

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-085-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado “A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA” aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo “O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”.

Por sua vez, o artigo “O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE”, de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o sugimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – “PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS” – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconceções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em “OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA”, Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie “Olhos que condenam”, analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo “O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO”, de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – “O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS” - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

“O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA”, de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado “DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER”, Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

NOTES ABOUT THE PLEA BARGAIN INSTITUTE

Rodrigo Lima e Silva ¹
Victor Américo Alves de Freitas ²

Resumo

A análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do instituto no ordenamento jurídico estadunidense e alemão é uma contribuição acadêmica relevante do presente texto, onde é possível destacar o exame de limites às possibilidades discricionárias de negociação, no qual sensíveis aspectos foram expostos, que exigem uma releitura principiológica da ação penal. O presente artigo também trata de outros temas relevantes referentes à colaboração premiada, como a mudança de status dos direitos fundamentais de privilégio.

Palavras-chave: Colaboração premiada, Controle judicial, Discricionariedade

Abstract/Resumen/Résumé

The critical analysis of the cooperating defendants and the institutions that gravitate towards it, in order to allow a better understanding, not only from the Brazilian legal system, but also from the institute in the American and German legal system, is a relevant academic contribution of this text, where it is possible the examination of limits to the discretionary possibilities of negotiation, in which aspects were exposed, which require a principled rereading of the criminal action. This article also deals with other relevant topics regarding the state's evidence collaboration, such as the status change of fundamental rights of privilege.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: States evidence, Judicial control, Discretion

¹ Professor Adjunto de Direito Processual Penal da UFRRJ. Especialista em Direito Público e Privado – EMERJ/UNESA. Mestre em Direito Público – UNESA. Doutor em Ciências Políticas – IUPERJ/UCAM.

² Graduado em Direito pela UFRRJ. Pós-graduado pelo Instituto de Educação e Pesquisa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – IEP/MPRJ. Mestrando em Direito Penal – UERJ.

1. – INTRODUÇÃO

É tema recorrente nos dias atuais a realização de acordos de colaboração premiada e de leniência. Os casos midiáticos que, em sua quase totalidade versam sobre os crimes de colarinho branco, dizem muito quanto aos crimes praticados por pessoas bem posicionadas na escala social, mas embutem uma série de discussões jurídicas relacionadas a um instrumento que, embora não seja novo, assumiu recentemente, por força de uma regulamentação mais precisa, um papel relevante no enfrentamento de uma criminalidade cada vez mais organizada.

Muito se debate hodiernamente sobre os principais temas correlatos à colaboração premiada, sobretudo quanto a questão da possibilidade de rescisão da avença.

Nesse ponto é importante um esclarecimento: No Brasil a delação premiada foi inaugurada no ordenamento jurídico a partir da Lei 8072/90 (BOTTINO, 2016; FERNANDES, 2017) e teve também regência nas Leis 9034/95, 9080/95, 9613/98, 9807/99, 10149/00, 11343/06 e Lei 12683/13 (ROSA, 2019) e também no recente pacote anticrime, lei 13964/19. Mas somente com a edição da Lei 12.850/2013 (PINTO, 2013) se inaugurou o instituto da colaboração premiada (BOTTINO, 2016) no ordenamento jurídico brasileiro.

É importante dizer que há uma diferença quanto ao instituto da delação premiada e da colaboração premiada. A colaboração só é aplicável nos crimes de organização criminosa e exige – além dos requisitos da delação – a revelação da estrutura hierárquica e a prevenção de infrações que decorrem da atividade organizacional (BOTTINO, 2016).

Além disso, a colaboração premiada permite que: a) o Ministério Público deixe de oferecer denúncia se houver preenchimento dos requisitos legais; b) que seja realizada após a sentença e c) permite que o réu cumpra pena em estabelecimento diverso dos corréus, essas benesses não possuem correspondência na delação premiada.

Outra diferença é que o acordo de colaboração premiada é um acordo escrito, levado à autoridade judiciária para homologação (BOTTINO, 2016).

A delação não é um acordo escrito, sendo feito de maneira oral nos autos, sem ser levado à homologação para fins de validação.

Isso significa dizer que a colaboração traz maior segurança jurídica ao colaborador se comparada ao que a delação traz ao delator, pois nessa última há uma discricionariedade em relação ao *quantum* do benefício a ser aplicado no momento da prolação da sentença (BOTTINO, 2016).

A funcionalidade do instituto da colaboração premiada é a permissibilidade de oferecimento de mecanismos redutores (TEOTÔNIO, 2015; ROSA, 2019) da superestrutura do direito penal em contraprestação a esclarecimentos de como determinada organização criminosa atua – seu *modus operandi* (FERNANDES, 2017) – ou quais os delitos praticados por ela e pelo colaborador (PEST, 2017); ou, ainda, pelo operador dos bastidores que possui o domínio do fatoⁱ.

A Lei 12.850/2013, em seu artigo 4º, permite que o juiz, a partir do requerimento das partes, conceda o perdão judicial ou reduza a pena em até 2/3; ou, ainda, substitua a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (PINTO, 2013).

Mas não é só, para que haja a concessão dos benefícios é necessário que da colaboração advenha os resultados dos incisos do referido artigo, quais sejam a) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por ele praticadas; b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Inobstante tais previsões legais, deve se levar em consideração que o instituto da colaboração premiada, objeto deste artigo, sofreu uma resistência inicial por parte da doutrina, que destacou a incompatibilidade com o sistema acusatório, a ilegalidade da flexibilização dos instrumentos processuais penais, bem como a impossibilidade de sua aplicação no Estado Democrático de Direito e que premiar pela delação é algo que demonstra a insuficiência estatal (FERNANDES, 2017).

