

OS LIMITES DA LIBERDADE NEGOCIAL NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA, NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE LIMITS OF NEGOTIATED FREEDOM IN AGREEMENTS ON PLEA BARGAINS IN THE JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN HIGH COURT

LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD NEGOCIADA EN LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN PREMIADA, EN LA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Raphael Diniz Mendes de Araujo Franco*
Nefi Cordeiro**

* Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília. Advogado. LLM em Direito e Compliance pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro (RJ), Brasil.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de pós-graduação stricto sensu do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogado, Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Brasília (DF), Brasil.

SUMÁRIO: *Introdução; 2 A natureza jurídica da Colaboração Premiada e da sua decisão homologatória; 3 A validade outorgada pela Suprema Corte Federal ao acordo de colaboração premiada, com benefícios extralegais, de Alberto Yousseff; 4 A ulterior divergência jurisprudencial. Não homologação, pelo STF, em razão de benefícios premiais extralegais, do primeiro acordo firmado com Renato Barbosa Rodrigues Pereira. Reação legislativa na Lei Anticrime; 5 Considerações finais; Referências.*

RESUMO: A partir da introdução dos procedimentos da colaboração premiada, através da Lei 12.850/2013, sua aplicação no Brasil tornou-se muito grande, com eficiência reconhecida no âmbito do nascedouro da Operação Lava Jato. Os acordos negociados na colaboração inovaram em condições e benefícios, esgarçamento ou violando limites legais e assim gerando questionamentos judiciais acerca da validade de cláusulas com benefícios premiais extralegais. Em um primeiro momento nosso Supremo Tribunal Federal chancelou tais acordos, mas, posteriormente, reconheceu, em decisões monocráticas, a invalidade dos termos que exorbitavam dos limites impostos pela Lei de Organização Criminosa. Este artigo analisará os fundamentos adotados pelo Pretório Excelso para acolher ou rejeitar as inovações de prêmios extralegais, com foco em duas decisões paradigmáticas no tema.

PALAVRAS-CHAVE: Benefícios premiais extralegais; Supremo Tribunal Federal; Colaboração premiada; Limite negocial.

ABSTRACT: The introduction of plea bargains by law 12.850/2013 brought about a proliferation of deals in Brazil acknowledged within the context of the Carwash Operation. Collaboration deals innovated conditions and benefits, highlighting or violating legal limits, with the generation of juridical issues on the validity of clauses with extralegal benefits. The Brazilian supreme court accepted the deals even though, later, it acknowledged through monocratic decisions the invalidity of the terms that went beyond the limits imposed by the Law on Criminal Organization.

Autor correspondente:

Raphael Diniz Mendes de Franco

E-mail: raphaeldinizfranco@gmail.com

Current paper analyzes the foregrounding employed by the supreme court to accept or reject these novelties through two paradigmatic decisions on the issue.

KEY WORDS: Extralegal benefits; Brazilian High Court; Award-winning deals; Negotiation limits.

RESUMEN: A partir de la introducción de los procedimientos de la colaboración premiada, por intermedio de la Ley 12.850/2013, su aplicación en Brasil se volvió muy grande, con eficiencia reconocida en el ámbito del nacimiento de la Operación Lava Jato. Los acuerdos negociados en la colaboración innovaron en condiciones y beneficios, desherrumbramiento o violando límites legales y así generando cuestionamientos judiciales acerca de la validez de cláusulas con beneficios premiales extralegales. En el primer momento nuestro Supremo Tribunal Federal abalizó tales acuerdos, pero, posteriormente, reconoció, en decisiones unipersonales, la invalidez de los términos que exorbitaban de los límites impuestos por la Ley de Organización Criminal. En este artículo se analizará los fundamentos adoptados por el Pretorio Excelso para acoger o rechazar las innovaciones de premios extralegales, con enfoque en dos decisiones paradigmáticas en el tema.

PALABRAS-CLAVE: Beneficios premiales extralegales; Supremo Tribunal Federal; Colaboración premiada; Límite negocial.

INTRODUÇÃO

A vigência da Lei 12.850/13, que definiu o delito de organização criminosa e dispôs sobre as infrações penais a ele correlatas e os meios de obtenção de prova, gerou significativos impactos nas ações dos órgãos de persecução destinadas ao combate à corrupção, especialmente pela regulação do instituto da colaboração premiada.

