas sobre a interpretação da necessidade de bens jurídicos figurarem no diploma constitucional, tendo em vista inexistência de qualquer definição jurídica explícita<sup>32</sup>, mas reconhece a possibilidade de extração de algumas balizas dela a partir dos pressupostos do Estado Social e Democrático de direito (SALES, 2006, p. 11). Ademais, seria difícil extrair uma norma da nossa atual Constituição que vincule também o legislador de modo a impedi-lo de trazer ao abrigo da tutela penal bens jurídicos que inflem o sistema persecutório e reduzam a efetividade dele<sup>33</sup>.

De todo modo, a constitucionalização de bens jurídicos poderia trazer alento aos apoiadores do eficientismo, sendo possível, a partir dessa posição, sopesar entre esses bens jurídicos e os demais direitos e garantias fundamentais. Diante da realidade, pode ser difícil extrair que os postulados da efetividade e eficiência do direito penal pudessem suplantar qualquer outro princípio de direito penal e processual penal de status constitucional ou supralegal.

---

<sup>32</sup> Gonçalves (2004, p. 04) refere a previsão constitucional, na forma de normas constitucionais de eficácia contida, na classificação consagrada de José Afonso da Silva, embora não mencione que protejam prioritariamente bens jurídicos: “*Nossa Carta Constitucional foi muito mais longe e trouxe uma quantidade muito maior de cláusulas expressas de criminalização. A lei deverá, nos termos da Constituição, prever a punição de discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5.º, XLI, da CF/1988 (LGL\1988\3)), da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo, dos crimes hediondos (art. 5.º, XLIII, da CF/1988 (LGL\1988\3)), da retenção dolosa de salários (art. 7.º, X, da CF/1988 (LGL\1988\3)), da usura (art. 192, § 3.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)), de condutas contra o meio ambiente (225, § 3.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)) e de abusos, violência e exploração contra a criança e o adolescente (art. 227 § 4.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Outras vezes, ainda como mandados de criminalização, mas oferecendo quase que um início de descrição típica, nossa Carta Maior fala nos crimes de racismo e na ação de grupos armados, civis ou militares, contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático (art. 5.º, XLII e XLI da CF/1988 (LGL\1988\3)).*”

<sup>33</sup> Sales (2004, p. 13) se posiciona contrária à necessidade de previsão constitucional dos bens jurídicos adotando o mesmo entendimento do doutrinador italiano Fabrizio Ramacci, em sua obra “*Corso di diritto penale*”.



A despeito disso, movimentos em direção a inclusão explícita dos princípios da eficiência e da efetividade no processo penal podem ser sentidos na prática e nos discursos dos operadores do direito criminal. O próprio Ministério Público Federal elaborou um documento em que propõe algumas medidas legislativas, em seu entender, necessárias à modernização da legislação penal e processual penal. Nele, expõe a necessidade de elencar prioridades na sua atuação, destacando-se a inclusão do princípio da eficiência da administração pública (entendendo-se nele incluído o princípio da efetividade):

Assim, empregando critérios de racionalidade, a solução possível é a definição de prioridades de atuação.

Admitindo-se como verdadeira tal premissa, imediatamente decorrerão duas questões principais: 1) a quem competirá a atribuição de definir prioridades de atuação; e 2) quais seriam os critérios dessa definição.

A primeira questão deverá ser respondida tomando-se em consideração as atribuições constitucionais das instituições envolvidas – Polícia, Ministério Público e Judiciário. É elementar o raciocínio de que, se a Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público, privativamente, o exercício da ação penal pública (art. 129, inciso I), a ele incumbiu a função de fazê-lo racionalmente, voltado à obtenção de resultados. O mesmo princípio da eficiência previsto no art. 37, I, da Constituição Federal, que rege a atuação de todo agente público, também rege a atuação do Ministério Público, na persecução penal. E resultados, em termos de persecução penal, consistem em investigações e ações penais eficientes.

Não é razoável atribuir ao Ministério Público, via de regra, poderes de ingerência na atividade do Poder Executivo, mas isso será inevitável no que toca à obtenção de resultados em seu mister constitucional de exercício da ação penal pública.

Assim, se a política de segurança pública deve ser conduzida com a observância da política determinada, em última instância, pelo chefe do Poder Executivo, a política de atuação investigativa criminal deve ser conduzida pelo Ministério Público, pois o procedimento investigativo não encontra um fim em si mesmo, mas, sim, na realização da ação penal, mediante a qual é possível realizar o direito.

Tal condução dos interesses investigativos, pelo Ministério Público, não importa subordinação administrativa da autoridade policial, mas, sim, funcional, em que o investigador, como agente colaborativo, deve participar, ativamente, em um processo de comunicação e integração mútua com o seu destinatário. (BRASIL, 2016, p. 9).

Por outro lado, na tentativa de definição dos conceitos e tratamento doutrinário da questão, Vasconcellos faz um rápido apanhado das críticas ao modelo de justiça criminal calcada no imperativo da eficiência (2015, p. 154-159). Nele, aponta que o princípio distorce a função primordial e inafastável do processo penal como limite do poder punitivo. Sob o pretexto de reduzir a morosidade processual, promove-se a mercantilização dos direitos fundamentais, com o objetivo último de ampliar o controle social por meio do poder punitivo. A verdade a respeito do sistema de direito penal negocial repousaria na diminuição da carga de trabalho dos juízes e promotores e no aumento de condenações (p. 159-162).

No mesmo sentido, Caeiro (2002, p. 57) indica que houve uma introdução da ideia empresarial de eficiência para o sistema de persecução penal a partir da crise do Estado-providência e da globalização da economia. Não haveria só uma mera exigência de eficácia

como a adequação das ações de persecução às finalidades exigidas do Estado de proteção social, mas “assegurar o máximo de vantagens sociais com o mínimo de custos” (CAEIRO, 2002, p. 57). A chamada *nova penologia* teria surgido na década de 1980 nos Estados Unidos com ideia de que

[...] o objetivo da decisão das instâncias formais de controlo (*sic*) é a redução dos danos sociais globais inerentes ao crime através de uma adequada distribuição dos riscos, tanto no plano da prevenção como no plano da repressão” (CAEIRO, 2002, p. 58).

Com isso, conferir-se-ia uma ampla margem para formulação de um juízo de oportunidade na medida em que o cálculo das vantagens e os custos da decisão de investigar fatos e de submeter um acusado a julgamento recairia sobre este órgão. O autor, porém, critica a introdução da eficiência porque o conceito não teria legitimidade autônoma do sistema jurídico penal, uma vez que deixaria sua justificação como proteção preventiva de bens jurídicos para a adoção de uma gestão eficiente de pessoas perigosas (CAEIRO, 2002, p. 58). Em outras palavras, o argumento de Caeiro se centra no completo alheamento dos postulados do processo penal:

[...] a consagração de um paradigma geral de oportunidade na atuação do MP exigiria uma reordenação dos poderes dos órgãos do Estado, sob pena de, à vontade do povo expressa em lei, se sobrepor aquilo a que Costa Andrade chamou “um programa político-criminal apócrifo”, que decidiria efetivamente sobre as fronteiras da punibilidade criminal – desiderato que não me parece nem possível, nem desejável. (CAEIRO, 2002, p. 58-59).

Mas a definição de eficiência não necessariamente pode significar o afastamento da proteção de direitos e garantias fundamentais. Wedy (2013, p. 69-93) rechaça a concepção de eficiência penal do tipo utilitarista e funcional, na qual se substitui o conceito de justiça por uma racionalidade de meios e fins, e defende uma ideia de eficiência em que a paz e a justiça sem a finalidade no próprio sistema, calcado primeiramente sobre a definição prévia de bens jurídicos tutelados e com a punição protegidos. Para isso retoma o conceito de *cuidado-de-perigo* de Faria Costa (de inspiração, em última instância, na filosofia de Heidegger) que, em outras palavras, traduz a preocupação com o bem jurídico em detrimento de uma visão positivista de eficiência das regras penais (COSTA, 2007, p. 19). Os bens jurídicos, segundo esta visão, seriam o fim último da proteção penal, seja ela de direito substantivo ou adjetivo<sup>34</sup>, da qual a eficiência seria o meio mais adequado para a proteção.

---

<sup>34</sup> O direito penal é substantivo e o direito processual é adjetivo: por definição o processo penal é instrumento na consecução de fins estipulados pelo direito penal. Mas há valores processuais autônomos que justificam a separação em dois ramos do conhecimento. Na reflexão sobre a colaboração premiada, é impossível dissociá-los.

Caeiro vê a justiça absoluta (a pena como fim em si mesma) como superada:

Parece claro que o princípio da legalidade<sup>35</sup> colhe sua justificação inicial em representações jurídico-culturais – aquilo a que chamei, de forma algo grosseira, a “justiça absoluta” – que se encontram superadas: o direito das penas como um fim em si mesmo, que visa a perseguição de todos os crimes e a punição de todos os criminosos. [...]. Assim, o paradigma é hoje muito diverso: o direito penal resigna-se a desempenhar o papel de tutela subsidiária de bens jurídicos, guiada por fins eminentemente preventivos de forma a manter a criminalidade em quotas socialmente suportáveis. (CAEIRO, 2002, p. 47).

A prevenção também é considerada como a finalidade a qual o direito penal busca efetivar, segundo Claus Roxin (2010, p. 10). Para ele, o controle social é o único objetivo legítimo pelo qual se pode punir na perspectiva de um Estado democrático de direito. Porém, tal objetivo não deve se desviar do respeito ao princípio da culpabilidade, nem do mandamento fundamental da proibição de intervenção excessiva do Estado por meio do direito penal máximo.

Como se percebe, as críticas à aplicação dos princípios da efetividade e eficiência no processo penal, e conseqüentemente ao instituto da colaboração premiada, são poderosas. No entanto, ainda podemos vislumbrar alguma utilidade destes conceitos no contexto da expansão da criminalidade organizada, desde que algumas condições sejam satisfeitas.

(a) A eficiência da colaboração deve ser medida de acordo com a operatividade da medida para a colheita de provas que visem fundamentar condenações de integrantes de organizações criminosas complexas. Como consectário disso, o benefício acordado não pode ser concedido quando o acusado não fornece elementos de prova suficientes, ou que de outros modos poderiam ser alcançados pelos órgãos persecutórios. (b) Além disso, merece ressalva a possibilidade exorbitância das prerrogativas do Estado na utilização de meios persecutórios apoiados nas informações fornecidas por colaboradores: a eficiência e a efetividade não podem servir de justificação de qualquer ação lesiva aos direitos e garantias fundamentais dos delatados, dos colaboradores e de terceiros afetados, nem pode exceder os meios legais possíveis de atuação. A justificação de um acordo de colaboração por meio dos princípios da efetividade e eficiência pode se restringir à fundamentação genérica do instituto, mas não pode

---

O instrumento premial pressupõe um benefício no apenamento, invariavelmente, interferindo nos valores próprios do direito penal, dentre os quais a função da pena. Tal discussão é relevante no nosso estudo porque investigamos também se os fins a que a colaboração diz realizar pressupõe uma supressão de outros fins já realizados pelas normas prévias à sua criação.

<sup>35</sup> Caeiro toma o princípio da legalidade em sua significação, para nós, de princípio da obrigatoriedade da ação penal, em oposição à viabilidade da negociação no processo penal.

se tornar excessiva diante da ponderação de casos concretos nos quais valores fundantes da principiologia penal e processual estão apoiados.

A efetividade persecutória, igualmente, pode colaborar na justificação última do instituto da colaboração premiada na medida em que põe bens jurídicos caros à sociedade como objeto de ponderação. Mas o limite da punição pelo princípio da culpabilidade e a efetiva contribuição para a condenação ou absolvição do acusado deve ser a lesão ou a ameaça à convivência pacífica dos cidadãos, sua liberdade e segurança. Saliente-se que a proteção de bens jurídicos coletivos é a raiz e razão de ser do direito penal, do qual o direito processual é acessório, podendo, por isso, afastar a proteção de direitos fundamentais individuais de igual preciosidade, como é o caso do que ocorre com o modelo negocial em debate.

### 3. INTERVENÇÃO JUDICIAL E LIBERDADE NEGOCIAL

Após as considerações de base anteriormente feitas sobre a colaboração premiada e sua articulação com a principiologia, cabe então tecer considerações sobre a natureza, normas aplicáveis, a história normativa e a forma como é interpretada a colaboração premiada, chamando a atenção especialmente para a tensão entre a necessidade de controle judicial e a liberdade negocial.

Para uma sistemática mais apropriada à abordagem, dividimos este capítulo em três partes, a saber, *Marco legal e seus problemas*, *Dinâmica entre a liberdade negocial e o controle judicial*, e *A caminho de uma mudança jurisprudencial?*.

#### 3.1 Marco legal e seus problemas

A colaboração premiada é um meio de obtenção de prova<sup>36</sup> possível de ser utilizada para investigação de organizações criminosas (envolvendo, conforme o artigo 1º, §1º da Lei 12.850/13<sup>37</sup>, a associação de quatro ou mais pessoas, caracterizadas pela divisão de tarefa com a finalidade de obter vantagens de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas ultrapassem quatro anos, ou sejam de caráter transnacional) introduzida pela Lei nº 12.850/2013. Ela inovou no ordenamento jurídico processual penal, entre outros aspectos, no que diz respeito à introdução possibilidade de negociação entre órgãos de investigação (agente do Ministério Público ou delegado de polícia) e defesa.

Antes dela, havia inúmeros benefícios de direito material a delatores e àqueles que reconhecessem sua culpabilidade (BOTTINO, 2016), tais como o instituto da confissão, introduzida como a atenuante do artigo 65, inciso II, alínea “d”, do CP<sup>38</sup>; a cooperação penal

---

<sup>36</sup> O conceito de *meio de obtenção de prova* está previsto no artigo 3º da Lei nº 12.850/13 e foi moldado pela doutrina e utilizado em diversos julgados do STF. A respeito de sua relação com a colaboração premiada, diversas decisões do Plenário da Corte Suprema o menciona e delimita, dentre os quais se enumera os seguintes: Pet. 1.074 QO, HC 127.483, Inq. 4.130 QO, Inq. 4.483 QO, ADI 5.508 e AS 89 AgR.

<sup>37</sup> § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

<sup>38</sup> Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

do artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990<sup>39</sup> – Lei dos Crimes Hediondos –, prevendo a redução de um terço a dois terços para o colaborador que levasse ao esclarecimento de infrações penais ou sua autoria sobre os delitos de bando ou quadrilhada; a redução de um a dois terços para a colaboração espontânea de agente que levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria nos crimes praticados em organização criminosa (artigo 6º da Lei 9.034/1995<sup>40</sup>); o perdão judicial previsto no artigo 13<sup>41</sup>, podendo ser concedido até de ofício pelo juízo, e a causa de diminuição de um a dois terços do artigo 14<sup>42</sup>, ambos da Lei 9.807/1999 – Lei de Proteção às Testemunhas –; e, por fim, a redução de pena de um terço a dois terços da pena no artigo 41 da Lei nº 11.343/2006<sup>43</sup> – a Lei de Drogas. É de se destacar o papel inovador do artigo 32, §§ 2º e 3º da Lei 10.409/2002<sup>44</sup>, da antiga e retalhada lei de drogas, já inteiramente revogada, no qual continha o primeiro instrumento de colaboração processual no âmbito da investigação criminal de organização voltada à prática de tráfico de drogas de nosso ordenamento jurídico, permanecendo em vigência por poucos anos.