Portanto, analisar com maior profundidade as considerações doutrinárias acerca das principais problemáticas da aplicação do instituto a partir de um pensamento crítico e técnico, numa perspectiva constitucional redutora da afetação do indivíduo a partir de sua minimização, é um desafio para o texto, que teve por pretensão conformar e retirar as disfuncionalidades de uma mal redigida lei, que produz decisionismo em grande escala.

Essa passagem pelos institutos vai aclarar as inconsistências e conformá-las a partir de uma releitura da doutrina e da jurisprudência, sem esquecer as atualizações promovidas pelo pacote anticrime de 2019.

Vale dizer, em síntese apertada, que existe uma importância colaborativa no texto com a constante preocupação de trazer à lume as incongruências da norma de regência, oferecendo

uma luz às cinzentas questões, com o intuito de promover um debate crítico, técnico e coerente sobre o instituto e todas as medidas que gravitam em torno da colaboração premiada e do processo penal brasileiro.

Para tal desafio, houve uma intensa e criteriosa metodologia de revisão bibliográfica, buscando referências consagradas e nomeadamente críticas do sistema penal e processual penal, não só nacionais, mas também internacionais. A leitura, que espera ser leve, convida a críticas e reflexões para impor limites e *standards* de aplicação.

2. – CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: O MODELO NORTE-AMERICANO, ALEMÃO E BRASILEIRO.

Para que seja possível discorrer sobre o instituto da colaboração premiada é necessário realizar um estudo dos modelos norte americano e alemão.

O sistema jurídico brasileiro sofreu forte influência do Direito Penal e do Processo Penal norte-americano (PEREIRA, 2013) e por isso é necessário abordá-la; o sistema jurídico alemão também guarda congruência com o sistema jurídico brasileiro, razão pela qual é oportuno o estudo.

É importante mencionar que as normas penais incriminadoras nos EUA são conceituadas como autorizações de criminalização, não como mandados de criminalização, isso porque o órgão acusador pode ou não oferecer acusações segundo a sua conveniência.

Nos EUA, os *US Attorneys* devem verificar um procedimento que possui três fases: *proffer*, fase de negociação e assinatura do acordo de cooperação e a fase de sentença.

Na fase de *proffer*, são realizadas sessões (sessões de *proffer*) para avaliar se as informações que o acusado pretende fornecer são interessantes para o governo contra outras pessoas.

Várias sessões são realizadas, porque como o acusado não tem certeza de que irá fechar o acordo, dificilmente diz tudo o que sabe na primeira sessão. Para facilitar, o acusado assina um acordo de *proffer*, em que o conteúdo dessa sessão não poderá ser usado contra o réu direta ou indiretamente, embora possam as declarações servirem para novas investigações.

Satisfeitos com as declarações do acusado, os réus, seus advogados e acusadores tem de aceitar uma imputação para a qual o acusado fará um *plea* de culpado, podendo negociar alguns aspectos da sentença que será feita entre eles e o juiz.

Após isso, haverá a sentença pelo juiz, que somente será prolatada por assim dizer, depois do réu colaborador ter participado de todas as inquirições com os acusadores e com a polícia, ter apresentado todos os documentos que tenha em seu poder, ter participado de todas diligências que tenham a necessidade de sua participação.

Um exemplo isolado, mas real – e famoso – é o do ex-dono de banco de investimento Jordan Belfort, cuja estória foi a base do filme “O Lobo de Wall Street”. Embora o filme não trate disso, num dos seus livros de memória, Belfort trata do processo de colaboração com os *US Attorney*, que durou mais de dois anos, envolveu uma infiltração dele na empresa da qual era dono para incriminar seu ex-vice-presidente, no final, transformou uma potencial pena de mais de 10 anos em quatro anos, dos quais ele cumpriu preso apenas dois. (PÁDUA, 2018, p.522)

Uma das principais críticas é que o instituto da colaboração premiada nos EUA não se aplicaria aqui com facilidade, embora tenha por demais influenciado a legislação brasileira sobre o tema. Conforme os argumentos já apresentados, deve-se destacar também a independência funcional do Ministério Público, pois soluções para as disfuncionalidades do instituto – tais como criação de protocolos obrigatórios a partir da chefia dos *US Attorneys* – não seriam aplicáveis ao Brasil e a atuação mais direta do Poder Judiciário no controle do conteúdo dos acordos de colaboração, pode significar um abandono do protagonismo das partes no instituto (PADUA, 2018).

No que tange à Alemanha, a colaboração premiada passou a ter suporte legislativo a partir de 2013, com a introdução do instituto na Lei de Entorpecentes (BtMG), no § 31 e no Código Penal (StGB), no § 46b (PEST, 2017).

Esse instituto é utilizado tão somente para estruturas criminosas impenetráveis na qual seus membros realizam uma espécie de pacto de *omertà* (BALLAN JÚNIOR, 2016). Em razão disso, algumas críticasⁱⁱ (PINTO, 2013) são feitas ao instituto praticado no direito alemão: a) apenas aqueles que estivessem implicados numa organização criminosa desse tipo poderia gozar dos mecanismos redutores. Isso significa dizer que eventuais sujeitos que venham a cometer um crime – ainda que seja o primeiro –, caso não se enquadre no parâmetro, não poderá gozar do instituto. Com isso, há a quebra da isonomia.; b) A indignidade do Estado aceitar atos de negociação com sujeitos que tenha cometido crime. Esse tipo de conduta iria de encontro ao que determina os valores constitucionais de adequação e justiça da pena e c) também é criticado o fato de o ordenamento jurídico permitir um *minus* na responsabilidade do sujeito ante a culpar o coautor ou partícipe (PEST, 2017).

Quanto aos aspectos pré-processuais, os promotores alemães têm por obrigação proceder à investigação se houver suspeita inicial (PEST, 2017). Assim o é também no direito

brasileiro, *mutatis mutandis*, sobre a instauração do inquérito policial pelo Delegado de Polícia caso haja indícios de materialidade, para avaliar se há uma suspeita inicial ou não, deve o promotor alemão aferir se as informações prestadas pelo colaborador são sustentáveis.