Embora nosso ordenamento jurídico vigente de há muito incorporasse instrumentos da delação premiada, como se observa, de forma esparsa, na Lei de Crimes Hediondos, Lei do Crime Organizado e Lei de Drogas, a título exemplificativo, fato é que nenhuma legislação havia instituído um regramento mais amplo e detalhado do instituto da barganha, nos moldes dispostos na Seção I da Lei de Organização Criminosa.

O instituto da justiça penal negociada ganhou corpo somente após a entrada em vigor da Lei 12.850/13, em razão do estabelecimento de balizas legais mais claras, o que veio a reduzir, por conseguinte, a insegurança jurídica das partes envolvidas nos acordos.

Nos dizeres do hoje aposentado Ministro da Suprema Corte Federal, Celso de Mello¹, “a regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso”.

Já no ano seguinte à sua vigência, o que se observou foi uma irrestrita utilização da colaboração premiada enquanto meio de obtenção de prova nas investigações em que se apurava o cometimento dos delitos de corrupção e outros a ele correlatos.

Nesse cenário jurídico, potencializado pela rumorosa deflagração da Operação Lava Jato, observou-se uma vasta ampliação da discricionariedade dos agentes públicos na negociação de benefícios legais aos colaboradores, culminando na pactuação de acordos de colaboração premiada contendo benesses além daquelas previstas em lei e assim provocando conflitantes posicionamentos dentro do próprio Supremo Tribunal Federal.

No entanto, há de ser observada uma aparente evolução na jurisprudência da Suprema Corte Federal quanto ao tema, com a prolação mais recente de decisões judiciais que se abstiveram de homologar acordos de colaboração premiada em razão da ilegalidade dos benefícios concedidos aos colaboradores, em posição oposta aos primeiros acordos homologados com uma ampla liberdade negociada concedida ao Ministério Público.

Diante desse cenário, este artigo analisará os fundamentos invocados pelo Pretório Excelso, tanto para admitir, quanto para rechaçar a homologação de colaborações premiadas que contenham cláusulas com benefícios extralegais, destacando-se o exame das cláusulas impugnadas nos acordos dos colaboradores premiados Alberto Yousseff e Renato Barbosa Rodrigues Pereira.

2 A NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA E DA SUA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA

O instituto da colaboração premiada tem suas origens no direito anglo-saxão e, conforme ensina², se estruturou sobre uma profunda crença no papel do juiz como responsável pela busca da verdade real, ao contrário do sistema romano-germânico, que se diferencia quanto à forma de distribuição de poderes e responsabilidades entre seus principais atores:

¹ STF, ADI 5.508/DF, Tribunal Pleno, DJ 05/11/2019.

² LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. Cambridge: Harvard International Law Journal, v. 45, 2004, p. 10.

Em razão disso, a ampla discricionariedade do titular da ação penal mostra-se mais compatível com o sistema anglo-saxão do que com o modelo romano-germânico, porque, naquele, a acusação, como parte interessada, pode entender que determinada controvérsia não é digna de uma persecução penal. De outro lado, na metodologia romano-germânica, o núcleo essencial do processo consiste em apurar, por meio de uma investigação oficial e imparcial, se um determinado crime ocorreu e se o acusado foi o responsável por sua prática. Nesta sistemática, não há lugar para a ampla discricionariedade por parte do órgão acusador³.

Assentada a origem do instituto em um sistema jurídico diverso da tradição romano-germânica do ordenamento jurídico brasileiro – o que trará dificuldades práticas que serão enfrentadas linhas adiante –, há de se destacar que o acordo de colaboração premiada ostenta a condição de negócio jurídico processual travado entre as partes processuais, porém condicionado à homologação judicial, nos termos do artigo 4º, § 7º da Lei 12.850/2013.

Trata-se, com efeito, de mecanismo legal destinado a aumentar o custo esperado do crime, o qual, quando cotejado com o possível benefício auferido, influirá na decisão do autor de realizar ou não a conduta proscrita por lei, de modo que o incremento da probabilidade de punição, decorrente da possibilidade legal de que determinado coautor ou partícipe coopere com as autoridades, potencializará o custo do cometimento delituoso⁴.

Sobre a natureza de negócio jurídico processual, Rodrigues Jr.⁵ ensina que se trata de “declaração de vontade, unilateral ou bilateral, dirigida ao fim específico de produção de efeitos no âmbito do processo, de que é exemplo, no processo civil, a transação em juízo (art. 267, III, CPC)”.

Importante consignar que o conceito de negócio jurídico não se restringe ao âmbito do direito privado, razão pela qual Pontes de Miranda (2001)⁶ adverte que se deve evitar “chamá-la autonomia privada, no sentido de auto-regramento de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade em direito público – que seria falsíssimo”.