No âmbito dos crimes econômicos, podemos mencionar as Leis nº 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o sistema financeiro nacional) e 8.137/1990 (Lei que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), as quais trouxeram benefícios

---

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

<sup>41</sup> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> § 2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça. § 3º Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão.

semelhantes nos seus artigos 25, §2º<sup>45</sup>, e parágrafo único do artigo 16<sup>46</sup>. A lei de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1998) permitiu, para além das anteriores (redução da pena de um a dois terços e regime de cumprimento aberto ou semiaberto), a substituição da pena corporal por restritiva de direitos (ambos os benefícios previstos no artigo 1º, §5º, da Lei nº 9.613/1998<sup>47</sup>), o perdão judicial, ou mesmo, na seara da execução da pena, o regime de cumprimento diverso do estabelecido na sentença (no caso de colaboração espontânea para imputação dos demais corréus ou localização de bens ou valores objeto do crime).

Todavia, antes da Lei nº 12.850/13, não havia propriamente um instituto de direito processual negocial com procedimento detalhado pela lei (como se referiu, a Lei 10.409/2002 já previra o instituto da colaboração processual, mas sem qualquer detalhamento procedimental), em que as partes envolvidas, a saber, acusação e defesa, poderiam dispor de benefícios em prol da investigação, sendo às vezes faculdade do próprio juízo concedê-los, ou no máximo, caso houvesse pedido do Ministério Público; porém, todos são/eram (pois alguns continuam vigendo) benefícios decorrentes do direito subjetivo do réu à sua concessão mediante o preenchimento de requisitos legais, sem a possibilidade da avaliação de sua conveniência ou oportunidade, e estritamente vinculados à apreciação judicial.

Vasconcellos aponta a controvérsia doutrinária na definição do conceito de “delação premiada” (instituto tratado aqui como um gênero da qual a colaboração premiada é espécie), podendo significar um testemunho impróprio, ou mesmo, haver uma natureza dúplice de confissão do autor e prova testemunhal contra delatados (VASCONCELLOS, 2015, p. 113-114). Tais benefícios poderiam ser chamados de delação porque independiam de um acordo anterior (no sentido lógico e não temporal) ao processo: reconhecida a existência da delação/confissão, e o juiz ficaria obrigado a conceder o benefício na sentença,

---

<sup>45</sup> Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado). § 1º Equiparam-se aos administradores de instituição financeira (Vetado) o interventor, o liquidante ou o síndico. § 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.

<sup>46</sup> Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. 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.

<sup>47</sup> § 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.

independentemente da manifestação favorável do *Parquet*. Constituía verdadeiro direito subjetivo do réu a acessar os benefícios.

A jurisprudência se encarregou de firmar critérios para a concessão desses benefícios, estipulando a eficiência como meio de investigação, para delatores dos demais corréus, como baliza mais exigente do que a simples confissão, mesmo antes da edição da Lei 12.850/13, como se extrai também do famoso aresto da Terceira QO nos autos da AP 470, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa:

[...] 8. Respeito ao princípio do contraditório e necessidade de viabilizar o cumprimento, pelos acusados, dos termos do acordo de colaboração, para o qual se exige a efetividade da colaboração, como preveem os artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99. 9. [...]” (AP-QO3 470, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 23/10/2008, publicado em 30/04/2009, Tribunal Pleno).

Nesse sentido, o espectro negocial introduzido pela colaboração premiada na Lei 12.850/13 não inovou no âmbito da redução das penas ou na concessão de benefícios despenalizadores, ou mesmo, na possibilidade de concessão de perdão judicial, mas precisamente em permitir ao Ministério Público a iniciativa de, por direito próprio, estabelecer critérios de determinação do alcance das obrigações do colaborador e dos benefícios a serem concedidos.

De fato, os benefícios previstos pela Lei nº 12.850/13 podem ser extremamente favoráveis ao investigado, como é o caso da possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia, se ela ainda não tenha sido oferecida (se o *Parquet* não tiver conhecimento da infração – caracterizado pela instauração de inquérito ou procedimento investigatório para investigação dos fatos apresentados pelo colaborador, nos termos do artigo 4º, §4º-A, da Lei nº 12.850/13<sup>48</sup> -, e o colaborador não for líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar a efetiva colaboração – artigo 4º, §4º, da Lei nº 12.850/13<sup>49</sup>). Antes da prolação da sentença, há a possibilidade de redução da pena em até dois terços ou sua substituição por pena restritiva de direitos (artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12,850/13<sup>50</sup>). O benefício mais abrangente (o mais vantajoso

<sup>48</sup> § 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.

<sup>49</sup> § 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.

<sup>50</sup> 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



parece ser o não oferecimento da denúncia, mas é limitado temporalmente ao ato do oferecimento da denúncia), ficou consignado no §2º do artigo 4º, da Lei nº 12.850/13<sup>51</sup>. Ele prevê a concessão do perdão judicial a qualquer tempo (mediante requerimento do Ministério Público, ou da autoridade policial, nos autos do inquérito - resguardado o procedimento do artigo 28, do CPP<sup>52</sup> - no caso de o juiz não considerar proporcional a concessão do benefício, mesmo que não tenha sido previsto na proposta original, considerando a relevância da colaboração). Se posterior à sentença, ao lado do perdão judicial, há a possibilidade de as partes convencionarem a redução da pena até a metade e a progressão de regime, mesmo que ausentes os requisitos objetivos para sua concessão (artigo 4º, §5º, da Lei nº 12.850/13<sup>53</sup>).

De fato, como se vê, não houve inovação quanto à previsão de novos benefícios no âmbito do direito material, conforme exposto acima. Porém, ao contrário dos diplomas legais anteriores, a Lei 12.850/13 inovou ao prever um procedimento negocial entre as partes envolvidas no procedimento criminal, na qual se poderia estipular a pena *ex ante* o processamento, ainda na fase de investigação, não se limitando a esta, por meio de instrumento de natureza assemelhada à contratual. O novo diploma permitiu maior segurança jurídica ao colaborador, não sendo possível utilizar as provas decorrentes dela pela acusação, caso não se consumasse, apenas em prejuízo do colaborador rescindido. Além disso, a lei ensaiava uma vinculação do juízo aos termos firmados e devidamente homologados do acordo.

Como se pode observar, há quase que uma natureza mista de direito material e direito processual na colaboração premiada. Por um lado, compreende os benefícios materiais de redução de pena e até despenalizadores. Por outro lado, é um instrumento da investigação

---

voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

<sup>51</sup> § 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 nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

<sup>52</sup> A redação do artigo 4º, §2º, da Lei nº 12.850/13 prevê que a concessão do perdão depende de requerimento do Ministério Público ou do delegado de polícia, nos autos do inquérito, podendo-se aplicar o artigo 28 do CPP no que couber. Conjugando a redação do artigo 28 do CPP, anterior à Lei nº 13.964/19 e o artigo 4º, §2º da Lei 12.850/13, se depreende a possibilidade de, não havendo requerimento do Ministério Público pelo perdão judicial, se remeter os autos ao chefe do Ministério Público para que a necessidade de requerimento possa ser suprida. No entanto, a nova redação do artigo 28 do CPP foi modificada para remeter os inquéritos, no caso de o órgão entender pelo arquivamento, a instância de revisão do próprio *Parquet*, de modo que fica duvidoso afirmar a eficácia desse dispositivo, já que não mais cabe ao juízo, caso entender de modo diverso, remeter ao chefe do ministério público.

<sup>53</sup> § 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.

criminal, capitulado na sua lei de regência entre os “meios de obtenção de prova”, por isso, tem natureza propriamente de direito processual penal. Há uma discussão interessante sobre qual seria a natureza da colaboração premiada.

De-Lorenzi (2019, p. 03) identifica o instituto da Colaboração Premiada na Lei 12.850/13 como uma mudança apenas de ramo do direito:

Uma breve análise histórica da legislação possibilita visualizar claramente duas perspectivas da Colaboração Premiada em seu desenvolvimento no Brasil: (i) como causa material de diminuição ou extinção da punibilidade a ser aplicada pelo juiz na sentença e (ii) como um acordo processual entre as partes em que são negociadas a colaboração do acusado na persecução penal e a outorga de um benefício relacionado à sanção. A primeira privilegia o direito material; a segunda, o direito processual.

Em posição levemente divergente, Wedy e Klein assumem o instituto da Colaboração Premiada como instituto de natureza complexa:

É relevante destacar que o Supremo Tribunal Federal, além de ter considerado a colaboração premiada um meio de obtenção de prova, a considerou um negócio jurídico de natureza personalíssima, pois além de natureza processual, por ter grande influência da justiça negocial, o instituto também tem aplicabilidade no direito material. Assim, o instituto da colaboração premiada é mecanismo complexo e poliforme, de natureza tanto penal quanto processual, ou seja, enquanto o instituto é meio de obtenção de provas no processo penal, o acordo realizado entre as partes se constitui em negócio jurídico processual. (2019, p. 6).

A despeito da discussão doutrinária, o STF firmou entendimento que “A colaboração premiada é negócio jurídico processual” (HC 127.483/PR) porque se destina a incentivar o colaborador a cooperar com a produção de provas para o inquérito ou processo penal, embora tenha repercussão no direito penal material, já que seus benefícios têm efeitos na sanção premial. Porque se destina mormente a produção de provas, possui natureza processual. Isso significa que, embora se possa dispor de benefícios de direito material, o escopo do instituto, isto é, a busca de provas para municiar a persecução criminal, define a sua natureza.

Mesmo diante de todas estas mudanças processuais, Bottino (2016, p. 07-08) entende que não houve inovação na natureza utilitária da colaboração premiada com a Lei nº 12.850/13, mantendo este caráter desde as primeiras leis em que se previu a concessão de benefícios de redução de pena a delatores ou confessos. Indiscutivelmente, porém, a colaboração premiada introduzida pela Lei nº 12.850/13 trouxe o instrumento mais eficaz na investigação de crimes envolvendo organizações criminosas do nosso ordenamento. Isso porque o Estado pode conceder ao colaborador uma série de benefícios (abatimento da pena devida em uma fração arbitrada nos limites da lei ou substituí-la por restritiva de direitos, benefícios de progressão de regime, perdão judicial, ou mesmo, o não oferecimento da denúncia) em nome da imputação de outros agentes e consequente desmantelamento da firma criminosa, com estruturas

empresariais ou corporativas. Ademais, o instituto permite o maior espectro negocial da esfera processual penal, já que prevê um procedimento específico para a tratativa e estipulação das cláusulas do acordo, com uma estrutura contratual, de modo que o juiz não possa fazer uma avaliação da conveniência ou oportunidade, cabendo esta avaliação apenas ao órgão investigador, como veremos a seguir, há jurisprudência pacífica assim entendendo no STF.

Merece destaque os procedimentos incluídos pela Lei nº 13.964/2019, o apelidado de *Pacote Anticrime*, na qual se detalhou os elementos a partir dos quais serão analisados pelo magistrado quando da decisão de homologação do acordo, impondo limites à estipulação possível entre o Estado e a defesa.

O Artigo 3º-A<sup>54</sup> introduziu dois requisitos genéricos à delação, a saber, a utilidade e o interesse público. Na análise de eventual acordo, tanto o delegado de polícia, quanto o *Parquet* devem avaliar se a colaboração do acusado pode ser útil, bem como se é do interesse público. A Lei nº 13.964/19 claramente se baseou na *Orientação Conjunta nº 1/2018 das 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal*<sup>55</sup>, na qual se fixou regras para o processamento administrativo interno ao órgão dos acordos de colaboração premiada. No entanto, a lei não detalhou especificamente em que consistiriam tais conceitos, de modo que ao órgão investigador caberá justificar em que medida, no caso concreto, tais requisitos estariam ou não presentes. Por isso, a fundamentação das decisões do órgão investigativo é importante, na medida em que, a um só tempo, deve pressupor isenção e imparcialidade para avaliar os requisitos, mas mostra-se interessada no seu deslinde (uma vez que é parte). De todo modo, vincula o Estado aos motivos expostos na peça. Essa contradição não é facilmente sanável, uma vez que, como se verá, a possibilidade de controle jurisdicional a respeito destes requisitos é limitada (nossa Corte Constitucional ainda não chegou a analisar completamente a possibilidade de controle judicial e suas consequências sobre tais requisitos<sup>56</sup>), e ela pode, ainda,

---

<sup>54</sup> Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

<sup>55</sup> TÍTULO I - DAS ORIENTAÇÕES PROCEDIMENTAIS - Capítulo I - DA DEFINIÇÃO E FINALIDADE - 1. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual, meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, os quais são atendidos desde que advenha um ou mais dos resultados previstos no art. 4º da Lei 12.850/2013 e pode ser celebrado em relação aos crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante.

<sup>56</sup> O STF decidiu que o juiz não pode obrigar o Ministério Público a firmar acordos de colaboração premiada. Ainda antes da introdução do artigo 3º-A da Lei nº 12.850/13, firmou-se o entendimento de que eles são negócios jurídicos processuais personalíssimos. Mas fica duvidoso, após refletir sobre o instituto, se as partes poderiam mesmo transigir tanto assim: o *Parquet* poderia negar uma colaboração sem fundamentar? Para que o *Parquet* possa rejeitar proposta de acordo, deve motivar, segundo a dicção do §1º do artigo 3º-B da Lei nº 12.850/13, mas não está claro em que consiste esta motivação e sobre quais critérios deve fazê-lo. A decisão do STF que esclarece

ser impossibilitada em face dos limites do juízo homologatório de um acordo que preveja o não oferecimento de denúncia.

Já o §4º do artigo 3º-B<sup>57</sup> prevê a possibilidade de prévia instrução para aferição, dentre outros, da relevância, utilidade e interesse público. O item 24.3 da *Orientação Conjunta nº 1/2018* do Ministério Público Federal traz algumas pistas a respeito do que vem a ser o conceito de utilidade e interesse público presentes no *caput* no artigo 3º-A da Lei nº 12.850/13:

24. O acordo de colaboração deve conter cláusulas que tratem, pelo menos, dos seguintes pontos: [...] 24.3. DEMONSTRAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO: a) oportunidade do acordo; b) efetividade e utilidade do acordo: relativa à capacidade real de contribuição do colaborador para a investigação, por meio do fornecimento de elementos concretos que possam servir de prova; c) explicitação sobre quantos e quais são os fatos ilícitos e pessoas envolvidas que ainda não sejam de conhecimento do Ministério Público Federal; d) indicação dos meios pelos quais se fará a respectiva prova.