A posição majoritária na doutrina alemã entende que essas informações devem ser relativas a ações realizadas, seja em momento pretérito, seja em momento atual, dessa forma, suposições não são suficientes para embasar uma suspeita inicial.

Decidida a abertura da investigação em razão das informações prestadas pelo colaborador, não há mecanismos jurídicos no direito alemão que possibilitem seu arquivamento, salvo hipóteses de arbitrariedade (PEST, 2017).

Já no ambiente processual, a jurisprudência alemã exige uma fundamentação minudente e coesa na apreciação das provas.

Isso significa dizer que não basta o magistrado utilizar, dentre todo o acervo probatório, apenas as provas que entender cabíveis para fundamentar sua decisão. Deve ele, além disso, fundamentar o afastamento daquelas que não lhe serviram como arcabouço, caso não atue dessa maneira, sua decisão apresenta falha jurídica (PEST, 2017).

A Constituição da República do Brasil de 1988 determina, em seu artigo 93, IXⁱⁱⁱ, CF/88, o dever de fundamentação das decisões judiciais. Entretanto, a jurisprudência no Brasil – diferentemente da Alemanha – não se exige que a fundamentação seja minudente. Isso permite com que os magistrados façam exatamente o procedimento anteriormente dito: utilizem as provas que entendam cabíveis para fundamentar suas decisões, sem que lhe seja exigido esforço argumentativo para afastar as não utilizadas ou que entender incabíveis.

Esse tipo de atuação impacta diretamente na ampla defesa e no duplo grau de jurisdição.

3. O CONTROLE JUDICIAL DO ATOS DE NEGOCIAÇÃO.

Embora o subtítulo possa eventualmente indicar que se questiona a possibilidade ou necessidade de o magistrado integrar os atos de negociação, não é disso que se trata.

Isso significa dizer que o juiz não integra o acordo, uma vez que é imperativo que o juízo atue de maneira imparcial^{iv} (TEOTÔNIO, 2015) a fim de garantir uma justa e correta avaliação do termo do acordo, dado que, conforme a legislação^v, a atuação do magistrado ocorre em dois momentos: a) quando da homologação do termo, ante o cumprimento dos requisitos legais e b) quando da prolação da sentença – momento no qual avalia a efetividade do acordo e prola sentença de mérito.

O magistrado, ao atuar no momento da homologação do termo de colaboração premiada, deve aferir a legalidade, a livre declaração do colaborador e a regularidade do termo (ROSA, 2018).

A lei 13.964/2019, por sua vez, adicionou os seguintes itens: a) necessidade de aferição, pelo juízo, da adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos parágrafos §4º e §5º do artigo 4º da Lei 12.850/2013 – o que nada mais é do que a observância da possibilidade de perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade ou substituição por pena privativa de direitos àqueles que tenham efetivamente colaborado e, além disso, determina a nulidade das cláusulas que pactuem regime inicial de cumprimento de pena e progressão de regime; b) a necessidade do juízo adequar os resultados da colaboração ao mínimo exigido nos incisos do artigo 4º da lei, que foi acima transcrita e c) necessidade de análise da voluntariedade da manifestação da vontade, sobretudo em hipóteses nas quais o colaborador tenha sido objeto de medida cautelar pessoal.

Inobstante tais previsões é fundamental dizer que a livre declaração não é tão somente uma cláusula no termo, é ela a essência da validade do negócio jurídico, uma vez que qualquer defeito, retira sua condição válida e impede a produção de efeitos.

Outro ponto a ser considerado no microssistema da barganha são os standards de garantias e privilégios.

Standards são os núcleos duros, os direitos fundamentais do ordenamento jurídico, são as garantias mínimas e indispensáveis.

Os privilégios, por outro lado, são direitos que o colaborador pode vir a dispor – desde que haja um consentimento informado. Portanto, o que se identificar como norma constitutiva não pode ser objeto de disposição; o que se identificar como norma regulativa pode ser objeto de disposição (ROSA, 2018).

Com a releitura principiológica do processo penal, é possível dizer que ele se mantém como direito fundamental em sua totalidade? Com a inserção da barganha no ordenamento jurídico é preciso admitir que não há unidade processual no Brasil (LOPES JÚNIOR, 2016; ROSA, 2018) e que os sujeitos processuais ocupam posições diferentes das habitualmente conhecidas, o que deve ser corretamente compreendido. Como exemplo, a presunção de inocência, em sua tríplice dimensão^{viii}, deixa de ser entendida como regra constitucional (BOTTINI, 2012) e deve ser entendida como privilégio do colaborador, que pode dispor a seu jugo com o fito de obter os benefícios previstos em lei (ROSA, 2018).

Deve ficar esclarecido que quando se fala em aferição da legalidade do termo de colaboração premiada, se está dizendo que o juízo deve analisar a conformidade das cláusulas do termo em face do ordenamento jurídico, é dizer que o Ministério Público e o colaborador só podem negociar benefícios no estrito limite dado pelo ordenamento jurídico.

Qualquer acordo com cláusulas que não possuam fundamento no ordenamento jurídico não deve ser homologado. Porém é preciso entender que até a Pet. 7256/DF^{ix}, na qual o Ministro Ricardo Lewandowski não homologou acordo de colaboração premiada, o Supremo Tribunal Federal tinha jurisprudência consolidada (COUTINHO, 2018) de que era possível um poder negocial discricionário absoluto do Ministério Público^x.

A decisão – absolutamente acertada, diga-se –, retorna o instituto à parâmetros de legalidade antes escanteados (COUTINHO, 2018) sob o argumento do utilitarismo. Porém, embora correta a decisão, é necessário trazer uma crítica e uma advertência: num processo decisório – quando já consolidado o entendimento de um tribunal –, para que haja mudança na jurisprudência, essa deve ser feita utilizando técnicas jurídicas.