De outro lado, pontua Didier Jr. (2016)⁷ que, embora negócio jurídico, sujeito à vontade das partes, o autorregramento decorrente da liberdade negocial deve encontrar seus limites dentro do próprio sistema, não se tratando, portanto, de um campo negocial imune às balizas legais.

Nesse sentido, a lei existe para estipular a justa medida da ação do órgão estatal, sem que este possa criar normas, benefícios ou restrições não previstas pelo ordenamento jurídico⁸.

No que tange à participação do Poder Judiciário no contrato celebrado entre acusação e defesa, Didier Jr. (2016)⁹ esclarece que o órgão jurisdicional não é parte no negócio, na medida em que “não exterioriza a sua vontade para a sua formação”, destacando que o papel referente à homologação corresponde ao “âmbito da eficácia do negócio, e não de sua existência”.

Tal conceituação foi adotada pelo ex Ministro da Suprema Corte Federal, Teori Zavascki¹⁰, o qual consignou que “ao Poder Judiciário cabe apenas o juízo de compatibilidade entre a avença pactuada entre as partes com o sistema normativo vigente”.

³ LANGER, Máximo, op cit., 2004, p. 21.

⁴ SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. Eficiência e direito e penal. Barueri: Manole, 2004, p. 19

⁵ Rodrigues Júnior, Otávio Luiz. Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 321, ano 52, jul. 2004, p. 53.

⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. Tomo III São Paulo: Bookseller, 2001, p. 56.

⁷ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle de Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 62, out./dez. 2016, p. 10.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 95.

⁹ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle de Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 62, out./dez. 2016, p. 45.

¹⁰ STF, PET. 5952/DF, Min. Teori Zavascki, 14.3.2016.

Ademais, entende-se que o instituto legal em questão se trata de negócio jurídico bilateral, de natureza mista (material e processual), resultando na formulação de um contrato entre as partes¹¹.

Como diferencia Bottino,

Ao contrário da delação, a colaboração premiada é realizada por meio de acordo escrito, pelos representantes da parte acusatória, pelo suspeito ou acusado e seu defensor, e homologado pelo juiz. Esse é um grande diferencial em termos de incentivo ao criminoso que colabora, pois tanto as confissões como a delação trazem uma grande margem de incerteza no tocante ao benefício exato que será recebido¹².

Trata-se, por fim, de meio de obtenção de prova, posto que se apresenta como instrumento para se alcançar novas fontes de prova, sendo oportuna a diferenciação dos meios de prova e dos meios de obtenção de prova, como ensina Badaró (2012)¹³:

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

Já no que tange à natureza da decisão homologatória do acordo, Gomes e Silva (2015)¹⁴ frisam que se trata de avaliação judicial destinada ao “controle das cláusulas abusivas, desproporcionais e ilegais”, cujo objeto será a verificação da sua regularidade, legalidade e voluntariedade, nos termos no art. 4º, § 7º da Lei 12.850/2013.

Nesse sentido, “não há, no ato de homologação, exame de fundo acerca do conteúdo dos depoimentos prestados, os quais só serão objeto de apreciação judicial no momento da sentença, em que as declarações prestadas serão valoradas em face das outras provas produzidas no processo”¹⁵.

Dessa forma, o juízo de valor da decisão homologatória não se confunde com o da sentença, quando será realizado exame de maior amplitude, no qual se analisará a eficácia da colaboração e o efetivo adimplemento das obrigações contratuais do colaborador¹⁶.

¹¹ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle de Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 62, out./dez. 2016, p. 37.

¹² 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, 2016, p. 7.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 270.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 322.

¹⁵ STF, PET. 5733/PR, Min. Teori Zavascki 23.09.2015.

¹⁶ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. Item n. 4.1.8. 2. ed. São Paulo, Método, 2016, p. 169-173.

3 A VALIDADE OUTORGADA PELA SUPREMA CORTE FEDERAL AO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA, COM BENEFÍCIOS EXTRALEGAIS, DE ALBERTO YOUSSEFF

No âmbito da denominada Operação Lava Jato foi possível observar, especialmente nos primeiros anos de aplicação da Lei 12.850/2013, a reiterada concessão de benefícios premiais não previstos em lei, o que poderia ser considerado um acordo fora dos limites do sistema.

Nesse ponto, são destacadas as seguintes cláusulas do acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e Alberto Youssef, em que foi prevista a permissão para utilização, pelas filhas do colaborador, durante o período em que estivesse preso, de bens declaradamente configurados como produto de atividade criminosa (cláusula 7ª, h e j e § 3º).