Como se extrai, a utilidade é a “capacidade real de contribuição do colaborador para a investigação, por meio de fornecimento de elementos concretos que possam servir de prova”. Já o interesse público se explica em face do juízo de oportunidade do acordo. No entanto, novamente são apresentados conceitos indeterminados para explicar outros mais amplos ainda, sem que se defina critérios claros.

Os artigos 3º-B e 3º-C preveem uma espécie de procedimento administrativo na elaboração do acordo. O juízo de utilidade e interesse público deve ser feito no momento da manifestação a respeito do deferimento ou indeferimento sumário da proposta de acordo, vinculando as partes à consecução da proposta, podendo ser indeferido posteriormente pelo órgão investigador apenas por justa causa (artigo 3º-B, §2º da Lei nº 12.850<sup>58</sup>). Desde o recebimento da proposta, as partes estarão vinculadas aos princípios da proteção à confiança e boa-fé, bem como deverão manter as tratativas sob sigilo. Mais uma vez, aqui percebemos a falha sistêmica da lei ao impossibilitar o controle judicial tanto do juízo de utilidade e interesse público, quanto da justa causa. O interesse público e utilidade poderiam ser auditados pelo magistrado porque estariam compreendidos na definição de *controle da legalidade e*

---

mais profundamente tais limites é o Inq. 7.074 QO, mesmo assim deixa uma série de lacunas a respeito do controle judicial da decisão do Ministério Público que expressa os motivos para a formalização de uma colaboração premiada.

<sup>57</sup> § 4º O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público

<sup>58</sup> § 2º Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa.

*regularidade?* Poderia o juiz entender que há interesse público e utilidade, concedendo a pedido do delator o benefício legal, sob protestos do *Parquet*? Qual o conteúdo do conceito de *justa causa* para o indeferimento posterior da proposta inicialmente deferida? Seria mais um daqueles conceitos totalmente vazios e inoperantes do processo penal, assim como de prazo impróprio, ou nulidade absoluta, dentre os quais não há controles, nem sanções pelo descumprimento?

Ora, se não há a possibilidade de impugnação desses juízos, não há limites para o cometimento de arbitrariedades hermenêuticas. Na hipótese inversa, também vislumbramos prejuízos ao sistema de freios e limites ao sistema de justiça criminal, pois haverá o risco de o magistrado interferir no mérito da questão privativa de órgão de investigação, que comporta, como se viu, alguma discricionariedade. A virtude deve estar em algum ponto médio, possibilitando, ao mesmo tempo, a impugnação do colaborador interessado em firmar uma colaboração se considerar abusivos os juízos explicitados pelo *Parquet*, e também barrar ingerências exorbitantes do magistrado nas atribuições privativas do órgão investigativo.

A lei veda a participação do juiz nas tratativas iniciais do acordo<sup>59</sup>, devendo apenas conhecê-lo por ocasião de sua remessa para medidas legais, como a audiência de verificação da voluntariedade na manifestação da vontade do colaborador. Até aqui, as partes contratantes não podem influenciar, nem ser influenciadas pelo juízo. Tudo muda a partir da remessa do acordo já assinado pelas partes ao juízo. A partir daí, o juiz deverá tomar uma série de medidas visando controlar diversos aspectos do negócio jurídico, tais como, a verificação da legalidade, voluntariedade e regularidade do acordo, devendo mandar glosar, segundo o entendimento majoritário do STF, aquelas cláusulas que se mostrarem ilegais, bem como tomar providências para desfazer negócio que tenha sido obtido por vício de vontade.

Outros limites à estipulação foram incluídos pela reforma legislativa de 2019: O artigo 4º, §7º, inciso II<sup>60</sup>, além da necessidade do respeito a legalidade, regularidade, voluntariedade

---

<sup>59</sup> § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

<sup>60</sup> 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: (...) § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: II - 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

e adequação dos resultados aos benefícios, estabeleceu a impossibilidade de os pactos firmados preverem critérios de regime inicial de cumprimento de pena diversos do previsto no artigo 33 do CP e da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), bem como os critérios de progressão de regime não previstos no §5<sup>o61</sup> do próprio artigo 4º da Lei nº 12.850/13. Além disso, o acordo não pode prever renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória (conforme artigo 4º, §7-B da mesma lei<sup>62</sup>). Isto é, caso o juízo, no momento da formulação do juízo homologatório, se depare com um acordo contendo renúncia ilegal de direitos ou benefícios não previstos por lei, deverá devolver às partes para que retifiquem, conforme o disposto no § 8<sup>o63</sup> do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, sem que isso seja considerado uma violação indevida da autonomia da vontade das partes, nem uma violação ao sistema negocial. Nas decisões do STF, diversas dessas cláusulas ilegais teriam sido glosadas pelo juiz no momento da homologação, inclusive por ministros que possuem um entendimento mais favorável a liberdade negocial entre as partes, como o Ministro Edson Fachin. De fato, a questão sobre o controle judicial sobre a liberdade negocial desafia a inteligência para compatibilizar os nuances da lei e o peso devido de cada um dos bens jurídicos. Por isso, como veremos adiante, parece que os Ministros têm uma dificuldade extrema de chegar a consensos sobre esses dois assuntos: a possibilidade de estipulação de benefícios extraleais, e os limites do juízo de revisão dos acordos na fase da sentença.

Tais divergência acontecem porque há obscuridades e lacunas importantes na Lei nº 12.850/13, introduzindo um instituto completamente diverso do nosso sistema tradicionalmente vinculante do Ministério Público ao oferecimento da denúncia e fundado no controle amplo e irrestrito do juiz sobre os seus atos. Uma mudança de tal envergadura foi feita sem antes de uma discussão doutrinária séria e amplamente difundida, nem de um projeto de lei claro, sistemático e completo.

Sem dúvidas, há verdadeira negociação, mas não sem algum controle judicial. Todavia, a negociação não é totalmente possível, nem há controle absoluto do juiz. A normatividade do sistema está em algum ponto entre esses dois extremos. A lei possui algumas obscuridades que

---

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;

<sup>61</sup> § 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.

<sup>62</sup> § 7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.

<sup>63</sup> § 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.

podem dificultar essa identificação. O primeiro exemplo é o aparente conflito de normas quanto a possibilidade de estipulação de regime inicial prévio e posterior à sentença. Nesse caso, a dificuldade está ligada a outra mais grave, a saber, a possibilidade jurídica da concessão de benefícios extralegais ou então a vigência de uma taxatividade dos benefícios previstos no artigo 4º da Lei das organizações criminosas. Em seguida se pode citar a possibilidade de controle judicial do não oferecimento da denúncia. Por último, não há clareza sobre o conteúdo dos conceitos *termos do acordo homologado e sua eficiência* presente no §11<sup>64</sup> do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, colocando dúvidas sobre os limites do controle judicial do acordo homologado quando da prolação da sentença.

Quanto à limitação da possibilidade de estipulação a respeito dos critérios de progressão de regime, o §5º, do artigo 4º, da Lei 12.850/13 prevê o afrouxamento do regime de cumprimento de pena estabelecido na sentença no caso de colaboração firmada após a prolação de sentença condenatória, em aparente conflito com a nulidade prevista no inciso II do §7º, do mesmo artigo, na qual se impossibilita a estipulação sobre os requisitos de progressão de regime, com exceção do §5º (permitindo, portanto, a estipulação sobre progressão de regime apenas no caso de acordo firmado após a sentença). A *Orientação Conjunta do Ministério Público Federal nº 1/2018*, no seu item 26.1<sup>65</sup>, indica a possibilidade de estipulação a respeito do cumprimento de regime, podendo prever regimes diferenciados. O item 28<sup>66</sup>, ainda, previu a lei como *critério subsidiário* no caso de omissão de previsão de benefícios quanto ao regime de cumprimento de pena.

É bem verdade a lei parece prever um mecanismo para concretizar a proporcionalidade na fixação de regime inicial de pena em acordos firmados antes da prolação da sentença condenatória, com o objetivo de que o *quantum* da pena apenas guarde relação com seu efetivo

---

<sup>64</sup> § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

<sup>65</sup> 26. O benefício penal previsto no acordo de colaboração premiada poderá ser definido de acordo com as seguintes técnicas: 26.1. preferencialmente, pelo estabelecimento de marcos punitivos máximos, a serem concretizados em apreciação judicial com os seguintes elementos sugeridos, segundo os indicativos legais: a) patamar máximo unificado de pena decorrente do somatório das sentenças condenatórias, o qual, ao ser atingido, levará à suspensão das demais ações e investigações em curso e seus respectivos prazos prescricionais; b) pena que será efetivamente cumprida pela parte em regimes a serem definidos no acordo; c) suspensão do cumprimento da diferença entre o máximo unificado da pena e a pena que será efetivamente cumprida, com possibilidade de retomada do cumprimento do máximo unificado da pena em caso de rescisão ou descumprimento do acordo; ou 26.2. alternativamente, estabelecimento de patamares mínimos e máximos, a serem delimitados por ocasião da sentença, para cumprimento da pena.

<sup>66</sup> 28. Em caso de omissão na previsão dos benefícios no termo de acordo de colaboração premiada, serão observadas as disposições do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, quanto ao regime de cumprimento da pena.

regime inicial de cumprimento (não adiantaria condenar o acusado a 30 anos de reclusão se seu regime inicial for aberto). Raciocinando pelo inverso, parece improvável pensar que um réu condenado a penas centenárias, o qual deveria cumprir o tempo máximo permitido para seu cumprimento em regime fechado, não pudesse ver as regras de cumprimento de seu regime modificadas diante da impossibilidade matemática sua pena ser efetivamente diminuída, eis que o benefício da colaboração restaria esvaziado e em nada o beneficiaria. Vislumbra-se nesse aparente conflito de normas, que as finalidades da pena podem não ter sido refletida adequadamente pelo legislador, eis que com o entendimento da simples leitura nos permite inferir um tratamento significativamente desproporcional aos réus condenados por diversos crimes graves, destinados a permanecerem pelo período máximo estipulado na lei, enquanto traz menos benefícios aos investigados ou processados por um único delito de pena branda.

Por fim, a saída para este aparente conflito de normas pode ser o cotejo de normas gerais e específicas. A norma geral (artigo 4º, §7º, inciso II da Lei nº 12.850) proíbe a estipulação de regime inicial, mas outra norma específica (artigo 4º, §5º da Lei nº 12.850) a excepciona (após a prolação da sentença). Contudo, o sistema ainda restará contraditório, uma vez que a regra geral foi introduzida no ordenamento por lei posterior, enquanto a regra excetuante já estava prevista no diploma original. Por isso, a dificuldade hermenêutica poderia ser sanada caso se preferir o critério da especialidade em detrimento do critério temporal, como preconiza o artigo 2º, §2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro).

O não oferecimento da denúncia também gera algumas dificuldades quanto ao controle judicial. Isso porque o juiz não pode compelir o Ministério Público a oferecer a denúncia, e por isso, caso este entenda pela concessão desse benefício, resta dúvidas se, por exemplo, diante da negativa do juízo de homologar esse benefício por violar as condições legais, quais sejam, que o colaborador não for líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar a efetiva colaboração (artigo 4º, §4º, da Lei nº 12.850/13<sup>67</sup>), não há meios para o primeiro compeli-lo, nem controlar o ato de negociação. Nesse caso, pode parecer desnecessário, inclusive, ato homologatório, já que o presentante do *Parquet* pode simplesmente *arquivá-lo numa gaveta*. Há dúvidas, ainda, se ao arquivá-lo sem homologação, haveria alguma responsabilização do membro do *Parquet*, como por exemplo por improbidade administrativa por ato que atenta contra os princípios da administração pública. Mais grave ainda, poderíamos imaginar como

---

<sup>67</sup> § 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.



impugnar uma colaboração engavetada por ato doloso do agente tem preferências políticas ou pessoais para beneficiar um réu, ou seja, quando há o delito de prevaricação. Nesse último caso, há dificuldades quanto à responsabilização do agente estatal por crimes “de hermenêutica”, ou seja, por compreender uma norma nesse ou naquele sentido do mérito das questões judiciais. Além disso, há uma evidente dificuldade na formulação da prova dos seus requisitos em uma eventual ação penal privada subsidiária da pública. De todo modo, no caso de não submissão do acordo prevendo o não oferecimento da denúncia a homologação, o juízo ficará apartado de todo e qualquer controle imposto pela lei, dentre os quais se pode citar, a voluntariedade, regularidade e legalidade, os motivos e formas necessários a conformação do ato, os efeitos e o mérito quanto ao benefício no cotejo da efetividade da colaboração. Isso poderia ser altamente prejudicial aos réus delatados, no seu exercício do direito de defesa, pois tal negócio não teria seu sigilo levantado, nem poderia haver qualquer medida judicial cabível para impugnação de terceiros interessados.

Ademais, a lei prevê a possibilidade de iniciativa de atuação do juízo ou do colaborador para promover uma oitiva em juízo do delator, mesmo quando houver acordo estipulando o não oferecimento da denúncia, prevista pelo artigo 4º, §12 da Lei nº 12.850/13<sup>68</sup>. Parece-nos que isso seria uma solução para a dificuldade de controle da voluntariedade, pois esse seria o momento em que o colaborador poderia alegar algum vício de vontade na conformação do negócio jurídico da colaboração. Todavia, dificilmente o colaborador beneficiado viria a fazê-lo diante do temor de uma posterior denúncia contra si. Além disso, a lei prevê tal expediente apenas para a verificação da voluntariedade, a pedido do próprio colaborador, o que obsta o exame dos demais requisitos, bem como a impugnação de terceiros interessados.

Por isso, há duas posições interpretativas possíveis diante do acordo estipulando o benefício do não oferecimento da denúncia: o primeiro, em que o Ministério Público é obrigado a submeter o acordo firmado ao juízo, sob pena de descumprimento de obrigação funcional, sendo inviável identificar nesse caso algum órgão responsável por manejar esse controle, não sendo ele o juízo; ou então o Promotor ou Procurador não precisa nem mesmo submeter esse acordo à homologação, podendo estipular, pelo menos nesse caso, além dos limites estabelecidos pela lei.

---

<sup>68</sup> § 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

Por último, há dúvidas quanto à extensão dos poderes do juiz na sentença que julgar o mérito do processo em que há acordo de colaboração premiada. A possibilidade de controle do juízo se restringiria, segundo a lei, nos termos do artigo 4º, §11, da Lei 12.850/13<sup>69</sup>, aos termos do acordo homologado e sua eficácia. Todavia, se poderia imaginar se *apreciar os termos do acordo* significaria a possibilidade de revisão de termos exorbitantes, terratologias, um novo juízo sobre a voluntariedade, e os elementos de existência e requisitos de validade.