O magistrado deve, para realizar *overruling*, exercer uma construção da decisão judicial enfrentando o ponto nevrálgico do tema.

Deve ele abordar, portanto, os pormenores do instituto, demonstrar a jurisprudência consolidada até àquele julgamento e indicar que, em futuros casos o magistrado/tribunal considera a alteração de jurisprudência e no caso da Pet. 7256/DF, não houve esse cuidado técnico, havendo mudança abrupta de entendimento (COUTINHO, 2018).

A advertência é no seguinte sentido: embora acordos com cláusulas sem fundamento no ordenamento jurídico não devam receber homologação pelos juízes, todos os acordos já homologados devem ser cumpridos nos estritos termos das cláusulas (COUTINHO, 2018).

Por conta disso também, a mudança de entendimento jurisprudencial deve ser modulada com efeitos *ex nunc* (COUTINHO, 2018), sob pena de fulminar o instituto da delação ante a quebra de confiança nos atos estatais, segurança jurídica etc.

Ao juízo, portanto, é vedada a participação em atos de negociação (ROSA, 2018) e, por conseguinte, não é lícito oferecer acordo de colaboração premiada.

Entretanto, dois interessantes pontos merecem destaque: a) a concessão de ofício dos benefícios da Lei 12.850/2013 ante a colaboração do réu sem que haja acordo de colaboração firmado com o Ministério Público e b) a aferição da personalidade do agente como requisito à concessão dos benefícios. Sobre a concessão de ofício, duas são as correntes. A pedra angular

para entender-se por uma ou outra é a natureza da colaboração; ou seja, se é ou não um direito subjetivo do réu (COURA, 2016).

O primeiro entendimento defende que a colaboração é um direito subjetivo do réu (COUTINHO, 2018) e que, dado o dever de *accountability* das decisões dos órgãos públicos, caso o Ministério Público não fundamente as razões pelas quais não ofereceu acordo de colaboração premiada a determinado réu, é possível que o juízo conceda *ex officio* os benefícios previstos na Lei 12.850/2013 caso haja cumprimento dos requisitos – colaboração premiada unilateral (ROSA, 2018); ou seja, caso a colaboração do réu, durante o processo, resulte no que determina o artigo 4º da referida Lei (COUTINHO, 2018), com a redação dada pelo pacote anticrime.

O segundo entendimento defende que a colaboração não é direito subjetivo do réu e, por consequência, entende que o instituto da colaboração unilateral não pode ser concedido *ex officio* pelo magistrado no momento da prolação da sentença (COURA, 2016).

Esse segundo posicionamento só admite controle do juízo em hipóteses nas quais haja um desvio funcional do Ministério Público.

Este trabalho se filia à primeira corrente, admitindo, portanto, controle externo em alguma medida. Isso porque, diferentemente dos Estados Unidos, o Ministério Público no Brasil não possui discricionariedade absoluta e não se pode admitir a importação de institutos incompatíveis com a sistemática do ordenamento jurídico vigente (COUTINHO, 2018).

A única medida que o juízo não poderia conceder *ex officio* seria a imunidade processual, dado que a titularidade da ação penal é do Ministério Público, conforme artigo 129, I, da Constituição da República.

Na hipótese de o acusado preencher o artigo 4º, §4º, I e II, da Lei 12.850/2013, deve o juízo conceder *ex officio* o perdão judicial.

Outro ponto a ser considerado é a análise da personalidade do agente para fins de concessão dos benefícios,^{xi} que é um tema a ser tratado com cuidado, porque pode, em um dado momento, ser obstáculo ao colaborador.

A *ratio decidendi* do juízo deve ser exauriente e enfrentar todos os argumentos trazidos pela acusação e defesa – num processo penal clássico, porque isso permite à defesa^{xii} a possibilidade de revisão da decisão a partir do duplo grau de jurisdição.

Quando o juízo insere no ato jurisdicional argumentos dogmáticos valorativos que são impossíveis de serem refutados a partir do duplo grau de jurisdição, impede a ampla defesa e o contraditório.

Para aferir de maneira negativa a personalidade do agente é preciso que percorra os seguintes critérios: a) defina o conceito de personalidade nas suas razões de decidir, permitindo que o juízo *ad quem* revise; b) indique a metodologia que foi utilizada; c) os critérios analisados e d) em que momento foi possível ao juízo classificar o réu como um sujeito com uma personalidade avaliada negativamente (CARVALHO, 2002).

Outro cenário é quando há acordo de colaboração premiada prevendo alguns benefícios legais – mas não todos – e o juízo, no momento da prolação da sentença, confere maior envergadura à colaboração. Poderia alterar o acordo para conceder benefícios outros que não estavam especificados no acordo?

Nesse ponto pode-se adotar uma postura restritiva e argumentar no sentido de que não sendo possível o juízo oferecer acordo *ex officio*, não seria possível da mesma forma alterar o acordo para conferir mais benefícios^{xiii}, uma vez que essa decisão se equipararia a oferecer acordo. Não se filia este trabalho a essa corrente.

E a razão é óbvia: os termos do acordo de colaboração premiada firmados entre o Ministério Público e o colaborador são as regras mínimas a serem analisadas (COURA, 2016). É dizer que o juízo só poderia alterar o acordo de colaboração premiada caso valorasse a contribuição para além daquela já realizada pelo Ministério Público quando a elaboração do termo; e essa alteração só poderia ser, por evidente, para conferir mais benefícios legais previstos.

Outro controle jurisdicional que deve ser feito é quanto ao juízo de recepção ou rejeição de denúncia fundada em colaboração de corréu, ainda que mais de um.

É assente que o juízo deve rejeitar a denúncia por falta de justa causa – conforme artigo 395, I, do Código de Processo Penal – uma vez que a natureza do instituto é de meio de obtenção de prova. É nesse sentido *habeas corpus* 465.501^{xiv}, Recurso em *habeas corpus* 105.181^{xv}, ambos de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz^{xvi}, que determinou o trancamento da ação penal.