Ainda no bojo do mesmo acordo, foi convencionada a liberação de quatro imóveis e um terreno caso os valores que viessem a ser recuperados em razão da colaboração superassem em 50 (cinquenta) vezes o valor dos imóveis (cláusula 7ª, § 4º).

Por fim, também será objeto da análise a fixação, no acordo, do cumprimento de pena privativa de liberdade em patamar mínimo de 3 anos e máximo de 5, em regime fechado, com progressão automática para o regime aberto, independentemente do atendimento aos requisitos legais para tal fim, bem assim das penas cominadas na sentença (cláusula 5ª, III e V).

É Relevante destacar que a ausência de previsão legal das benesses acima não foi óbice à homologação judicial do acordo pela Suprema Corte Federal, o que levou a defesa de indivíduos atingidos pela colaboração a questionar, perante a Corte, a legalidade do acordo de Alberto Youssef.

512

Em que pese o posicionado firmado acerca da ilegitimidade de coautores ou partícipes dos crimes praticados pelo colaborador para impugnar o acordo de colaboração, o Plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentou o mérito do *writ* para acolher o entendimento adotado pelo Ministro Relator do HC 127483/PR e reconhecer a validade legal das cláusulas que previam a concessão dos benefícios supraleais.

Na ocasião, o voto condutor, proferido pelo Ministro Dias Toffoli, reputou “válidas as cláusulas do acordo de colaboração que dispõem sobre a transmissão, a suas filhas e ex-mulher, de dois imóveis do agente colaborador”¹⁷.

Para tanto, embora reconheça que o confisco “não se qualifique como pena acessória, mas sim como efeito extrapenal da condenação”, o Ministro Relator emprega interpretação teleológica das expressões “redução de pena” e “mitigação da pena”, previstas nas Convenções de Palermo e de Mérida, respectivamente, para concluir pela licitude do “abrandamento das consequências do crime”.

Mais adiante, o nominado Ministro pondera que, “se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime [...], a fortiori, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação”.

A possibilidade legal de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia em razão de acordo de colaboração, com a consequente impossibilidade de perda patrimonial como efeito da condenação, também foi mencionada como reforço argumentativo à plausibilidade “que determinados bens do colaborador possam ser imunizados contra esse efeito no acordo de colaboração”.

Embora entenda pela limitação do âmbito do acordo às balizas legais, Valdez Pereira (2014)¹⁸ admite a concessão de benesses patrimoniais na hipótese de atribuição de perdão judicial, pois se trata de decisão declaratória de extinção de punibilidade, sem efeito condenatório a atrair a incidência dos efeitos do artigo 92, II, *b*, do Código Penal, de modo que, somente em tais casos, “o órgão do MP poderia incluir um benefício ao colaborador consistente

¹⁷ HC 127483/PR, STF, Plenário, 27/8/2015.

¹⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada. Legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 140-141.

na utilização do proveito auferido pela prática do crime”, ponderando-se, outrossim, que, “de qualquer modo, a decisão não vincularia o juízo civil em eventual ação para o ressarcimento ou restituição desses bens ou valores”.

A posição da Suprema Corte Federal acerca da viabilidade de se negociar benefícios legais além dos previstos na Lei 12.850/13 foi reiterada em outros arestos, sendo oportuno destacar o entendimento firmado pela 1ª Turma, no sentido de que o princípio da legalidade veda a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, por ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado, de forma que a cominação de pena mais favorável não violaria a legalidade estrita, pois não há de se falar em observância da garantia contra o garantido¹⁹.

Nesse sentido, Andrey Mendonça (2018)²⁰ pondera que o princípio da legalidade pode ter uma interpretação menos rígida no âmbito do processo penal consensual, concluindo que o postulado em questão não impediria a utilização da analogia *in bonam partem*, na medida em que não se trataria de ampliar o poder punitivo estatal, mas sim de se conceder benefícios mais vantajosos ao imputado. E prossegue:

Nada impede que o princípio da legalidade (tanto na seara penal quanto processual) seja utilizado *a favor* do próprio imputado – a que, em última análise, o princípio busca proteger. O próprio texto da Constituição, logo após assegurar o princípio da legalidade penal, estipula que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, inc. XL, da Constituição). Ou seja, o próprio texto constitucional reconhece que é possível a mitigação do princípio da legalidade penal em benefício do acusado. E seria uma inversão do próprio fundamento dos direitos fundamentais utilizar uma garantia criada para a proteção do imputado em seu desfavor²¹.