No Inq. 7.074 QO concluiu-se pela possibilidade de rever a homologação de acordos na sentença no caso de ilegalidade superveniente (compreendendo-se também aquelas pretéritas ou contemporâneas à homologação, mas conhecidas após esse juízo de delibação), anulabilidade ou nulidade do negócio jurídico. Ou seja, compreendeu o STF, por maioria, que pelo menos a validade e a legalidade do acordo poderão ser apreciadas na sentença, além do requisito típico da eficácia. Mas isso não ocorreu sem grande polêmica. A elasticidade da possibilidade de revisão dos termos do acordo homologado teve diversas interpretações, variando desde o total controle judicial, encampado pelos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, até a completa vinculação do juízo aos termos da homologação, como expressaram os votos dos Ministros Luiz Fux, Celso de Mello e Roberto Barroso. Esses últimos, ao final dos debates, aditaram seus votos e se conformaram ao ponto médio proposto pelo Ministro Relator Edson Fachin. Isso porque não há conteúdo explícito sobre o que significa exatamente *termos do acordo*. De todo modo, há uma dificuldade séria em conciliar os entendimentos já pacificados que, diante do adimplemento das condições impostas no acordo regularmente homologado, o juízo está vinculado a ele, devendo conceder os benefícios pactuados, e o que ficou consignado na decisão comentada acima.

Para além do marco legal da colaboração premiada e seus problemas, importa verificar o desenvolvimento jurisprudencial sobre essa questão, aos quais o STF é um protagonista importante, visto que julgou diversos casos com prerrogativas de foro e realizou interpretações sobre os mencionados dispositivos em ações originárias na Corte. Esse será o objeto de discussão dos próximos dois tópicos deste trabalho. Para isso, usaremos principalmente três julgados da nossa Corte Constitucional, a saber, por ordem cronológica, o HC 127.483, o Inq. 7.074 QO, e a ADI 5.580, os quais entendemos que mais profundamente discutiram o tema proposto.

---

<sup>69</sup> § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

### 3.2 A dinâmica entre a liberdade negocial e o controle judicial

A maioria dos críticos do instituto, com razão, atacam as obscuridades e omissões legislativas na previsão de benefícios e procedimentos, dando margem a verdadeira discricionariedade ao Ministério Público na aferição dos benefícios aos imputados e tornando a colaboração premiada cada vez mais um instrumento de pressão e administração de expectativas em que cada partes utiliza seu poder para extrair ao máximo benefícios para si, afastando-se dos objetivos e finalidades próprios do processo penal democrático. Tais defeitos do atual sistema negocial, além de permitirem uma discricionariedade ministerial e instrumentalizarem o jogo de pressão inerente às expectativas negociais, pode tornar o recurso um instrumento de denúncia caluniosa, o que não é benéfico para a realização das suas finalidades institucionais (PEREIRA, 2019). Tais conclusões parecem ter ecoado nas mentes dos Ministros do STF quando do julgamento do HC 166.373, aquele que tornou obrigatório o oferecimento de alegações finais dos réus delatados após obterem vistas dos memoriais dos réus colaboradores, entendendo que estes teriam interesse na condenação dos primeiros.

Nesse sentido, o controle judicial dos acordos, em especial quanto sua legalidade, parece ter uma importância ímpar do ponto de vista material, mas também do ponto de vista da coerência de nosso sistema negocial, no qual a lei e os princípios constitucionais concretizam a legitimidade das instituições de uma sociedade que se possa dizer liberal-democrática. Analisaremos a seguir, portanto, como a lei é interpretada pelos tribunais, as convicções e dúvidas na aplicação do instituto da colaboração premiada, bem como apontaremos problemas advindos do nosso sistema negocial. Para isso, nos utilizaremos dos argumentos expostos, principalmente, em três julgados, o HC 127.483 (julgado em 2015), a Pet 7.074 QO (julgado em 2017) e a ADI 5.508 (julgada em 2018). Entendemos que nesses casos, discutiu-se uma ampla gama de assuntos relacionados ao controle judicial dos acordos de colaboração premiada e podem fornecer pistas sobre o desenvolvimento cronológico e temático do entendimento da Corte, no qual se pode, inclusive, compreender o desenvolvimento do entendimento de cada ministro. De qualquer forma, nos importa apontar o entendimento dominante e os problemas apontados por votos vencidos.

A decisão paradigmática do STF que assentou as bases do instituto, o HC 127.483/PR, revestiu-o com ares civilistas ao apresentar a colaboração premiada como um negócio jurídico

processual. A enunciação parecia apontar para um caminho de maior autonomia negocial às partes e mínima intervenção judicial.

No julgado, ficaram estabelecidas linhas gerais para aplicação do instituto como negócio jurídico processual personalíssimo, seus pressupostos nos planos da existência, validade e eficácia, a (não) legitimidade de impugnação por terceiros, e uma primeira discussão sobre a amplitude do espectro negocial, tanto em relação aos benefícios possíveis de serem concedidos, quanto a vinculação do juiz aos termos do acordo e conseqüente frustração do seu cumprimento.

De fato, após alguma reflexão sobre questões incidentais do caso concreto, em especial a discussão sobre o cabimento de habeas corpus contra decisão de Relator ou Tribunal Superior, o voto do Relator e de quase todos os demais Ministros abordam a doutrina e jurisprudência sobre a formação e desenvolvimento do instituto no Brasil e em diversos países.

Na decisão, consolida-se a dicotomia *meios de prova* e *meios de obtenção de prova*. Os primeiros são as atividades endoprocessuais com as quais o convencimento direto do julgador é firmado sobre determinado fato relevante ao processo, tais como o depoimento de testemunhas, depoimento pessoal, perícias, inspeção judicial, ou o teor de uma escritura pública. Já os *meios de obtenção de prova* dizem respeito aos procedimentos, geralmente previstos em lei, que servem para produzir substrato probatório capaz de elucidar um fato, seja ele hábil a formar a convicção judicial de modo indireto, seja para abastecer os órgãos de investigação de informações necessárias ao cumprimento de suas atribuições. São exemplos de meios de obtenção de prova a busca e apreensão, a infiltração de agentes, a interceptação telefônica, a quebra de sigilo fiscal, etc. A colaboração premiada, segundo o julgado, é classificada como sendo um instituto desta última categoria, não se confundindo com as declarações do colaborador, estas sim, meios de prova.

Em seguida, o relator referênciava a classificação de Antônio Junqueira de Azevedo (2002), na qual a colaboração premiada, enquanto negócio jurídico processual, deve ser classificada segundo sua estrutura: como categoria, é ato de disposição das partes, Estado e investigado, onde este deverá trazer elementos de imputação de outros corréus, enquanto que aquele deverá conceder benefícios. O negócio jurídico, portanto, é a declaração de vontades e a conseqüente celebração da condição de possibilidade do surgimento de certos efeitos jurídicos; é vontade constitutiva de direitos.

Como negócio jurídico, os efeitos somente serão visíveis pelo exame de seus pressupostos, nos três planos sucessivos, assim como os desenvolveu a doutrina civilista que

ficou conhecida como *escada ponteana*: existência, validade e eficácia. Descreveremos o raciocínio a partir da leitura do texto original de Azevedo (2002), e não tão somente os excertos reproduzidos no Acórdão.

Os pressupostos de existência podem se subdividir em elementos (a) essenciais (elementos sem as quais qualquer negócio não se caracteriza como tal, ou seja, são elementos presentes em todos os negócios jurídicos), (b) categoriais (elementos próprios de cada modalidade de negócio jurídico decorrentes do ordenamento jurídico estabelecido), e (c) particulares (estipulações que facultativamente se adicionam ao ato para modificar suas consequências, mas que constituem o negócio, podendo ser a condição, termo e encargo que condicionem o ato) (AZEVEDO, 2002, p. 32). Os (a) elementos essenciais de qualquer negócio jurídico se subdividem, por sua vez, em (a.1) constitutivos ou intrínsecos (elementos inerentes ao instrumento negocial, como a previsão de um objeto – ainda que ilícito, indeterminado ou indeterminável –, sua forma – mesmo se estranha ao preceito legal –, e as circunstâncias negociais) e (a.2) extrínsecos (pressupostos dos atos jurídicos em geral, dentre os quais estão a necessidade de uma pessoa que o pratique, e a sua celebração em um determinado tempo e lugar – estes, além de elementos dos atos jurídicos em sentido amplo, são também pressupostos de qualquer fato jurídico *lato sensu*). Já os (b) categoriais, podem se ramificar em (b.1) inderrogáveis (elementos de uma categoria de negócio jurídico que lhe é essencial e não pode ser afastado por estipulação das partes) e (b.2) derogáveis (determinam a natureza de uma espécie de negócios jurídicos, mas podem ser afastadas pelas partes).

Este esquema, como o autor não deixa de frisar (AZEVEDO, 2002, p. 40), não deixa de ter consequência jurídicas importantes: na ausência de algum elemento, o negócio jurídico nem pode ser chamado de existente.

O HC 127.483 não desenvolve uma classificação dos pressupostos de existência do acordo de colaboração premiada, mas afirma que estariam descritos no artigo 6º da Lei 12.850/13<sup>70</sup>. Depreende-se disso que, além dos elementos essenciais de qualquer negócio jurídico, o acordo de colaboração premiada existente deve possuir os elementos descritos no dispositivo legal. Eles seriam, então, *elementos categoriais inderrogáveis* (próprios apenas da colaboração premiada), segundo a classificação de Azevedo (2002): a forma escrita, o relato da

---

<sup>70</sup> Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada 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; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

colaboração e possíveis resultados, as condições da proposta, a declaração de aceitação do colaborador e seu defensor, e as assinaturas de todos. Sem esses elementos, não há qualquer acordo de colaboração premiada. Como a redação do Acórdão condiciona o inciso V à sua necessidade (*especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário*), podemos classificá-lo como *elemento particular eventual* (HC 127.483, p. 21). Além desses, a leitura de Azevedo (2002, p. 33) sugere que se deveria acrescentar a data e o local da celebração do instrumento contratual, elementos estes classificados como essenciais, o aplicáveis também à colaboração premiada. Tais elementos podem ter efeitos criminais: a data, porque marca o momento em que se põe fim às tratativas preliminares entre as partes, compromissando-as, daí para adiante, a conjugarem seus esforços no cumprimento do acordo; o local, porque poderá indicar o órgão ministerial atribuído das funções e o juízo competente.

Validade, por sua vez, é a aptidão conferida pelo ordenamento jurídico a uma manifestação de vontade de produzir efeitos jurídicos (AZEVEDO, 2002, p. 41). Validade, em outras palavras, é a qualidade do negócio jurídico (AZEVEDO, 2002, p. 42). Didier (acesso em 2020, p. 02)<sup>71</sup> enuncia a validade como a eficiência com que o suporte fático de um ato foi preenchido, sendo que o ato inválido será aquele que foi preenchido deficientemente. Sendo a vontade do agente um elemento do suporte fático da norma, importa, por exemplo, verificar sua conformação ao ordenamento jurídico, bem como a qualidade dessa vontade.

Os requisitos de validade, de acordo com Azevedo, de modo análogo aos elementos da existência, podem ser subdivididos em (1) essenciais ou constitutivos, (2) categoriais e (3) particulares. Os elementos essenciais possuem duas subdivisões, a saber, os (1.1) intrínsecos ou constitutivos e (1.2) extrínsecos. Os (1.1) requisitos intrínsecos são o (1.1.1) contexto da manifestação da vontade; (1.1.2) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (1.1.3) forma livre ou prescrita pela lei. Já os (1.2) requisitos extrínsecos podem se subdividir em (1.2.1) agente (1.2.1.1) capaz e (1.2.1.2) legitimado para o negócio; (1.2.2) tempo útil determinado pela lei, e (1.2.3) lugar apropriado. A respeito dos (2) elementos categoriais, subdivididos em (2.1) derogáveis e (2.2) inderogáveis, somente os segundos possuem requisitos, que são aqueles definidos em lei que caracterizam a modalidade de negócio e não podem ser objeto de estipulação pelas partes. Em relação aos (3) elementos particulares, há de se descrever duas espécies de requisitos de validade: (3.1) aqueles que contaminam o negócio

---

<sup>71</sup>Artigo retirado do site do próprio autor e posteriormente retirado. Uma versão pode ser encontrada no link: <https://www.passeidireto.com/arquivo/60082876/a-invalidacao-dos-atos-processuais-no-processo-civil-brasileiro>. Não há referência ao ano de publicação.

como um todo – *vitiantur et vitinat* –, e (3.2) aqueles que inviabilizam apenas algumas cláusulas – *vitiantur sed non vitiant*. Entre as primeiras (3.1) estão (3.1.1) aquelas que “subordinam os efeitos do negócio a fato juridicamente impossível” (AZEVEDO, 2002, p. 47), tais como um contrato de compra-venda de *res extra commercium*, como o ar; (3.1.2) as condições ilícitas, p. ex. um contrato em que condiciona uma doação ao cometimento de crime; (3.1.3) as meramente potestativas, ou seja, que condicionam os efeitos do negócio ao querer caprichoso de uma das partes; (3.1.4) as que privam de efeitos o ato; as (3.1.5) condições perplexas, isto é, incompreensíveis e contraditórias e, finalmente, (3.1.6) aquelas que não admitem condição. Já entre as (3.2) condições que invalidam parte do negócio, temos aquelas que preveem uma (3.2.1) obrigação impossível e aquelas que preveem (3.2.2) não fazer coisa impossível. Um esclarecimento importante constante da redação da obra citada (AZEVEDO, 2002, p. 48): no caso de encargos (3.1.1) impossíveis ou (3.1.2) ilícitos, em que pese sua evidente nulidade, se prever ato de liberalidade condicionada, esta será plenamente válida e, portanto, exigível.

Alguma consideração merecem os requisitos (1.1.1) *contexto da manifestação da vontade* e (1.2.1.1) *capacidade do agente*.

Em relação ao primeiro, merece destaque a necessidade que seja resultado de uma *vontade psíquica* (não pode resultar de coação), escolhida com consciência da realidade (não pode resultar de erro ou lesão), plena liberdade (não pode ser resultado de estado de perigo), e decorrente da boa-fé das partes (não se admite os vícios de dolo, fraude ou simulação). Por extensão, o acordo de colaboração premiada, como negócio jurídico, será inválido se alguma das partes não expressar uma vontade qualificada. O problema da coação foi amplamente debatido por nossa Corte Constitucional, inclusive no Acórdão paradigma HC 127.483, no qual fixou-se o entendimento de que não há vício de vontade, por si só, no acordo firmado entre o órgão investigador e réu preso. No entanto, se se verificar que a prisão preventiva foi requerida pelo Ministério Público em expediente sorrateiro, visando tão somente alcançar a colaboração, então tanto a prisão preventiva, quanto o acordo serão anuláveis<sup>72</sup>. Um defeito pode ser

---

<sup>72</sup> Fixou-se o entendimento majoritário na jurisprudência nacional que no processo penal “não há declaração de nulidade de ato sem que seja provado o prejuízo causado ao requerente”. Retira-se do HC 95.654, publicado em 15 de outubro de 2010, de relatoria do Ministro, o seguinte excerto: “[...] o prejuízo constitui viga-mestra do sistema de nulidades, sendo decorrência da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do Direito. Nesse diapasão, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a sua própria finalidade estiver comprometida por causa do vício. [...] Não basta, para a nulidade perseguida, a mera conjectura da existência de prejuízo. [...] A doutrina tem sido uníssona em relação ao princípio do prejuízo, enfatizando a disposição contida no art. 563 do CPP: “Nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes.” O mesmo entendimento se extrai, com outras palavras

evidenciado exatamente neste ponto: somente o próprio colaborador poderá requerer a anulação, já que a tese da natureza personalíssima desses acordos afasta terceiros prejudicados do pleito.