A ampliação dos espaços de consenso no processo penal obrigou um novo entendimento dos institutos do direito processual. O processo penal clássico, que serve de instrumento à comprovação da culpa do acusado, opera em conformidade com princípios próprios da ação penal pública. Dentre eles a oficialidade, obrigatoriedade, indisponibilidade e divisibilidade^{xvii}.

O processo penal que tem em seu âmbito espaços de consenso não pode operar na mesma sintonia clássica, uma vez que o instituto da colaboração premiada não poderia ser entendido pelas bases anteriores (ROSA, 2019). Portanto, é preciso redimensionar.

Nesse esforço, deve-se compreender a nova dinâmica da atuação do Ministério Público, da barganha e negociação de informações e a própria ação penal.

O Ministério Público, no microssistema da Lei 12.850/2013 possui como meio de obtenção de prova a utilização do instituto da colaboração premiada. É permitido nesse instituto, conforme já dito, a negociação de benesses legais ante ao oferecimento de informações pelo colaborador.

Essa relação negocial é própria da economia e, portanto, permite a incidência da barganha (ROSA, 2019).

A compra e venda de informações ganha novo caráter nesse espectro, uma vez que a depender da qualidade e da quantidade de informações – e se ele inaugurou a prestação de informações –, o colaborador possui amplo poder de negociação com o Ministério Público e/ou Delegado de Polícia (ROSA, 2018). Admitir, portanto, a possibilidade de o Ministério Público negociar perdão judicial, redução de pena privativa de liberdade ou, no grau máximo, imunidade processual e defender a incidência do princípio da obrigatoriedade da ação penal é um erro, dado que colidiria com toda a nova sistemática negocial do mercado penal (COURA, 2016).

Não se trata da já desbotada discricionariedade regradada, dado que nessa condição – como a doutrina afirma ser a hipótese da transação penal – não há espaço negocial tão largo nem recebimento de informações tão valiosas como permitido pela sistemática da colaboração. Equiparar as situações seria um equívoco.

São nítidas a matriz negocial e a relação de valor de troca e valor de uso das informações. O que se tem, na verdade, é a incidência dos princípios da oportunidade, conveniência e disponibilidade adaptadas à sistemática negocial.

Explica-se: No processo penal clássico, o princípio da oportunidade e conveniência incidem na ação penal privada (LOPES JÚNIOR, 2017) e, ao reverso da obrigatoriedade, permitem que a vítima não desempenhe a faculdade da ação penal e a conveniência de, após juízo valorativo próprio do meio negocial – análise de custo-benefício – iniciar o processo penal (LOPES JÚNIOR, 2017). A disponibilidade estaria presente na possibilidade de a vítima desistir do processo, por exemplo; ou, ainda perdoar o réu.

Entretanto, essa análise não pode se dar no pano de fundo do processo penal clássico. As adaptações são necessárias, porque transportar as categorias do processo penal clássico ao microssistema da colaboração gerará incongruências.

É dizer que a forma de comprovação da culpa, a função do juiz e a arena de comprovação da culpa, por exemplo, estão deslocados (ROSA, 2018).

No âmbito da justiça negocial, o princípio da oportunidade está presente na permissibilidade do Ministério Público negociar imunidade processual, na condição estabelecida pela legislação – uma vez que os órgãos estatais devem estrito respeito à legislação. A conveniência encontra-se na possibilidade de análise do Ministério Público em, aferindo os custos de ônus probatório, demora do processo e perda de informações, em não submeter sua demanda ao processo penal clássico, através do mecanismo da negociação. A disponibilidade estaria presente na permissibilidade do Ministério Público negociar o perdão judicial com o réu. É importante dizer, entretanto, que não se aplica a decadência e preempção, por exemplo, por absoluta incompatibilidade.

4. RESCINDIBILIDADE DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

O acusado que se submete ao regime da barganha e negocia um acordo de colaboração, deve oferecer informações relevantes que atinjam um dos requisitos da Lei 12.850/2013.

Essas informações devem ser, *a posteriori*, confirmadas através de investigação, seja pelo Ministério Público ou pelo Delegado, mas isso não significa dizer que a concessão de benefícios fica condicionada a eventuais condenações de terceiros como medida de aferição da verdade das informações, uma vez que, embora a informação prestada pelo colaborador seja verdadeira, por questões externas pode não se obter a condenação do delatado (ROSA, 2018).

Se assim o fosse, haveria submissão à condição externa – cujo âmbito de negociação não admite – que o próprio Estado pode vir a frustrar.

É dizer que se houvesse esse tipo de condição, o Estado – através do Ministério Público – negociaria e fecharia o acordo de colaboração premiada e o mesmo Estado – através do juízo – poderia vir a frustrar o recebimento do benefício ao colaborador ante eventual não recebimento da denúncia do co-investigado.

Seria uma atuação absolutamente antiética do Estado e afetaria a segurança jurídica esperada.

Como reforço argumentativo à impossibilidade de aferição da veracidade por condenações de terceiros (ROSA, 2018), tem-se o mandamento normativo que impede a prolação de sentença cujo fundamento é tão somente o acordo de colaboração premiada

(PEREIRA, 2008) – uma vez que a natureza do instituto é de meio de obtenção de prova^{xviii}. Para haver decisão condenatória é necessário conjunto probatório idôneo, coeso e robusto.

A obrigação de resultado implica responsabilização do devedor caso não haja realização do resultado. Já na obrigação de meio o devedor deve atuar de modo zeloso (FARIAS, 2015) ou, no âmbito do microssistema da barganha, de maneira colaborativa e eficaz. Portanto, dada as condições do negócio jurídico, a obrigação do colaborador se exaure com a entrega das informações, com a confissão ou eventual entrega de provas (ROSA, 2018).