Quanto à possibilidade de o acordo entre o imputado e o Ministério Público individualizar a pena a ser imposta – o que usurparia e limitaria a exclusiva competência jurisdicional para se cominar e individualizar sanções –, pondera-se que, em momento algum, o Poder Judiciário estaria excluído deste processo de fixação dos benefícios, pois, além de atuar na fase de homologação do acordo, “o Judiciário irá fiscalizar o acordo e seu cumprimento pelas partes durante todo tempo e, ainda, será o responsável por verificar se realmente o colaborador cumpriu os objetivos do acordo e, em caso positivo, irá fixá-los na sentença”²².

Com efeito, o entendimento firmado pelo Pretório Excelso encorajou o Ministério Público Federal a instituir a Orientação Conjunta nº 1/2018, dispondo sobre as regras e parâmetros no âmbito dos acordos de colaboração premiada, sendo possível observar, em seu artigo 26, os critérios criados para definição do “benefício penal”, cristalizando-se, assim, a autonomia da vontade das partes negociais.

Verifica-se, assim, que a posição firmada pela Suprema Corte Federal no julgamento do paradigmático *Habeas Corpus* n.º 127.483/PR chancelou a possibilidade de o Ministério Público ou a Autoridade Policial negociarem e concederem benefícios aos imputados além dos previstos na Lei de Organização Criminosa, em posicionamento que encontra guarida em parte da doutrina, segundo a qual é possível a pactuação de benefícios premiais não previstos em lei, desde que se respeite um limite mínimo que resguarde a imposição de sanções que atentem à dignidade da pessoa humana²³.

¹⁹ Inq. 4405/DF, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 27/2/2018.

²⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (org.). Colaboração Premiada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2018, p. 80.

²¹ *Ibidem*, p. 81.

²² *Ibidem*, p. 88.

²³ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (org.). Colaboração Premiada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2018, p. 79.

4 A ULTERIOR DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO HOMOLOGAÇÃO, PELO S.T.F., EM RAZÃO DE BENEFÍCIOS PREMIAIS EXTRALEGAIS, DO PRIMEIRO ACORDO FIRMADO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E RENATO BARBOSA RODRIGUES PEREIRA. REAÇÃO LEGISLATIVA NA LEI ANTICRIME

Em que pese a existência de julgados reafirmando a legalidade das benesses extralegais pactuadas em acordos firmados com o Ministério Público Federal no âmbito da Operação Lava Jato, como visto acima, fato é que o tema está longe de ser pacificado entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Antes de se analisar o exame da primeira proposta de acordo de Renato Barbosa Rodrigues Pereira, submetida ao crivo do Pretório Excelso no bojo da Pet. 7265/DF, em que se rechaçou a sua homologação em razão da existência de cláusulas com benefícios²⁴ não previstos em lei, há de se destacar o posicionamento crítico da doutrina quanto ao alargamento da margem negocial dos acordos.

Embora reconheça a natureza jurídica de negócio processual bilateral, Didier Jr. aduz que

o espaço do autorregramento da vontade é aquele deixado pelo sistema jurídico, que confere aos sujeitos o poder da escolha, em menor ou maior medida, das categorias eficazes e, no que for possível, de estrutura e conteúdo das relações jurídicas, sempre dentro dos limites estabelecidos pelo sistema. Em nenhum âmbito do direito pode-se falar em autorregramento sem limites²⁵.

Discorrendo sobre as limitações do objeto de um negócio jurídico, Cordeiro pondera que a liberdade negocial “se dá no limite da lei e da disponibilidade patrimonial”, alertando sobre a proibição de se “negociar o que seja objeto ilícito, pois nossa legislação civil expressamente o impediu – e favores estatais não autorizados são ilícitos”, de modo que “não pode o negociador estatal dispor do que não foi legalmente autorizado”²⁶.

514

No mesmo sentido, Bottino discorre sobre a diferença das limitações legais impostas aos cidadãos e aos agentes públicos, no sentido que “se é certo que tudo aquilo que a lei não proíbe é lícito ao indivíduo realizar, também é certo que os agentes públicos só podem atuar nos limites da lei que a estabeleceu”, concluindo que todas as cláusulas que conferem benefícios fora do limite legal “constituem medidas claramente ilegais e que aumentam enormemente os riscos de que tais colaborações contenham elementos falsos”²⁷.