Fato é que o acordo de colaboração premiada somente será plenamente válido se a vontade do agente não esteja viciada. A aferição deste requisito, entre outros, acontecerá na oitiva sigilosa do juiz e colaborador (cujo momento propício é entre a remessa do acordo e a prolação do juízo de homologação), nos termos do § 7º, do artigo 4º da Lei 12.850/13<sup>73</sup>.

Quanto à capacidade do agente, se refere, no contexto do tratamento do tema de negócios jurídicos, à capacidade de ser parte, ou seja, de contrair obrigações e exercer direitos, conforme explica Alencar e Távora (2017, p. 51-52). Diz respeito, em outras palavras, a capacidade de expressar uma vontade livre por si mesmo, sem representantes que assistam essa manifestação. A capacidade de ser parte em acordo de colaboração premiada, se dá, portanto, pela aferição da idade do investigado, uma vez que não seja inimputável.

Outras considerações sobre as características gerais e consequências jurídicas da análise do plano da validade são importantes. Como esclarece Pontes de Miranda (1983, p. 4), não há relação jurídica válida ou inválida, porque é uma consequência de atos jurídicos, e não um fato jurídico propriamente. Válido é o ato jurídico, uma espécie de fato jurídico do qual este é gênero. Entre os atos jurídicos estão o ato jurídico *stricto sensu* (atos lícitos não negociais), no qual se inclui o ato jurídico processual, e o negócio jurídico.

---

de julgados do STF, como por exemplo o HC 94.817, e AgR no RE 1.69.982 (2ª Turma, publicado em 23 de maio de 2019). Tal entendimento parece não compreender adequadamente a diferença entre nulidade absoluta e relativa, plenamente consolidada entre civilistas. Nesse sentido, há diversos julgados que condicionam a declaração (*sic*) de nulidade absoluta (*sic*) à demonstração de prejuízo, de modo que se pode dizer que, no processo penal, não há propriamente causas de nulidade absolutas, mas apenas nulidades relativas (ou anulabilidades). Contudo, Ada Pellegrin Grinover esclarece que qualquer ato processual inválido pode ser sanado, ainda que tenha por penalidade a nulidade absoluta (2019).

<sup>73</sup> § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) I - regularidade e legalidade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) II - 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; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)



O plano da validade é exclusivo dos atos jurídicos, os quais tem relevância a vontade humana. Estão excluídos deste campo os fatos jurídicos naturais (fatos naturais dos quais resultam consequências jurídicas), os atos ilícitos (crimes) e os atos-fatos jurídicos (condutas humanas involuntárias as quais são cominadas consequências jurídicas). Tais considerações são importantes no que diz respeito ao regime de nulidades. Não se pode pedir anulação de um ato ilícito, um fato jurídico ou um ato-fato jurídico; apenas de atos jurídicos. A sentença que invalida um ato jurídico é sempre constitutiva negativa; a sentença que constata a inexistência de fato jurídico, ato-fato e fatos ilícitos, é propriamente uma sentença declaratória da inexistência dele. O regime de nulidades de atos jurídicos, portanto, só se aplica como consequência da invalidade de atos jurídicos.

O negócio jurídico (ato jurídico do qual o agente, ou agentes, pode ou podem controlar previamente os efeitos jurídicos) e o ato jurídico *stricto sensu* (ato jurídico na qual o agente escolhe se pratica o ato, mas os efeitos estão previamente cominados em lei) são espécies do gênero *ato jurídico*. Em ambas as categorias, a vontade tem papel fundamental, é seu núcleo determinante, pois é um dos requisitos de validade.

O ato jurídico, embora defeituoso, em princípio poderá irradiar efeitos até que seja anulado, independentemente se a lei permite sua decretação de ofício ou apenas por provocação; ou então, se gera efeitos retroativos ou *ex nunc* (DIDIER, acessado em 2020, p. 03). A nulidade é sanção ao ato defeituoso que não pode ser convalidado ou aproveitado<sup>74</sup>:

Não se pode confundir, ainda, o defeito com a sanção. Invalidação é a sanção e não o defeito que lhe dá causa. A coação é o defeito; a anulação é a sanção; a incapacidade é o vício, a nulificação, a sanção, etc. Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê, ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo magistrado, com a conseqüente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso é inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso. (DIDIER, acessado em 2020, p. 04).

A nulidade de atos jurídicos é a consequência mais grave que se pode cominar. Além da simples constatação de um defeito genético, importa verificar, além disso, se este defeito é suficiente para invalidar o ato. Ainda mais rigorosos são os critérios para decretação de nulidade de ato processual (DIDIER, acessado em 2020, p. 06). Em primeiro lugar, “não há invalidade de pleno direito” (DIDIER, acessado em 2020, p. 07), ou seja, cada defeito deverá ser avaliado conjuntamente com critérios genéricos se é apto para invalidar o ato. O critério geral mais

---

<sup>74</sup> Essas considerações estão mais bem descritas em DIDIER [acesso em 2020].

importante é, segundo Didier, o prejuízo (*pas de nullité sans grief*), considerado como o defeito que impede o ato que atinja sua finalidade.

Além desse, há a possibilidade de sanar o ato processual, tanto pela sua repetição, quanto pela simples correção, ou ainda por sua impossibilidade de questionamento, como na preclusão (por exemplo, por coisa julgada material ou por ato posterior pelo qual o vício será considerado sanado), o que propriamente não o corrige, mas tão somente consolida a situação jurídica. Ao lado dessas regras, deve se analisar a utilidade, adequação, necessidade e razoabilidade da medida extrema, e se respeita os princípios da proporcionalidade, economia processual, cooperação e lealdade processual (DIDIER, acessado em 2020, p. 19-26).

Como consectário disso, no caso da colaboração premiada, a alegação de ilegalidade (ou mesmo inconstitucionalidade ou irregularidade) de uma cláusula de acordo de colaboração não leva, necessariamente, à invalidade, tornando possível que, embora veicule obrigações recíprocas ilegais, seja, mesmo assim, eficaz. Isso porque a ilegalidade é defeito do ato jurídico, enquanto a nulidade é sanção, consequência do defeito (DIDIER, acessado em 2020, p. 08). É bem verdade que, embora a Lei nº 12.850/13 não tenha previsto um regime completo de invalidades de acordos de colaboração premiada, com a indicação de marcos preclusivos para cada ato, ou se tais juízos poderiam ser realizados *ex officio*, tanto a lei processual penal quanto civil, bem como os princípios gerais de direito e outros instrumentos, poderão ser utilizados para completar essas lacunas. Fato é que só a lei e a análise do caso concreto poderão determinar a invalidade do acordo, nos termos explicitados acima.

Prosseguindo em direção ao último plano da *escada ponteana*, chegamos aos fatores de eficácia do negócio jurídico. Tais fatores são extrínsecos ao negócio, ou seja, dele não participa, mas contribui para a obtenção do resultado visado (AZEVEDO, 2002, p. 55).

Ao lado da eficácia dos atos válidos, sejam típicos ou atípicos, há a eficácia dos atos nulos e a ineficácia dos atos válidos (AZEVEDO, 2002, p. 49). No contexto do nosso tema, dentre os últimos estão os atos subordinados a condição suspensiva: enquanto o advento de eventos futuros previstos como condição não se satisfizer na realidade, o acordo de colaboração premiada não possui eficácia; o acordo passará a ter efeitos a partir do evento condicionante.

Outro exemplo de acordo de colaboração válido, mas ineficaz, é o acordo é firmado sem a presença de advogado constituído por procuração com poderes específicos. Se houver posterior juntada, o acordo se tornará eficaz. A necessidade desta procuração foi prevista pelo

artigo 3º-C, *caput*, da Lei nº 12.850/13<sup>75</sup>. Ora, a procuração, embora seja essencial ao ato, não invalida o acordo caso não seja firmado por advogado, por exemplo, mandatário de procuração genérica posteriormente retificada. Tal conclusão pode ser extraída, subsidiariamente, do artigo 662 do CC<sup>76</sup>, devendo o ato de ratificação tornar eficaz o acordo retroativamente à sua proposta. Embora a ratificação não seja possível aos atos inválidos e eficazes (pois a invalidação é pena ao ato geneticamente defeituoso, e uma vez decretada, seus efeitos deverão ser desfeitos com a rescisão do contrato ou o saneamento do ato processual), tal ratificação posterior é possível aos atos ineficazes e válidos.

A classificação operada pelo doutrinador mencionado no Acórdão paradigma atinente à colaboração premiada descreve três categorias: os (1) fatores de atribuição da eficácia em geral; (2) fatores de atribuição de eficácia diretamente visada; e (3) fatores de atribuição de eficácia mais extensa (AZEVEDO, 2002, p. 57).

Os primeiros (1) se referem aos fatores sem os quais o acordo não produzirá qualquer efeito, nem aqueles visados, nem outros substitutivos deles. Estes são os fatores que determinam os efeitos queridos pelas partes e são classicamente descritos, como por exemplo, a condição suspensiva e resolutiva do negócio. No caso da colaboração premiada, a condição suspensiva de que o acordo visa realizar está descrito no artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/13<sup>77</sup>. Essas são as condições que conferirão a eficácia do acordo. Caso não se cumpram, o contrato não terá efeitos, a despeito de haver cumprido com todas as suas formalidades legais e passar incólume ao exame dos planos da existência e validade. Além disso, ficou consolidado no HC 127.483/PR (p. 27) que a homologação operada pelo juiz, se o fizer sem devolver às partes para modificações, é “simples fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração” da qual se pode classificar, segundo os parâmetros estabelecidos por Azevedo, como fatores de atribuição

---

<sup>75</sup> Art. 3º-C. A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público.

<sup>76</sup> Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar. Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato.

<sup>77</sup> 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.

de eficácia em geral, porque sem eles nenhum efeito advirá do acordo. Todavia, se o magistrado modificar a relação jurídica, a decisão homologatória será considerada elemento de existência do acordo (p. 27-28). Sobre essa última afirmação, não há clareza na redação do Voto se uma eventual recusa das partes em acatar os apontamentos do magistrado comprometeria a totalidade do acordo ou parte dele. Fato é que, partindo do estudo dos planos da escada ponteano, um acordo eventualmente devolvido às partes pelo juiz para modificações não necessariamente será inexistente, pois seria necessário avaliar antes quais seriam essas modificações para então determinar se seriam atinentes ao campo da existência ou da validade.

Os segundos (2) dizem respeito aqueles fatores que, embora indispensáveis para que venha produzir os efeitos visados, já produz alguns efeitos acessórios anteriores a eles. Exemplo disso é o envio da proposta do acordo no qual o advogado do colaborador não tenha juntado procuração com poderes especiais, como descrito acima. Nesse caso, a proposta não produzirá os efeitos esperados do acordo até a sua ratificação (vincular o colaborador ao acordo); no entanto, conforme a redação do artigo 667 do CC<sup>78</sup>, produz efeitos vinculando o advogado a possíveis atos lesivos praticados contra seu cliente. Em outras palavras, o acordo firmado por advogado sem mandato com poderes específicos produz efeitos, todavia não aqueles esperados.

A terceira categoria, de (3) fatores de atribuição de eficácia mais extensa, são atinentes aos fatores entre os quais impõem efeitos do negócio jurídico não só para as partes contratantes, mas também para terceiros. O exemplo dado pelo autor é de uma cessão de crédito notificada ao devedor. Para nós, pode-se pensar nos efeitos que o acordo impõe nos próprios réus delatados ou outros titulares de bens objetos de medidas cautelares reais.

Por certo é que a eficácia do acordo só será avaliada após a homologação, por ocasião da sentença, visto que somente ali o juiz apreciará a prova trazida pelo colaborador, tanto testemunhal, quanto por outros meios, na qual será possível aferir se houve o cumprimento ou não das obrigações postas no Termo de Colaboração Premiada (HC 127.183, p. 44. Voto do Relator).

---

<sup>78</sup> Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. § 1º-Se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento. § 2º-Havendo poderes de substabelecer, só serão imputáveis ao mandatário os danos causados pelo substabelecido, se tiver agido com culpa na escolha deste ou nas instruções dadas a ele. § 3º-Se a proibição de substabelecer constar da procuração, os atos praticados pelo substabelecido não obrigam o mandante, salvo ratificação expressa, que retroagirá à data do ato. § 4º-Sendo omissa a procuração quanto ao substabelecimento, o procurador será responsável se o substabelecido proceder culposamente.

Caracteriza-se, portanto, o instituto da colaboração premiada, cujos requisitos, elementos e fatores de eficácia foram descritos pelo Relator da HC 127.483/PR, e referendado pelos demais Ministros, um verdadeiro negócio jurídico processual, com implicações não exclusivas do direito penal e processual penal, podendo, inclusive, incidir normas de direito privado.

Certo é que, conforme a lei prevê, os planos da existência e validade, bem como a regularidade, legalidade e voluntariedade deverão ser analisados no juízo preliminar da homologação. Já o plano da eficácia, compreendendo pelo menos nesse termo o adimplemento das obrigações das partes, deve ser feito na sentença. Disso não há dúvidas. Porém, não há clareza caso conjugarmos a necessidade de controle judicial sobre os acordos e a possibilidade de concessão do benefício do não oferecimento da denúncia, ou então, se considerarmos a possibilidade de controle judicial dos motivos da colaboração, e a possibilidade de estipulação de benefícios não previsto em lei.

Do que se extrai dos HC 127.483/PR, Pet 7.074 QO, e ADI 5.505, principais julgados do STF a respeito do controle judicial sobre o espectro negocial, o colaborador não possui direito subjetivo de forçar o Ministério Público a firmar acordo de colaboração. Tal entendimento foi aventado pelo Relator Ministro Dias Toffoli ainda no HC 127.483.

Nesse sentido, é importante considerar a reflexão do primeiro capítulo deste trabalho, a respeito dos princípios processuais penais, limitações interpretativas e o apanhado histórico sobre a tradição de nosso sistema de vinculação do acusador com o oferecimento da denúncia. Ou seja, questiona-se se a possibilidade de um direito subjetivo do réu em firmar acordo de colaboração e a possibilidade de um controle judicial sobre esse juízo, ou se o órgão acusador poderia negar a proposta mesmo que fosse patente o desbaratamento de uma organização criminosa a partir do acordo com o acusado e os requisitos legais fossem preenchidos. Ora, se é direito subjetivo do réu firmar acordo com o *Parquet*, não há que se falar aqui de justiça negocial, nem qualquer enfraquecimento ao princípio da obrigatoriedade. Ao contrário, se ao *Parquet* é dada a prerrogativa de fazer o juízo sobre a conveniência ou oportunidade de firmar acordo de colaboração premiada com réu para atender as necessidade de uma investigação, podendo estipular e transigir, respeitando os limites estabelecidos para o *quantum* dos benefícios acima explanados, então se extrai que tal instituto efetivamente inova o nosso ordenamento jurídico, trazendo um caráter utilitário para a processualística penal como nunca antes presente na nossa história.