Com isso é absolutamente possível se afirmar que a obrigação do colaborador é de meio (ROSA, 2018), porque se não se pode condenar com base no acordo de delação, não se pode dele exigir resultado.

Acontece de, ao negociar os termos do acordo de colaboração premiada, o colaborador negociar informações que, naquele momento, não tem como entregar.

É a venda da informação sem que haja lastro probatório.

Não significa dizer que o colaborador está mentindo, mas tão somente que não dispõe do meio probatório para oferecer ao comprador. É o que a doutrina chama de venda a descoberto das informações (ROSA, 2018).

A venda a descoberto ocorre quando o colaborador tem conhecimento de fatos típicos, porém não possui prova pré-constituída (ROSA, 2018); com isso, busca validar a informação *a posteriori*, a fim de garantir um reforço probatório e melhorar sua posição negocial.

Esse tipo de procedimento não é proibido, mas deve ser muito bem ajustado pelas cláusulas do termo (ROSA, 2018) – que em hipótese nenhuma devem ser genéricas ou abusivas^{xix}.

É pacífico na doutrina que é possível a rescisão do acordo de colaboração premiada quando há cometimento de crime conexo (COUTINHO, 2018) - inclusive porque a homologação faz coisa julgada formal.

É o caso do sujeito que se propõe ao regime da barganha e, realizado o acordo, comete novo crime cujo desdobramento está intimamente ligado ao anterior; também é o caso do colaborador que não confessa, no âmbito do acordo, todos os fatos típicos cometidos e os mesmos vêm a ser descobertos depois; ou, ainda, no caso do colaborador que comete novo crime semelhante, embora não haja conexão entre o crime declarado no acordo e o novo crime praticado.

O relator dos autos é competente para homologar o acordo de colaboração premiada, mas a decisão sobre eventual rescisão a decisão é do colegiado, dado que a decisão, nesse caso, é de mérito – e não apenas homologatória (COUTINHO, 2018).

A rescisão surge como juridicamente possível no momento que os termos pactuados não são cumpridos pelo colaborador. Mas e se houve cumprimento substancial do acordo, restando apenas questões laterais a serem cumpridas, é razoável rescindir o acordo? Havendo cumprimento do núcleo duro/central do acordo de colaboração premiada – e frise-se, é necessário que esteja pactuado; caso contrário, entende-se como violação à regularidade e o acordo sequer deveria ser homologado pelo relator – é possível aplicar a teoria do adimplemento substancial (COUTINHO, 2018).

A teoria do adimplemento substancial busca evitar que o credor utilize um direito potestativo de maneira desproporcional (FARIAS, 2015).

Diante disso, deve haver a repactuação dos termos para adequação em conformidade com a extensão da colaboração (ROSA, 2018).

Sendo o inadimplemento referente ao núcleo duro do acordo, é possível que haja a rescisão do acordo ante inadimplemento.

A rescisão do acordo de colaboração premiada ante a cometimento de crime não conexo deve ser avaliada com maior cautela. Isso porque não pode pretender o Ministério Público ou o Delegado tutelar todos os aspectos da vida privada do colaborador.

Quando há cometimento de crime conexo se admite a rescisão por violação das cláusulas. Mas qual a implicância de um crime de lesão corporal leve no acordo de colaboração premiada em crimes de branqueamento de capitais? Não há sequer similitude na categorização dos delitos.

Nesses casos, deve-se manter o acordo de colaboração premiada e o crime não conexo seguir os procedimentos processuais democráticos previstos pela Constituição da República e os códigos infraconstitucionais.

Claro que, no exemplo dado, o delito é de menor potencial ofensivo e possui mecanismos de despenalização^{xx}. Quando houver crimes cuja incidência das medidas despenalizadoras não sejam aplicáveis e o benefício do acordo de colaboração premiada não seja a imunidade, deve-se seguir a regra geral de unificação de penas para determinar o regime inicial de seu cumprimento.

Dessa forma, caso o colaborador seja condenado a dois anos em regime aberto – em razão da colaboração – e em outro processo seja condenado por homicídio simples a pena de

sete anos, deve haver sua unificação. Nesse caso, o total da pena resultaria em nove anos e deve haver a adequação, conforme o artigo 33 do Código Penal, para regime fechado.

Uma observação é fundamental: a alteração da data-base para fins de cômputo da progressão de regime só deve ser feita se o novo crime for consumado no curso do cumprimento da pena^{xxi}. É nesse sentido a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no ProAfR no Resp 1.753.512 – PR, de Relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz³. Havendo hediondez – homicídio qualificado – e não hediondez – tráfico privilegiado –, além da sanção imposta em razão da colaboração – deve haver o cálculo discriminado (ROIG, 2014) para aferição dos benefícios da execução penal.

CONCLUSÃO

A importação sem filtros críticos de um instituto cuja gênese se dá num modelo jurídico diverso traz um calhamaço de divergências, incompatibilidades e dificuldades de aplicação. É o caso da colaboração premiada que tem origem no sistema jurídico norte-americano com fundamentos no *common law*.

Por isso, a análise do funcionamento do instituto nos EUA é de extrema importância. Além disso, um olhar sobre o instituto no modelo alemão é bem-vindo em razão da similitude entre os sistemas e pela imposição de limites que a Alemanha impõe à colaboração premiada, servindo de parâmetro de análise para a legislação brasileira.

Em termos conclusivos, podemos afirmar que a legislação de regência é absolutamente lacônica e não traz as definições procedimentais ajustadas, permitindo toda espécie de decisionismo – tão pernicioso ao sistema democrático de direito. O que se buscou demonstrar foi que, embora haja autorizadas vozes postulando a inconstitucionalidade do instituto – e esse é nosso posicionamento – o Supremo Tribunal Federal reforçou sua constitucionalidade e, em razão disso, não é produtora a simples decisão de não abordar os aspectos relevantes e nevrálgicos do instituto, seus limites e parâmetros de aplicação, uma vez que esse tipo de decisão não auxilia na melhora da aplicação da Lei 12.850/2013.