Isso porque, nas hipóteses em que o acusado se veja diante de elevadas reprimendas, a concessão de benefícios extremamente atrativos, como nas cláusulas do acordo acima referido, aumenta o risco de que o criminoso colaborador incrimine outras pessoas para potencializar suas benesses²⁸.

Callegari e Linhares reforçam tal entendimento, destacando que “os negócios jurídicos em geral não se caracterizam por uma disposição irrestrita das partes a respeito de seus efeitos”, tratando-se de “liberdade de escolha limitada ao campo de atuação permitido pelo sistema jurídico”²⁹.

A atuação estatal fora dos limites expostos na lei também sofre críticas de Nucci (2019)³⁰, segundo o qual há clara violação à igualdade na fixação de cláusulas extralegais:

²⁴ Unificação da pena, por todos os delitos confessados a 4 anos de reclusão, com escolha do regime fechado, mitigado pelo recolhimento domiciliar noturno, acrescido da prestação de serviços à comunidade (cláusula 5ª, itens 1; 2, “a” e “b”).

²⁵ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle de Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 62, out./dez. 2016, p. 33

²⁶ CORDEIRO, Nefi. Colaboração Premiada. Caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 59.

²⁷ 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, 2016, p. 9.

²⁸ Ibidem, p. 11.

²⁹ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. Colaboração Premiada: Lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. ed. Livraria do Advogado, 2020, p. 147.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 95.

A chamada teoria dos poderes implícitos, associada ao aforismo de que quem pode o mais, pode o menos, levou à fixação de inúmeras cláusulas totalmente imprevisíveis – legalmente falando – nos acordos firmados no contexto da Operação Lava Jato. 19 Essa extrapolação gera insegurança jurídica e afeta o básico princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Note-se que cada delator terá um tratamento completamente díspar de outro, tudo a depender do humor do órgão persecutório estatal (delegado ou MP), o que nos parece inadequado.

Com efeito, a invocação da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/99) para justificação da concessão de vantagens patrimoniais não previstas na Lei de Organização Criminosa, que instituiu e regula a colaboração premiada, é criticada por Vasconcelos (2017)³¹, o qual destaca a “distinção profunda entre a legítima e legalmente regulada concessão de medidas protetivas (por meio das disposições da Lei 9.807/99) em comparação com uma incontável abertura a cláusulas discricionárias previstas ad hoc nos acordos firmados”, e ainda adverte:

Com toda a certeza, a prática adotada fomenta espaços indevidos de discricionariedade, potencializando arbitrariedades e tornando nebulosos os procedimentos e critérios adotados para proteger o delator, o que viola, inclusive, a regra de publicidade dos atos estatais.

A alegação de que a Lei 12.850/2013 autoriza que o Ministério Público deixe até mesmo de oferecer denúncia contra o colaborador, de modo que inexistiria óbice à concessão de benefícios extrapenais de natureza patrimonial, como a utilização de bens provenientes de atividade criminosa, é rechaçada por Valdez Pereira (2014)³²:

Nessa situação, a solução é um pouco mais complexa do que poderia sugerir um raciocínio embasado na lógica simplista de ‘quem pode o mais, pode o menos’, pois a relação entre sanções penais e civis é de qualidade, e não de quantidade; trata-se de instâncias autônomas que se comunicam nos limites regulados pela legislação. No caso do Brasil, os diplomas legais que tratam de benefícios no âmbito da apenação aos *pentiti* não preveem que possam englobar efeitos civis econômico-financeiros, e já foi dito no capítulo inicial que, à diferença do sistema estadunidense do *plea bargaining*, não existe inserção de livre juízo discricionário por parte dos órgãos de persecução penal no que tange aos arrependidos; somente a lei pode disciplinar natureza e extensão das medidas premiaias, retirando, deste modo, alguma ampla discricionariedade dos órgãos repressivos, e mesmo jurisdicionais, quanto à sanção a ser aplicada.

Não menos reprovável, sob a perspectiva de amplo segmento doutrinário, é a cláusula do acordo de Alberto Yousseff, homologado pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se prevê a utilização, por seus parentes, de bens provenientes de atividades confessadamente criminosas, o que torna, mediante a chancela do Estado, a transformação do produto do crime e bem lícito, como observado por Vasconcelos (2017)³³:

Tal sistemática é semelhante à previsão de recompensas financeiras ao colaborador em razão de eventuais recuperações de valores e bens desviados pelas condutas ilícitas praticadas. Essas “cláusulas de performance” ou “taxas de sucessos” são inadmissíveis e inconstitucionais, ao passo que autorizam perversos escambos em ações que podem caracterizar, eufemisticamente, uma “lavagem de dinheiro autorizada pelo Estado”

³¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 247-248.

³² PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada. Legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 140.

³³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, op cit., 2017, p. 248.

Já no que concerne à disposição sobre os regimes e requisitos para cumprimento das sanções pactuadas, em que se observou a criação de regimes jurídicos não previstos em lei, Salvador Netto (2019)³⁴ adverte que “a resposta dessa questão passa pela reafirmação da execução penal como um ambiente de cogência e legalidade, não havendo espaço possível para a elaboração particular de um estatuto específico para o caso concreto”.

A corroborar a impossibilidade de se transacionar benesses fora dos limites impostos pela legislação especial, Canotilho e Brandão (2017)³⁵ são taxativos quanto à vedação a tais pactos:

Possíveis exclusões ou atenuações de punição de colaboradores fundadas em acordos de colaboração premiada só serão admissíveis se e na estrita medida em que beneficiem de directa cobertura legal, como manifestação de uma clara vontade legislativa neste sentido. Dito de outro modo: é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal.

Tais considerações doutrinárias ecoaram na jurisprudência da Suprema Corte Federal, destacando-se, como importante precedente, a decisão do Ministro Ricardo Lewandowski que deixou de homologar os termos de acordo de colaboração em que se previa a concessão de benefícios legais não previstos na legislação de regência.

A respeito de cláusulas que impunham penas privativas de liberdade e o perdão judicial antes do devido processo legal e sem participação do Poder Judiciário, o Ministro refutou o seu cabimento ao restringir os limites legais conferidos ao *Parquet* no âmbito da negociação, concluindo pela inexistência de “qualquer autorização legal para que as partes convençionem a espécie, o patamar e o regime de cumprimento de pena”³⁶.

Ao discorrer sobre as cláusulas que continham benefícios premiais não previstos em lei, o Ministro Relator considerou que validar tal aspecto do acordo corresponderia a permitir ao Ministério Público atuar como legislador, autorizando que o órgão acusador pudesse estabelecer ao acusado, antecipadamente, sanções criminais não previstas em nosso ordenamento jurídico.

A respeito da fixação, no acordo, dos regimes para cumprimento da pena, Ricardo Lewandowski entendeu pela prerrogativa do Poder Judiciário para tal fim, nos moldes do artigo 33 e seguintes do Código Penal, como também do art. 387 do Código Processual Penal, concluindo que se tratam de “normas de carácter cogente, que não admitem estipulação em contrário por obra da vontade das partes do acordo de colaboração”.

O Ministro Relator ainda invocou o óbice da separação dos poderes para rejeitar a homologação do pacto *sub examine*, na medida em que os benefícios extralegais representariam uma indevida imersão do Ministério Público nas funções legislativa e judicante, concluindo que “o ato jamais poderia sobrepor-se ao que estabelecem a Constituição Federal e as leis do País”³⁷. E arrematou:

No entanto, como é de conhecimento geral, o Poder Judiciário detém, por força de disposição constitucional, o monopólio da jurisdição, sendo certo que somente por meio de sentença penal condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado. Sublinho, por oportuno, que a Lei 12.850/2013 confere ao juiz a faculdade de, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 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 resultados descritos nos incisos do art. 4º

³⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Execução penal: ambiente de cogência ou espaço de dispositividade? Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 324, pp. 4-6, nov. 2019, p. 5.

³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 133, jul. 2017, p. 147.

³⁶ PET 7265, STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 14/11/2017.

³⁷ PET 7265, STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 14/11/2017

do diploma legal em questão. Saliento, a propósito, que a própria Constituição Federal estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, assim como ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LIV e LXI, da CF).

Por fim, o Ministro Lewandowski suscitou a inexistência de “qualquer autorização judicial para que as partes convençionem a espécie, o patamar e o regime de cumprimento da pena” concluindo que “não se mostra possível homologar um acordo com tais previsões, uma vez que o ato jamais poderia sobrepor-se ao que estabelecem a Constituição Federal e as leis do País, cuja interpretação e aplicação – convém sempre lembrar – configura atribuição privativa dos magistrados integrantes do Judiciário”.

Esse posicionamento também foi acolhido pelo Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da validade das cláusulas do acordo de outro colaborador, entendendo-se que a “cominação de penas sem prévia cominação legal” ofende a legalidade penal, alertando, ainda, para o papel do Ministério Público de assumir, em tais condições, “a função Legislativa nos acordos”³⁸, o que reputou ilegal.