Em verdade, há verdadeiro juízo de conveniência e oportunidade do órgão ministerial para avaliar se oferece ou não a denúncia. Tal juízo, segundo os argumentos expostos pelos Ministros, derivaria do princípio acusatório e da vigência de um sistema de obrigatoriedade mitigada ou discricionariedade regradada, na qual o *Parquet* estaria vinculado ao oferecimento da denúncia, ressalvados alguns casos previstos em lei, dentre os quais a colaboração premiada seria um deles.

Aqui, cabe diferenciar a existência de direito subjetivo do colaborador em firmar acordo de colaboração, esta juridicamente impossível segundo a maioria dos Ministros da Corte, do direito subjetivo ao recebimento dos benefícios de acordo homologado, caso tenha adimplido todas as suas obrigações. Nesse último caso, diversos julgados assentaram ser pacífico o entendimento de que, em nome da segurança jurídica e da proteção da boa-fé, o colaborador tem direito subjetivo aos benefícios de acordo homologado e adimplido. Por isso, não resta mais dúvidas quanto a possibilidade de um juízo da conveniência e oportunidade do Ministério Público, não estando ele submetido ao controle judicial quanto a esse ponto.

Evidentemente, quando da exposição dos motivos que o levaram a tomar a decisão de firmar o acordo, tal decisão, nos parece, poderá ser submetida ao crivo judicial quanto aos motivos e formas, a semelhança do controle judicial dos atos administrativo discricionários. Tal posição é defendida pelo Ministro Edson Fachin no seu voto à Pet 7.074 QO (p. 20). O Ministro Alexandre de Moraes também chega a asseverar que a atuação do *Parquet* não pode ser arbitrária, porque precisa prestar deferência à lei, de tal forma que os motivos para a negociação do acordo de colaboração podem ser controlados pelo Poder Judiciário (p. 41). Ele fez constar que os *motivos* significam a *veracidade dos pressupostos fáticos para a celebração do acordo*, ou seja, o judiciário deverá verificar, em especial no momento da homologação, a existência das *condições negociais*, sejam elas as informações até então conhecidas pelo órgão de investigação e o ganho informativo decorrente da colaboração, supondo os fatos relatados como verdadeiros, e se isso justificaria a colaboração.

Ambos os Ministros, porém, convergem no sentido de negar a possibilidade do Poder Judiciário se imiscuir no juízo sobre a oportunidade e conveniência da celebração do acordo. Esse juízo, segundo eles, seria exclusivo do *Parquet*, assim como é da administração as questões atinentes ao mérito administrativo. Posições semelhantes foram expressas no mesmo aresto, como a dos Ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

Isolado ficou o Ministro Alexandre de Moraes ao afirmar que, embora não seja possível verificar a veracidade das declarações do colaborador no juízo de homologação, uma vez que

não iniciada qualquer instrução, o juiz tem poder de controlar a coerência do relato. Tal observação, em que pese não mencionada em qualquer outro voto, pode ser mais um elemento de análise e controle do acordo de colaboração. Isso porque a coerência do relato não diria respeito a sua veracidade, já que não houve investigação sobre o mundo dos fatos. Há, todavia, um pressuposto básico calcado no princípio lógico que, no mundo dos fatos, uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo sob o mesmo aspecto. Ou seja, se o relato do colaborador se mostrar contraditório, de pronto pode o juiz presumir e desde logo apontar que há falsidades, o que não se pode admitir tendo em vista que adiante ele será premiado por causar prejuízos a réus delatados.

Em segundo lugar, nos cabe fazer uma reflexão mais detida, a partir dos julgados mencionados, sobre se as partes poderiam convencionar para além dos limites legais, estipulando penas ainda mais benéficas ao colaborador do que aquelas previstas pelo diploma legal.

A *Orientação Conjunta nº 1/2018* do Ministério Público Federal entendeu, conforme seu item 26<sup>79</sup>, que o limite máximo de pena deveria se subscrever ao limite estipulado pela lei, o que parece óbvio, pois se assim não fosse, ninguém se predisporia a firmar acordos de colaboração para agravar sua pena. Todavia, nada referenciou a respeito do limite mínimo nos acordos realizados antes da prolação da sentença. Apenas asseverou que benefícios penais, como a suspensão condicional do processo, detração e remissão, bem como a multa, valores e bens de perdimento e sua destinação, e o valor mínimo de reparação, podem ser previstos no acordo como indicativos para o juízo concretizá-los na sentença (item 27). Apenas de forma subsidiária, no caso de omissão da definição dos benefícios no acordo, as disposições legais do código penal e Lei de Execuções penais servirão de parâmetro quanto ao regime de cumprimento de pena (item 28).

Concordando com Canotilho e Brandão (2016, p. 24), parece-nos adequado dizer que o Ministério Público não tem o poder de estipular já no acordo um benefício extralegal, e isso

---

<sup>79</sup> “26. O benefício penal previsto no acordo de colaboração premiada poderá ser definido de acordo com as seguintes técnicas: 26.1. preferencialmente, pelo estabelecimento de marcos punitivos máximos, a serem concretizados em apreciação judicial com os seguintes elementos sugeridos, segundo os indicativos legais: a) patamar máximo unificado de pena decorrente do somatório das sentenças condenatórias, o qual, ao ser atingido, levará à suspensão das demais ações e investigações em curso e seus respectivos prazos prescricionais; b) pena que será efetivamente cumprida pela parte em regimes a serem definidos no acordo; c) suspensão do cumprimento da diferença entre o máximo unificado da pena e a pena que será efetivamente cumprida, com possibilidade de retomada do cumprimento do máximo unificado da pena em caso de rescisão ou descumprimento do acordo; ou 26.2. alternativamente, estabelecimento de patamares mínimos e máximos, a serem delimitados por ocasião da sentença, para cumprimento da pena.”

vincularia o magistrado na sentença pois, além da reflexão principiológica e doutrinária explanada até aqui, a lei não precisaria oferecer limites, caso contrário. Também porque o §8º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13<sup>80</sup> prevê a recusa da homologação de acordo que não satisfizer os requisitos legais, devendo-se, após, remeter às partes para adequações necessárias. Ressalte-se, contudo, a impossibilidade de análise do mérito nesse momento, devendo-se conhecer apenas da legalidade e regularidade do termo, dentre os quais se inclui a previsão de benefícios típicos. Na sentença, o juiz deverá arbitrar a pena no cálculo dosimétrico. Caso contrário, se constituiria grave violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, no qual somente o agente investido de jurisdição pode impor uma sanção penal a um acusado. Essa parece ser a opinião majoritária entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Como se pode depreender do debate travado entre os Ministros, diversos acordos, tais como aqueles decorrentes da *Operação Lava-Jato*, foram homologados com benefícios extralegais<sup>81</sup>, como por exemplo a necessidade de estudos em curso definitivo, e a cooperação ativa em assessorias a título de apoio e favor ao Ministério Público e à Polícia Federal<sup>82</sup> pelo período de trinta anos; a convenção de pena de multa<sup>83</sup>; regime diferenciado de cumprimento de pena limitado a dois ou três anos, e concessão de livramento condicional para período restante<sup>84</sup>.

No HC 127.483, ficou estabelecido que são válidas as disposições em acordo de colaboração sobre os efeitos extrapenais, tais como o perdimento apenas de uma parte dos bens auferidos com a prática do crime, não sendo possível, porém, dispor sobre bens de terceiros, ainda que familiares. Ou seja, o acordo pode dispor sobre questões patrimoniais, limitando-se a apenas os bens de titularidade do próprio colaborador. Nesse sentido, em 2015, quando do julgamento desta impetração, a Corte entendia ser possível, pelo menos em relação às questões patrimoniais, que se poderia transigir para além dos limites estabelecidos em lei, mas não se discute sobre a estipulação sobre benefícios corporais extralegais. Nos parece que, nesse

---

<sup>80</sup> “§ 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.” (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

<sup>81</sup> Uma lista exemplificativa, mas altamente relevante desses benefícios extralegais está no voto vogal do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 166373/PR (p. 04-06), disponível no site: <https://www.conjur.com.br/2019-set-26/stf-forma-maioria-reu-fale-depois-delator>. Acessado em 05 de outubro de 2020.

<sup>82</sup> Cláusula 4ª, “g” do Termo de Acordo de Colaboração Premiada firmada entre o Ministério Público Federal e Lúcio Funaro.

<sup>83</sup> Cláusula 22ª do Termo de Acordo de Colaboração Premiada firmada entre o Ministério Público Federal e Delcídio do Amaral Gomez.

<sup>84</sup> Cláusula 5ª, “b”, “c” e “d” do Termo de Acordo de Colaboração Premiada de Ricardo Ribeiro Pessoa.



momento, era óbvio para os Ministros que inclusive seria possível transigir a respeito da pena corporal e benefícios da execução, de modo que não era entendido como fazendo parte do exame da legalidade necessária no juízo homologatório. Alguma discussão ocorre a respeito de cláusulas que pudessem afastar a jurisdição, exemplificando a não homologação de parte do acordo feito entre o Ministério Público Federal e Alberto Youssef, cujo juízo homologatório ficou ao encargo do Ministro Teori Zavascki, no qual se previa a obrigação do colaborador “não impugnar, sob qualquer hipótese, salvo o descumprimento do acordo pelo Ministério Público Federal ou pelo juízo, nenhuma das sentenças condenatórias mencionadas na cláusula 5ª, I, deste acordo”.

Aqui, parecia haver consenso que, como a lei prevê, era possível ao juiz responsável pela homologação, devolver o acordo para as partes, caso constataste cláusulas ilegais. Essa ilegalidade, porém, se restringia tão somente a graves violações ao direito de defesa e ao contraditório, o direito de utilizar-se dos recursos, e questões mais relacionadas aos direitos fundamentais. Todavia a possibilidade do controle de legalidade dos benefícios não havia se tornado relevante como veio a ser em 2017 após a discussão dos benefícios estipulados entre a Procuradoria-Geral da República e Joesley Batista, dentre os quais o não oferecimento da denúncia contra ele, mesmo admitindo-se que era líder da organização criminosa na inicial acusatória, ou seja, em flagrante contradição com as condições impostas pela própria lei, no seu artigo 4º, §4º, da Lei nº 12.850/13.

A discussão se torna mais calorosa após estes últimos eventos. Por isso, já no Inq. 7.7074 QO, o ponto central fixou-se sobre os poderes do juiz no momento da homologação. Todavia, a discussão se ampliou principalmente para a questão da possibilidade de concessão de benefícios atípicos e a possibilidade de uma revisão do juízo homologatório, cabendo, inclusive, não se conceder os benefícios pactuados em acordo homologado. Da leitura do Acórdão é possível verificar as divergências radicais dos Ministros sobre a questão do controle judicial dos acordos de colaboração premiada. De um lado, se pode identificar os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, que defendem, em síntese, que o Ministério Público não pode estipular benefícios atípicos, e que o juiz pode operar na sentença uma revisão ampla e irrestrita da legalidade de acordo homologado caso não preencha os requisitos legais. De outro lado, estão principalmente os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux, os quais iniciam o julgamento (que ocupou a pauta de diversas sessões) entendendo a ampla e irrestrita capacidade de transigência do Ministério Público e uma restrição quase absoluta do juiz ao sentenciar, devendo estar vinculado ao acordo homologado quanto a concessão de benefícios (houve

aditamentos aos votos desses Ministros, mas menciono a posição inicialmente adotada por eles). Os demais Ministros adotaram posições intermediárias, às vezes mais ou menos tendentes a possibilidade de restrição ou ampliação dos poderes negociais. Ao final, assim ficou ementado o Julgado:

Ementa: QUESTÃO DE ORDEM EM PETIÇÃO. COLABORAÇÃO PREMIADA. I. DECISÃO INICIAL DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL: LIMITES E ATRIBUIÇÃO. REGULARIDADE, LEGALIDADE E VOLUNTARIEDADE DO ACORDO. MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA. PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR. RISTF. PRECEDENTES. II. DECISÃO FINAL DE MÉRITO. AFERIÇÃO DOS TERMOS E DA EFICÁCIA DA COLABORAÇÃO. CONTROLE JURISDICIONAL DIFERIDO. COMPETÊNCIA COLEGIADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Nos moldes do decidido no HC 127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 3.2.2016, reafirma-se a atribuição ao Relator, como corolário dos poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo Regimento Interno do STF, para ordenar a realização de meios de obtenção de prova (art. 21, I e II do RISTF), a fim de, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se restringe ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença, nos limites do art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013. 2. O juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4º, § 11, da Lei n. 12.850/2013, dá-se por ocasião da prolação da sentença (e no Supremo Tribunal Federal, em decisão colegiada), não se impondo na fase homologatória tal exame previsto pela lei como controle jurisdicional diferido, sob pena de malferir a norma prevista no § 6º do art. 4º da referida Lei n. 12.850/2013, que veda a participação do juiz nas negociações, conferindo, assim, concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito. 3. Questão de ordem que se desdobra em três pontos para: (i) resguardar a competência do Tribunal Pleno para o julgamento de mérito sobre os termos e a eficácia da colaboração, (ii) reafirmar, dentre os poderes instrutórios do Relator (art. 21 do RISTF), a atribuição para homologar acordo de colaboração premiada; (iii) 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. (Pet 7074 QO, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 02-05-2018 PUBLIC 03-05-2018)

Como ficou destacado no final da ementa, a sentença pode fazer uma revisão da legalidade do acordo já homologado, desde que houver ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico.

Aqui se torna interessante analisar o voto do Ministro Edson Fachin na ADI 5.508<sup>85</sup>, no qual ele argumenta que o instituto da colaboração premiada é mais amplo do que o acordo de colaboração propriamente dito, dando a entender que os benefícios poderiam ser concedidos na decisão judicial independentemente da existência de acordo prévio firmado com o *Parquet*. O acordo traria apenas a vinculação do agente ministerial e do Poder Judiciário em renunciar a

---

<sup>85</sup> Neste caso, a discussão central se circunscreve sobre a possibilidade de o delegado de polícia firmar acordos de colaboração.

parte do poder punitivo (p. 52). De todo modo, o magistrado teria a palavra final, por ocasião da sentença, sobre o mérito da concessão ou não dos benefícios caso entenda que os efeitos investigativos expostos no acordo foram satisfeitos.

Por outro lado, é indiscutível que o investigado/acusado possui direito subjetivo à concessão dos benefícios do acordo caso tenha colaborado com a investigação e ela tenha produzido os efeitos esperados no desbaratamento de organizações criminosas. Isso, segundo o STF (definido ainda no HC 127.483, em 2015), deve ser reconhecido pelo magistrado por ocasião da prolação da sentença. No entanto, o acordo não poderia prever, nem o juízo homologar, uma exata dimensão da pena a qual vincularia o órgão julgador na aferição da dosimetria.