3 RECURSO ESPECIAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. TERMO A QUO PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. ACÓRDÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte **tese: a unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios.** (grifo nosso)

A questão do controle judicial em duplo momento teve análise crítica a partir das decisões da Suprema Corte – ressaltando, sobretudo, o acerto decisório do Min. Ricardo Lewandowski ao não homologar acordo de colaboração premiada nos termos postos e o seu erro de não adotar a regra do *overruling* para indicar mudança de posicionamento.

Houve também uma análise sobre os *standards* de garantias e privilégios, procedendo a uma releitura de institutos clássicos que, se mantidos como outrora, serão absolutamente incompatíveis com a nova sistemática.

É o caso trazido do princípio da presunção de inocência: se entendido dentro da proposta do direito processual penal clássico, é um obstáculo intransponível no microsistema da barganha; se entendido como *standard* de privilégio, é possível sua integração à nova sistemática.

A possibilidade de concessão de ofício de benefícios da Lei 12.850/2013 – colaboração unilateral – foi abordada com cautela, admitindo-se a possibilidade, porém com ressalva quanto à imunidade processual dada a titularidade do Ministério Público em relação à ação penal – e a proposição da possibilidade do juízo, nesses casos, concederem o perdão judicial de ofício. Também foi abordada a possibilidade do juízo, ao analisar o acordo de colaboração premiada, poder conceder benefícios outros não dispostos no termo, visto aquelas condições serem as mínimas.

O momento da retratação do termo de colaboração premiada foi debatido de maneira detida, apresentando os termos discutidos na doutrina como momento adequado, para ao final defender que deve ela ser realizada até o momento da homologação pelo juízo.

Também foi objeto deste trabalho um novo olhar sobre a principiologia da ação penal, revivendo e remodelando temas que antes estavam estruturados de maneira incontestada, mas que ante a imposição da constitucionalidade da colaboração premiada precisavam ser revistos.

Todos esses temas foram discutidos com o máximo de rigor técnico e acadêmico, buscando conformar um instituto que se originou em um modelo jurídico diverso do brasileiro, mas que foi aqui adotado sem uma regulamentação limitadora e minudente. Nesse espírito, uma análise crítica do próprio instituto e das categorias que gravitam em seu redor é importante. O pacote “anticrime” trouxe algumas notas importantes que ajudaram a regular a matéria, mas ainda é insuficiente por ainda haver omissão que permita decisionismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Limites do pactuado na colaboração premiada: pode o Ministério Público fixar penas ou conceder perdão? Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/21-082018-limites-do-pactuado-na-colaboracao-premiada-pode-o-ministerio-publico-fixar-penas-ou-conceder-perdao.html>> Acesso em 09 de março de 2020.

BALLAN JÚNIOR, Octahydes; VASCONCELOS, Sóya Lélia Lins de. Colaboração premiada: instrumento para a efetivação da política criminal brasileira. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 70, 2016.

BATISTA, Nilo. Alguns princípios para a reforma da justiça criminal. *In: Novas tendências do direito penal*. Artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: REVAN, 2004

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Deixem em paz a presunção de inocência. **Revista do Advogado**. São Paulo, nº 117, a. 32, out. 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**, a. 24, v. 122, 2016.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2ª ed., ampl. – Porto alegre: Editora Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. Juiz pode fixar pena abaixo do máximo estabelecido em acordo de delação. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-10/salo-carvalho-juiz-fixar-pena-menor-teto-delacao>>. Acesso em 24 de maio de 2019.

COURA, Alexandre de Castro; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**, a. 105, v. 969, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda.; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Delação premiada no limite**: a controvertida justiça negocial *made in Brazil*. Florianópolis: EMais, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: v. 2. 9ª ed., rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso de direito civil**: v. 4. 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Fernando Andrade; GOMES, Ana Cristina. Acerca da experiência brasileira com o instituto da delação premiada. Expectativas político-criminais transmutadas em políticas públicas criminais. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 76, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista Ajuris**, v. 33, n 102, 2006.

PADUA, João Pedro. **A colaboração premiada em perspectiva comparada: lições que aprendemos e lições que (ainda) não aprendemos com o direito norte-americano**, In: LEMOS, Bruno Espíñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HOHN, Ivo; QUINTIERE, Victor Minervino (orgs). **Compliance e temas relevantes de direito e processo penal. Estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). **Revista Ajuris**, a. XXXV, n. 111, 2008.

PEST, Robert. A colaboração premiada no Processo Penal Alemão (*Die Kronzeugelung im Deutschen Strafverfahren*). Trad. Luís Henrique Machado. **Revista Direito Público**, v.13, n. 74, 2017.

PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 56, 2013.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª ed., rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada; SCHARTH, Daniel. Cálculo discriminado é apropriado à execução penal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-10/calculo-discriminado-procedimento-apropriado-execucao-penal>> Acesso em 09 de março de 2020.

ROSA, Alexandre Morais da; SANT'ANNA, Raquel Mazzuco. **Delação premiada como negócio jurídico: ausência de coação como requisito de validade**. 1ª ed. – Florianópolis: EMais, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018.

ROXIN, Claus. **Temas de Direito Penal – parte geral**. In: GRECO, Luís LOBATO, José Danilo Tavares. (coords.). *Autoria mediata por meio do domínio da organização*. Trad. José Danilo Tavares Lobato. Rio de Janeiro – Renovar, 2008, pp. 323-342.

SOUZA, Alexandre José Garcia de. Colaboração premiada: a necessidade de controle dos atos de negociação. **Boletim IBCCRIM**, a. 25, n. 290, 2017.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire. Delação premiada sob o enfoque da razoabilidade e proporcionalidade. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 68, 2015.