O nominado Ministro, neste mesmo aresto, ainda rejeitou o argumento a favor da maior elasticidade na concessão das benesses legais, sob o fundamento de que o princípio da legalidade, por se tratar de garantia do indivíduo contra o Estado, não poderia ser utilizado em seu desfavor:

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

Não bastasse, há de se observar que os sucessivos questionamentos acerca da legalidade de cláusulas de acordos com benefícios fora dos limites legais acabaram por gerar uma reação legislativa sobre o tema, concretizado na edição da Lei Anticrime, que passou a vedar, expressamente, a inadequação das benesses que imponham regimes de cumprimento de pena não previstos em lei e de requisitos para progressão de regime fora dos limites legais. (Art. 4º, § 7º, II da Lei 13.964/2019³⁹).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observado, a aplicação do instituto da colaboração premiada no âmbito da Operação Lava Jato, poucos meses após a vigência da Lei 12.850/2013, gerou uma profusão de questionamentos acerca dos limites negociais do negócio jurídico contratual bilateral em questão.

Nesse sentido, notou-se uma elevada tentação de os agentes dos órgãos de persecução alargarem as balizas impostas pela legislação de regência, sob o fundamento do utilitarismo penal, potencializado pela magnitude internacional provocada pela operação policial referida, que atingiu autoridades públicas e empresários de renome, atraindo uma diuturna cobertura midiática de todos os seus atos processuais.

³⁸ STF, Pet 7074 Questão de Ordem, Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 2.5.2018.

³⁹ § 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 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)

Assim, a despeito das contundentes críticas doutrinárias à indiscriminada elasticidade na concessão de benesses legais aos réus e investigados que adotassem postura colaborativa, a Suprema Corte Federal houve por bem cancelar os pactos com cláusulas contendo benefícios premiais extralegais, alguns, inclusive, *contra legem*, como no caso de formas de progressão de regime contrárias ao que determina a Lei de Execução Penal.

No entanto, com o aprofundamento dos questionamentos acerca da legalidade de tal proceder, bem assim com o decurso de prazo necessário à maturação da aplicação da colaboração premiada – comum ao sistema de *common law*, mas estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romano-germânica⁴⁰ –, percebeu-se uma tendência a se reputar ilegais (e sobretudo inconstitucionais) as cláusulas que dispunham sobre benesses não previstas na Lei 12.850/2013, concluindo-se pela limitação dos agentes públicos às balizas legais expressamente definidas por lei.

Muito embora a questão esteja longe de ser pacificada no âmbito do Pretório Excelso, como se pôde observar nas distintas conclusões adotadas nos casos concretos examinados, fato é que o esgarçamento dos limites legais instituídos pela Lei de Organização Criminosa produziu reação do Poder Legislativo quanto ao tema, resultando na expressa vedação à concessão de regimes prisionais não previstos em lei.

Parece tendência restauradora da legalidade como proteção ao cidadão mas como limite estatal⁴¹, estrito quando em procedimento sancionatório. A ação persecutória somente pode ser exercida dentro de limites previamente conhecidos, com as garantias do cidadão acusado sendo protegidas ao lado da segurança jurídica, em que a eficiência se acomoda a um agir na lei, sendo garantidos direitos do perseguido e da vítima, em que há condenação justa mas apenas de quem se prova ter praticado crimes, sendo mantida, portanto, a paz social.

REFERÊNCIAS

518

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

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, 2016.

BRASIL, **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Congresso Nacional. Publicada em 24 de dezembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração Premiada: Lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Livraria do Advogado, 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, jul. 2017.

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

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle de Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 62, out./dez. 2016.

⁴⁰ PET 7625, STF, Rel Min. Ricardo Lewandowski, 14/11/2017

⁴¹ “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa ‘pode fazer assim’; para o administrador significa ‘deve fazer assim’” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo; Malheiros, 2012, p. 89, p. 85).

- GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. Cambridge: **Harvard International Law Journal**, v. 45, 2004.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. item n. 4.1.8. 2. ed. São Paulo, Método, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo; Malheiros, 2012, p. 89.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (org.). **Colaboração Premiada**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo III São Paulo: Bookseller, 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada. Legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. **Revista Jurídica**, n. 321, ano 52, julho, 2004.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Execução penal: ambiente de cogência ou espaço de dispositividade? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 324, pp. 4-6, nov. 2019.
- SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. **Eficiência e direito e penal**. Barueri: Manole, 2004.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Recebido em: 28 de julho de 2022

Aceito em: 14 de novembro de 2022