Na ADI 5.508 pode-se perceber, em *obiter dictum*, duas posições divergentes entre os Ministros: a primeira, adotada pelo Ministro Edson Fachin (voto vencido), de que as partes, e mais especificamente o Ministério Público, podem fazer constar disposições sobre a dosimetria da pena no acordo, e que isso vincularia o juízo na sentença; de outro, o Ministro relator Marco Aurélio, de que as partes podem estabelecer critérios bem definidos a serem fixados na dosimetria da pena, mas essa estipulação não vincularia o juízo, responsável pela avaliação da concretude e eficácia das declarações do colaborador, nos termos do artigo 4º e seu §1º da Lei nº 12.850/13<sup>86</sup>. Prevalendo a segunda posição, as partes não teriam tanto poder de negociação, já que ao juízo competirá estabelecer a pena; e prevalecendo a primeira, a sentença judicial deverá se limitar apenas a verificar o grau de efetiva colaboração do delator e a aplicação da pena estipulada no acordo. A posição majoritária adotou o entendimento encabeçado pelo Relator, o Ministro Marco Aurélio, no sentido de que: a) o Ministério Público pode fazer constar no acordo proposta de apenamento; b) o juiz, ao receber acordo, pode determinar o retorno às partes para retificações, caso verifique ilegalidade de cláusulas; c) o juízo, na sentença, tem o dever de aplicar a pena acordada, porque o réu possui direito subjetivo, caso tenha adimplidos suas obrigações, mas d) o juiz não está vinculado à cláusulas que posteriormente se venha

---

<sup>86</sup> 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. § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

verificar sejam ilegais, nem está vinculado ao apenamento líquido e determinado constante do acordo.

Há claro conflito aqui: como conciliar o direito do Ministério Público de dispor sobre o apenamento, o direito do colaborador de receber seus benefícios, e o direito do juiz de arbitrar a pena?

A questão se torna ainda mais complexa quando lembramos que não somente cabe ao Ministério Público firmar acordos de colaboração, mas também há possibilidade do delegado de polícia. Interessante destacar os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso (ao final foram retificados, mas importam aqui para fins de reflexão sobre o tema), que aventaram a possibilidade de disposição do delegado de polícia dos benefícios do perdão judicial e do não oferecimento da denúncia. Afinal, estava em jogo se delegados poderiam, conforme a lei dispõe, do poder de firmar acordos de colaboração.

O Ministro Alexandre de Moraes votou primeiramente no sentido de se excluir a faculdade de o delegado firmar acordos cujo benefício final seja o perdão judicial, visto que, segundo ele, o benefício interferiria no exclusivo poder-dever de acusar do órgão ministerial. Tal posição não parece ter plausibilidade, uma vez que a prerrogativa do acusador é acusar e não condenar. Além disso, se o delegado de polícia firmar acordo prevendo o benefício do perdão e o órgão acusador não oferecer a denúncia, a despeito do descumprimento do acordo, o réu restaria contemplado com um benefício mais benéfico do que o pactuado, o que não deveria causar maiores constrangimentos.

A dificuldade parece residir em outra circunstância, levantada pelo Ministro Roberto Barroso, sobre a faculdade de o delegado dispuser em acordo o não oferecimento da denúncia, situação que esbarraria na atribuição exclusiva do Ministério Público. De fato, é de se perguntar se não há uma sobreposição ilícita de atribuições se o delegado pudesse dispor esse benefício em acordo de colaboração, atribuição exclusiva, *prima facie*, do Estado-acusador. Considerando a conclusão do julgado, de que 1) o acordo formalizado por delegado de polícia depende do momento processual (fase de investigação) e 2) deve respeitar as disposições legais, a decisão final parece ter se direcionado para uma resposta negativa, já que a) a lei permite ao delegado firmar acordo de colaboração, b) o não oferecimento da denúncia é um benefício possível de ser oferecido.

Consideremos as conclusões possíveis de serem extraídas do julgado: a) o acordo de colaboração firmado por delegado de polícia é válido, inclusive se prever o benefício do não

oferecimento da denúncia, mesmo que o órgão ministerial emita parecer desfavorável; b) a manifestação do Ministério Público sobre o acordo firmado por delegado é indispensável, mas sua contrariedade ao pleito não significa invalidação do acordo, por isso, o juízo não estará de forma alguma vinculado a esta manifestação e, portanto, poderá homologar o acordo firmado por delegado de polícia prevendo o não oferecimento da denúncia; c) a despeito do acordo prever o não oferecimento da denúncia, o Ministério Público não está vinculado a ele e pode ofertar a peça inicial acusatória, dado que o judiciário não pode se imiscuir na prerrogativa ministerial exclusiva do *dominus litis*; d) na homologação do acordo, o juiz não poderá avaliar o seu mérito, limitando-se tão somente a avaliar a regularidade, legalidade e voluntariedade; e) na sentença, verificando o cumprimento da obrigação do réu formalizada no acordo, este tem direito subjetivo de obter os benefícios pactuados (conforme interpretação dada no HC 127.483), o que implica na impossibilidade do juiz retirar-lhe a eficácia, inclusive quanto ao não oferecimento da denúncia pactuado entre o colaborador e o delegado.

Há três fragilidades evidentes nesse raciocínio. A primeira se refere ao juízo de regularidade e legalidade formado na homologação do acordo, momento em que o juízo não poderia considerar legal a estipulação por delegado de polícia de um benefício cuja atribuição não seja sua, como no caso do não oferecimento da denúncia. O outro está no comando sentencial, do qual se questionaria a possibilidade de indeferimento da inicial tardiamente por ausência de interesse de agir ou alguma condição de procedibilidade. O Ministro Edson Fachin classifica o não oferecimento da denúncia como causa de improcessabilidade (ADI 5.508). Já o terceiro, diz respeito à própria redação do §4º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, no qual prevê que “o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta” satisfizer determinados requisitos, ou seja, o benefício seria de proposta exclusiva do órgão ministerial.

Por outro lado, não seria mais apropriado falar na concessão de perdão judicial se o acordo firmado por delegado estipulasse o não oferecimento da denúncia? Ou então, seria possível, nas mesmas condições, uma decisão pela concessão de outro benefício?

Pelo que se pode depreender do voto do relator Marco Aurélio, acolhido majoritariamente, responde-se afirmativamente. Isso porque o juízo não estaria vinculado ao acordo quando da prolação da sentença, mas possui a faculdade de conceder benefícios de acordo com a efetividade da colaboração. Cita-se para fins de demonstração:

Há de se ter-se presente a impossibilidade de negociação daquilo que está legislado. Em outras palavras, a norma fixa as balizas a serem observadas na realização do acordo. Estas, porque decorrem de lei, vinculam tanto a polícia quanto o Ministério

Público, tendo em vista que a nenhum outro órgão senão ao Judiciário é conferido o direito de punir.

O acordo originado da delação não fixa a pena ou regime de cumprimento da sanção. Ao Poder Judiciário, com exclusividade, compete, nos termos do § 1º do artigo 4º da Lei, para fins de concessão de vantagens, levar em conta a personalidade do delator, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Os benefícios que tenham sido ajustados não obrigam o órgão julgador, devendo ser reconhecida, na cláusula que os retrata, inspiração, presente a eficácia da delação no esclarecimento da prática delituosa, para o juiz atuar, mantendo a higidez desse instituto que, na quadra atual, tem-se mostrado importantíssimo. Longe fica o julgador de estar atrelado à dicção do Ministério Público, como se concentrasse – e toda concentração é perniciosa – a arte de proceder na persecução criminal, na titularidade da ação penal e, também, o julgamento, embora parte nessa mesma ação penal.

A norma legal prevê, em bom português, que, na prolação da sentença, serão estipulados os benefícios. Não se confunde essa definição, que só cabe a órgão julgador, com a propositura ou não da ação penal. No campo, é soberano o Ministério Público. Mas, quanto ao julgamento e à observância do que se contém na legislação, em termos de vantagens, surge o Primado do Judiciário. Para redução da pena, adoção do regime de cumprimento menos gravoso, ou concessão do perdão judicial, há de ter-se instaurado o processo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório. Há de existir sentença, e, nela, o juiz, verificando a eficácia da colaboração, fixa, em gradação adequada, os benefícios a que tem direito o delator. (voto do relator Marco Aurélio na ADI 5.508 do STF, p. 13-14).

De fato, a maioria do Plenário pode ter razão a respeito do controle judicial da quase totalidade dos benefícios: todos eles dependem da reserva de jurisdição, pois somente haverá aplicação de alguma pena ou restrição à liberdade após a sentença. Contudo, o cenário muda quando lidamos com a pactuação do não oferecimento da denúncia, como mencionado acima. Há uma unanimidade de que não se pode obrigar o Ministério Público a oferecer a inicial acusatória, como se mencionou no tópico a respeito dos princípios da obrigatoriedade e oportunidade.

Do mesmo modo, restou obscuro saber qual provimento jurisdicional se dará caso houver pactuação entre delegado de polícia e colaborador no sentido do não oferecimento da denúncia. Não há dúvidas de que o Ministério Público possa oferecê-la; mas não é assim quando se pensa no deslinde de um juízo homologatório ou da sentença, desde que as condições impostas no acordo sejam adimplidas pelo colaborador.

### **3.3 A caminho de uma mudança jurisprudencial?**

Gilmar Ferreira Mendes publicou recentemente um artigo (2019, p. 54-63) afirmando identificar uma possível reviravolta na jurisprudência de nossa Corte Constitucional acerca da colaboração premiada. A interpretação inicial, consolidada pelo Pleno no HC 127.483,

caracterizou-se, segundo ele, por conferir ao instituto ares de direito civil, na medida em que o define como negócio jurídico processual de caráter personalíssimo, ou seja, não poderia sua homologação ser impugnada por terceiros interessados, nem mesmo os acusados/investigados que seriam delatados em decorrência deste acordo. Além disso, os benefícios poderiam ser amplamente oferecidos ao colaborador, de modo que as balizas legais não precisariam ser respeitadas. Em suma, os acordos permitiriam uma ampla discricionariedade na estipulação negocial e a diminuta possibilidade de controle sobre ela, tanto jurisdicional, quanto de terceiros interessados.

Tal argumentação vem ao encontro com o entendimento posto no HC 127.483 e veiculado no Informativo 870 do STF, no qual a colaboração premiada limitaria o controle judicial, portanto, insuscetível de anulação de suas cláusulas por terceiros:

Destacou, ainda, que atualmente não há mais controvérsia acerca da natureza jurídica do instituto, considerado, em termos gerais, um negócio jurídico processual firmado entre o Ministério Público e o colaborador. Essa característica é representada pelas normas extraídas dos §§ 6º e 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013, as quais vedam a participação do magistrado na celebração do ajuste entre as partes e estabelecem os limites de cognoscibilidade dos termos pactuados. Trata-se, portanto, de meio de obtenção de prova cuja iniciativa não se submete à reserva de jurisdição, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a quebra do sigilo bancário ou fiscal e com a interceptação de comunicações telefônicas. (Informativo 870 do STF, p. 2).

Tal interpretação, todavia, deveria ser modificada, segundo Mendes, uma vez que conflitaria com outras garantias penais de grande relevância. Para tanto, considera que o HC 151.605/PR poderia ser um ponto de inflexão. Nesta medida cautelar em HC, julgada pela Segunda Turma, o paciente, então governador do Paraná, portanto, detentor de foro por prerrogativa de função no STJ, foi mencionado em depoimentos de colaborador após a homologação do acordo por juiz de primeiro grau. Em recurso sobre a questão, o STJ<sup>87</sup> não anulou a homologação por incompetência do juízo de primeiro grau, uma vez que a menção ao governador teria ocorrido após a homologação, e somente após isso o juízo teria remetido o processo ao foro competente, em dissonância com o entendimento do STF já decidido pelo Pleno da Corte (conforme informativo 870 do STF de 07 de junho de 2017<sup>88</sup>). Sob a perspectiva

---

<sup>87</sup> STJ. Corte Especial. Rcl 31.629/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.09.2017. “A homologação de acordo de colaboração premiada por juiz de 1º grau de jurisdição, que mencione autoridade com prerrogativa de foro no STJ, não traduz em usurpação de competência deste Tribunal Superior.” (Info 612 do STJ).

<sup>88</sup> “Com efeito, verificada a existência de liame de natureza objetiva, subjetiva ou probatória entre o conteúdo de termos de depoimento prestados pelo colaborador e o objeto de investigação em curso, incumbe à autoridade judicial responsável pela supervisão do procedimento investigatório, por força da prevenção, homologar o acordo de colaboração celebrado e adotar, subsequentemente, as providências acerca de cada fato relatado. Tal conclusão resguarda o jurisdicionado dos efeitos da litispendência e da coisa julgada. O Colegiado frisou ser o juízo prevento o detentor de condições mais adequadas para analisar os pontos de contato entre as declarações dos colaboradores

adotada pelo Pleno do STF, o STJ deveria ter homologado novo acordo de colaboração, apenas quanto ao governador citado no depoimento posterior, e anulado o primeiro acordo firmado em grau inferior. A Segunda Turma do STF reconheceu a ineficácia do acordo homologado em face do governador, com o consequente trancamento de inquérito processado pelo STJ, concordando com os argumentos do Relator, o próprio Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Tal arresto, segundo Mendes, mostra a necessidade cada vez maior do controle jurisdicional sobre os acordos de colaboração premiada, para que não deixem de observar prerrogativas garantidas pela Constituição Federal.

A possibilidade de intervenção de terceiros diante do juízo homologatório, segundo Mendes (2019, p. 59) se justificaria diante da lesividade à imagem de pessoas imputadas nos depoimentos de colaboradores tendo em vista a mediatização destes acordos, bem como a possibilidade de utilizá-los como fundamento para prisões preventivas.

Outro ponto discutido no artigo do Ministro, central ao nosso trabalho, diz respeito à possibilidade de estipulação de cláusulas exorbitantes à previsão legal, no sentido de concessão de benefícios extralegais. O Ministro defende que as cláusulas do acordo de colaboração premiada podem ser revistas na apreciação da sua legalidade na sentença, podendo, inclusive, serem revistas as benesses acordadas entre o Ministério Público e a defesa. A Corte estaria, inclusive, disposta a essa mudança de entendimento, conforme se pode extrair da Pet. 7.265, na qual já no juízo homologatório o magistrado deveria analisar a legalidade dos benefícios acordados, para que não extrapolassem àqueles previstos em lei. Como se vê, Mendes defende que se vá mais além, ou seja, não só com a impossibilidade de estipulação ilimitada a respeito dos benefícios aos colaboradores, ou então a revisão apenas no juízo homologatórios, mas também a possibilidade de anulação dos benefícios já na fase de apreciação deles por ocasião da sentença ou acórdão. Como ficou consignado pelo Pleno na QO na Pet 7.074 (MENDES, 2019, p. 57), valeria a regra do artigo 966, §4º do CPC<sup>89</sup>, na qual permite-se ao órgão colegiado analisar os atos de disposição das partes ou outros participantes do processo, e os atos homologatórios praticados no curso da execução.

---

e as outras investigações em curso, impondo, se for o caso, a tramitação conjunta.” (Informativo 870 do STF, p. 05).

<sup>89</sup> § 4º 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.



Além disso, como ocorre com a interceptação telefônica, também meio de obtenção de prova, a colaboração premiada deveria se submeter ao mesmo regime de nulidades, incluindo-se aí a possibilidade de seu controle também no juízo sobre o cumprimento dos termos do acordo e de sua eficácia, nos termos do artigo 4º, §11 da Lei 12.850/13. O Ministro destaca que o efeito da nulidade do acordo ou da homologação derivaria na nulidade da prova produzida. Em relação à nulidade de cláusulas sobre benefícios, segundo o autor (MENDES, 2019, 58), há de se ponderar a respeito da efetiva colaboração e, eventualmente, conceder-lhe os benefícios, especialmente quando o acordo for conseqüência de uma postura abusiva do órgão acusador. Nesse sentido, a despeito de uma nulidade do acordo de colaboração, ou do juízo homologatório, estaria assentado na jurisprudência do STF a possibilidade da chamada “colaboração premiada unilateral”, na qual o juiz poderia conceder benefícios ao delator mesmo sem acordo formalmente firmado, o que corroboraria, por analogia, a possibilidade de controle amplo do judiciário dos efeitos dos contratos processuais penais.

Todavia, a alegada mudança de entendimento operada no STF de fato não pode se verificar a partir do cotejo dos votos da maioria dos Ministros. É bem verdade que a Segunda Turma vem reformando acordos de colaboração premiada homologados, e permitindo que réus delatados possam impugná-los. Exemplos desse último caso são o HC 142.205 e HC 143.427, julgados ambos em 25/08/2020 pela Segunda Turma e relatados pelo próprio Ministro Gilmar Mendes. Nestes julgados, repetiu-se o entendimento fixado na PET 7.074 QO, na qual o juiz, na sentença pode revisar o acordo homologado nas hipóteses do parágrafo 4º do artigo 966 do CPC. Diante da nulidade do acordo, garantiu-se os benefícios estipulados, mas reconheceu-se a legitimidade do delatado de impugná-lo, e se anulou as provas produzidas por esse acordo ilegal, bem como das provas dele decorrentes. No entanto, a decisão não foi unânime, estando ausente o Ministro Celso de Mello e sendo votos vencidos os Ministros Edson Fachin e Carmem Lúcia.

As decisões mencionadas pelo Ministro no artigo de 2019 não demonstram uma ampla mudança de direção quanto ao controle judicial dos acordos de colaboração. Quanto a possibilidade de revisão dos acordos de colaboração homologados, não há modificações essenciais ao que ficou consignado no Inq 7.074 QO, ou seja, desde aquele momento se verificou possível rever cláusulas ilegais. Parece-nos evidente que benefícios, mesmo atípicos, são possíveis de serem concedidos na sentença, desde que proporcionais, sob pena de total desidratação do instituto. Se há qualquer controle judicial a ser feito a respeito dos benefícios concedidos, a respeito da sua proporcionalidade ou regularidade, deve acontecer na

oportunidade da homologação, ou então, deverá ser considerado precluso, considerada ilegalidade descoberta posteriormente, nos termos do que foi decidido no aresto mencionado.

#### 4. CONCLUSÃO

Não há dúvidas que a colaboração premiada é um instituto legítimo em nosso sistema de persecução criminal. Sua força normativa vem de tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, e é regulado por Lei. Como se demonstrou, é compatível com os princípios mais fundamentais presentes na nossa Constituição e visa proteger bens jurídicos importantes. É bem verdade que a Lei 12.850/13 tratou de forma insuficiente a forma e procedimentos, que posteriormente a jurisprudência precisou enfrentar e solver. Mais recentemente, a Lei 13.964/19 o aprimorou, completando lacunas e consolidando o entendimento já debatido nos Tribunais.

A introdução desse mecanismo não veio sem grandes problemas, uma vez que a tradição do processo penal brasileiro tinha suas raízes na ampla liberdade do juiz e restrição da atuação do Ministério Público. A atuação mais discricionária do Ministério Público, pautada pelos critérios da conveniência e oportunidade da ação penal pareceu inicialmente odiosa. Nessa batalha por deslegitimar o novo instituto, diversos argumentos inicialmente foram utilizados, notadamente a vigência do princípio da obrigatoriedade, e a impossibilidade da introdução de premissas consequencialistas. Como se verificou, o princípio da obrigatoriedade não obsta a utilização do modelo negocial, uma vez que o modelo negocial constitui exceção à obrigação do representante do Ministério Público de oferecer denúncia. Ademais, com exceção ao acordo que prever a concessão do benefício do não oferecer denúncia, em todos os demais casos haverá o oferecimento da peça acusatória e seu posterior processamento, de modo que não há de se falar de afastamento do princípio da obrigatoriedade ou sua mitigação na aplicação da colaboração premiada. Além disso, afastou-se a impossibilidade de utilização de argumentos consequencialistas para refutar a legítima utilização do instituto.

Argumentos mais sutis ganharam corpo. O debate progrediu para a necessidade de controle judicial de todos os atos da colaboração pelo juízo, em especial em dois momentos: a fase de homologação e na sentença. Na fase da homologação, a própria lei estipula requisitos mínimos a serem observados, tais como a regularidade, voluntariedade, a legalidade, os elementos de existência, requisitos de validade, o princípio da proporcionalidade, e o controle dos motivos e formas, entre outros. Na sentença, consolidou-se o entendimento de que deve haver um controle judicial da eficácia do acordo, algum poder de dosar a pena e adequação legal das estipulações do acordo, mais precisamente quanto a alegações de invalidade superveniente.

De fato, no modelo tal como concebido e praticado no Brasil difere do modelo de premialidade dos sistemas jurídicos estrangeiros de tradição anglo-saxã, porque a colaboração premiada possui diversos mecanismos de controle judicial, e a negociação não pode ocorrer sem balizas. Todavia, a exata dimensão desses controles não foi totalmente definida pela jurisprudência. Verificamos que há sérias dificuldades quanto a definição de termos indeterminados, tais como *utilidade e interesse público*, presente no artigo 3-A da Lei nº 12.850/13, e *termos do acordo homologado e sua eficiência*, do artigo 4º, § 11, do mesmo diploma. Verificamos a deficiência de controles quanto aos motivos, entendidos como aqueles fundamentos do ato jurídico, análogos aos motivos do ato administrativo discricionário, uma vez que em determinadas situações se pode entender pela dispensabilidade de atuação judicial. Semelhante a esse, abordamos a carência de controle de proporcionalidade da medida. Há também alguma dificuldade de conciliar a atuação da polícia judiciária com as prerrogativas do *Parquet*, sendo que à primeira instituição também é incumbida de firmar acordos penais. Além disso, não há ponto pacífico a respeito da possibilidade de controle judicial em alguns casos, tais como quando houver o não oferecimento da denúncia, porque, como refletimos, não há certeza sobre a necessidade até de qualquer processamento do negócio.

Diante de situações pontuais, o STF teve de reconhecer algum controle dos acordos de colaboração premiada na sentença, o que pareceu haver desnaturado por completo o instituto e acabado com o sistema de incentivos negociais. Contudo, como se demonstrou, essa possibilidade é condicionada a casos extremamente especiais. Além disso, a maioria dos membros da Suprema Corte entende, como regra, haver direito subjetivo do colaborador aos benefícios caso as obrigações venham a ser adimplidas, o que incentiva cada vez mais a utilização da ferramenta.

Por fim, se pode dizer que a jurisprudência vem consolidando este instrumento de investigação criminal, adaptando-o aos moldes do nosso sistema jurídico. A cada caso, se pode perceber as fragilidades dessa acomodação, impondo alguma ponderação de princípios igualmente preciosos tanto para a garantia de direitos, quanto para a efetividade da persecução. Importa, porém, que o sistema de controle das decisões não obste a proteção desses bens jurídicos, nem haja qualquer atuação arbitrária do agente do Ministério Público. Por isso, o sistema de articulação de poderes precisa cada vez mais se desenvolver, de modo que se estabeleçam regras claras e definidas *ex ante* às lides, prestigiando a segurança jurídica, a efetividade do sistema de justiça e os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal**: parte geral. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2013. 520 p.
- AROCA, Juan Montero. **Processo Penal y libertad**. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thompson Civitas, 2008.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5. ed. em e-book baseado na 7. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*.
- BRASIL. Ministério Público Federal. **Modernização da investigação criminal**: proposições legislativas. Relatório do estudo do Grupo de Trabalho intercameral “Modernização da Investigação” contendo proposições de modificações ao Projeto de Lei nº 8.045/2010. Brasília, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/110791> Acesso em 02 jul. 2020. *E-book*.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.
- BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à cooperação no processo penal: Uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 122, Set-out. 2016. p. 359-390.
- BRAGA, Paula Sarno. **Processo Civil**: Processo de Conhecimento, v. 18, 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CABRAL, Thiago Colnago. Efetividade do processo e técnica processual na execução penal – um exame da prática premiada pelo X Prêmio Innovare. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 116, set.-out. 2015.
- CAEIRO, Pedro. Legalidade e Oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da gestão eficiente do sistema. *In*: COSTA, José Gonçalves da; RODRIGUES, João Paulo; CAEIRO, Pedro et. al. **Legalidade versus Oportunidade**. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Público, 2002. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/339470566\\_Legalidade\\_e\\_oportunidade\\_a\\_pe](https://www.researchgate.net/publication/339470566_Legalidade_e_oportunidade_a_pe)

rseguicao\_penal\_entre\_o\_mito\_da\_'justica\_absoluta'\_e\_o\_fetico\_da\_'gestao\_eficiente'\_do\_si stema. Acesso em: 04 mar. 2020.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. 2017, Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava-Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Coimbra, n. 4000. set.-out. 2016.

COSTA, José Francisco de Farias. **Noções fundamentais de direito penal**. Coimbra: Coimbra, 2007.

COSTA, José Gonçalves da; RODRIGUES, João Paulo; CAEIRO, Pedro et. al. **Legalidade versus Oportunidade**. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2002.

CRESPO, Andrew Manuel. **The hidden law of Plea Bargain**. Disponível em <https://columbialawreview.org/content/the-hidden-law-of-plea-bargaining/>. Acesso em 26 mar. 2020. *E-book*.

CRUZ, Flávio Antônio da. *Plea Bargaining* e delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. 2016. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2016/12/2-8-plea.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2020. *E-book*.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: Análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 155, mai. 2019, p. 293-337. Disponível em: [https://www.academia.edu/40075907/A\\_determina%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_pena\\_na\\_colabora%C3%A7%C3%A3o\\_premiada\\_an%C3%A1lise\\_da\\_fixa%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_benef%C3%ADcios\\_conforme\\_a\\_Lei\\_12\\_850\\_2013\\_e\\_o\\_STF](https://www.academia.edu/40075907/A_determina%C3%A7%C3%A3o_da_pena_na_colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_an%C3%A1lise_da_fixa%C3%A7%C3%A3o_dos_benef%C3%ADcios_conforme_a_Lei_12_850_2013_e_o_STF) Acesso em: 15 mai. 2020. *E-book*.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norteamericano. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 5, n. 19, p. 179-204, jul.-set. 1997.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER, Fredie. **A invalidação dos atos processuais no processo civil**. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/60082876/a-invalidacao-dos-atos-processuais-no-processo-civil-brasileiro>. Acesso em: 15 jul. 2020. não paginado. *E-book*.

DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, v. 1, n. 1, jan.-jun. 1993, p. 73-102. **Revista de informação Legislativa**: v. 30, n. 117, jan.-mar. 1993. *E-book*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176016>. Acesso em: 01 jan. 2020.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e garantismo e o crime organizado. In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; et. al. (coords). **Repressão penal e o crime organizado**: os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito Policial: O Arquivamento e o Princípio da Obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 1996. sem paginação. *E-book*.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. A atuação criminal do Ministério Público: entre a tradição e a efetividade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 46, p. 142-173, jan.-fev. 2004.

GREVI, Vittorio. Nuovo código di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio. *In: Processo penale e criminalità organizzata*. Bari: Laterza, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais** – comentários à Lei 9.099/1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Influência do código modelo de processo penal para Ibero-América na legislação latino-americana: Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pelegrin. **Nulidade do processo e da sentença**. Livraria Revista dos Tribunais, 2019. não paginado. *E-book*.

JARDIM, Afrânio da Silva. **Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. 1. ed. Bauru: Edipro, 2003.

LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. v. 1. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1963,

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

MENDES, Gilmar Ferreira. Debates necessários à evolução da jurisprudência do supremo tribunal federal acerca dos acordos de colaboração premiada. **Revista dos estudantes de direito da Universidade de Brasília**. 16. ed. p. 54-63.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo 4. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. *E-book*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida Oliveira. **Direito Processual Penal Principiológico**. v. 13 (1). São Paulo: Escola Superior da Magistratura, 2015.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. O mito da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro. **Boletim científico ESMPU**. v. 16, n. 49, p. 237–262, jan.-jun. 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento – Aspectos Controvertidos do Instituto da Colaboração Premiada de Coautor de Delitos como Instrumento de Enfrentamento do Crime Organizado**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019. não paginado. *E-book*.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação Premiada: limites éticos ao Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no direito penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 95, n. 848, p. 416-437, jun. 2006.

SAVOIA, Francisco Simões Pacheco. **Colaboração Premiada e o Princípio da Imparcialidade**. Curitiba: Juruá, 2018.

SCARIOT, Juliane. **A punição no Sistema moral kantiano**. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade de Caxias do Sul. Caxias do Sul, 2013.

STASIAK, Vladimir. Considerações sobre o princípio da obrigatoriedade no processo penal brasileiro. **Revista CESUMAR**, Maringá, v. 2, n.1, p. 173-189, 1998. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revcesumar/article/download/541/516/> Acesso em: 05 fev. 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A Superação do Dogma da Obrigatoriedade da Ação Penal: A oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**. Goiânia, n. 34, jul.-dez. 2017, p. 35-50. Disponível em: [https://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2018/02/22/16\\_46\\_22\\_382\\_Revista34\\_final\\_Layout\\_1.pdf](https://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2018/02/22/16_46_22_382_Revista34_final_Layout_1.pdf) Acesso em: 06 jun. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I, 58. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. O processo penal na teoria dos princípios. **Revista da Emagis**. 20. ed. 2007. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/paulo\\_trois\\_netto.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/paulo_trois_netto.html). Acesso em: 03 mar. 2020.

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



VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2018. não paginado. *E-book*.

WEDY, Miguel Tedesco. A eficiência em direito penal. **Revista de Estudos Criminais**. v. 11, n. 49, abr.-jun. 2013. p. 69-93

WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o Estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 156, jun. 2019. p. 279-306.