ⁱ Sobre a autoria mediata em razão de um aparato organizado de poder, não se trata da definição torta utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal 470. Se trata, sim, da teoria trazida por Roxin. O autor mediato é aquele que a partir da sua instrução, pode gerar fatos típicos ou não, sem dispensável conhecer o executante, uma vez que é fungível. Entretanto, realiza esse procedimento através de um aparato organizado de poder. Isso o difere do mandante de um crime de homicídio, por exemplo. Isso porque o mandante apenas instiga e, por isso, é partícipe do crime. Os elementos que fundamentam a aplicação da teoria do domínio do fato em organizações criminosas são a) se trate de organização estruturada de modo hierárquico; b) que a organização esteja dissociada do direito – fora da ordem jurídica; c) fungibilidade do executor e d) posição de comando na organização. Esses elementos são cumulativos. Portanto dizer que determinado sujeito deve ser responsabilizado por determinado fato típico em razão da teoria do domínio do fato por exercer posição de comando é absolutamente equivocado. Para melhor compreensão e correta aplicação: ROXIN, Claus. **Temas de Direito Penal** – parte geral. In: GRECO, Luís LOBATO, José Danilo Tavares. (coords.). *Autoria mediata por meio do domínio da organização*. Trad. José Danilo Tavares Lobato. Rio de Janeiro – Renovar, 2008, pp. 323-342.

ⁱⁱ Que também servem ao instituto aplicado no Direito brasileiro.

ⁱⁱⁱ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (grifo nosso)

ⁱⁱⁱ Uma vez que se sabe que exigir neutralidade é impossível, cf. GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista Ajuris**, v. 33, n 102, 2006, p. 290.

^{iv} Uma vez que se sabe que exigir neutralidade é impossível, cf. GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **Revista Ajuris**, v. 33, n 102, 2006, p. 290.

^v Ver Lei 12.850/2013, artigo 4º, §6º.

^{vi} Jurisdição, órgãos, linhas gerais etc. Cf. ROSA, Alexandre Moraes da; SANT’ANNA, Raquel Mazzuco. *Op. cit.* p. 21.

^{vii} Processo, procedimento, questão probatória e culpa. Cf. *Ibid.* p. 21.

^{viii} Dimensão probatória; regra/dever de tratamento e norma de garantia.

^{ix} Autos com segredo de justiça.

^x Defendendo a impossibilidade do Ministério Público determinar, por exemplo, o *quantum* de pena a ser reduzido – assim como a decisão do Min. Lewandowski. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Limites do pactuado na colaboração premiada: pode o Ministério Público fixar penas ou conceder perdão? Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/21-082018-limites-do-pactuado-na-colaboracao-premiada-pode-o-ministerio-publico-fixar-penas-ou-conceder-perdao.html>>. Acesso em 09 de março de 2020.

^{xi} Lei 12.859/2013, artigo 4º, §1º.

^{xii} Este trabalho defende que o duplo grau de jurisdição é exclusivo da defesa pelas seguintes razões: a) a pretensão de punir – que é levada ao juízo a partir da formulação da denúncia quando se trata de ação penal pública – se exaure com a prolação da decisão em primeiro grau de jurisdição e b) a efetiva paridade de armas. Só seria lícito ao Ministério Público submeter o ato jurisdicional à revisão em segundo grau de jurisdição na hipótese vício formal na sentença. Nesse sentido BATISTA, Nilo. Alguns princípios para a reforma da justiça criminal. In: **Novas tendências do direito penal**. Artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: REVAN, 2004, p. 93; PRADO, Geraldo. **Em torno da jurisdição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 41-44; NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 40-42 e ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Op. cit.* p. 110.

^{xiii} Nem se argumenta quanto a possibilidade do juízo alterar o acordo para restringir benefícios ante a segurança jurídica, confiança nos atos estatais – razão primeira pela qual um colaborador aceita firmar o termo – e *venire contra factum proprium*, sendo abusiva a revisão das cláusulas de ofício de prejuízo do réu. Nesse sentido COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Op. cit.* p. 48.

^{xiv} HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL OBJETIVA. VÍCIO CARACTERIZADO. *WRIT* CONCEDIDO PARA TRANCAR O PROCESSO EM RELAÇÃO AO PACIENTE.

^{xv} RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL OBJETIVA. VÍCIO CARACTERIZADO. RECURSO PROVIDO PARA TRANCAR O PROCESSO SOMENTE EM RELAÇÃO AOS RECORRENTES. [...] 2. **Sendo a colaboração premiada mero meio de obtenção de prova**, forçoso constatar que o documento que certifica a situação fiscal do contribuinte, no caso dos autos, não tem como atribuir aos recorrentes, pessoa física que detém parcela do capital societário, responsabilidade penal decorrente exclusivamente dessa condição, conforme pacífica jurisprudência desta Corte Superior. 3. **Recurso provido para trancar o Processo** n. 0038210-38.2015.8.16.0014 em relação aos recorrentes, **por ausência de justa causa**, sem prejuízo de que seja oferecida nova exordial acusatória. (grifo nosso).

^{xvi} Ministro da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça.

^{xvii} Este trabalho se filia a crítica realizada por Aury Lopes Júnior de que sustentar a divisibilidade da ação penal em ação penal pública – dado o caráter obrigatório e indisponível – é absolutamente atécnico. Porém a tese da divisibilidade é a posição adotada pelos tribunais de superposição. Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. *Op. Cit.* p. 203.

^{xviii} Cf. Lei 12.850/2013, artigo 3º-A, com redação dada pela Lei 13.964/2019.

^{xix} Como as que vem sendo feitas na operação Lava Jato, como “dizer a verdade **sem malícia**” etc. São cláusulas genéricas e abertas, que servem a qualquer tipo de decisionismo retórico para criar um ambiente de controle permanente e que, por qualquer descuido, pode levar à uma interpretação de rescisão.

^{xx} Como composição civil dos danos, *sursis* processual e transação penal.

^{xxi} É nesse sentido o voto vencido do Desembargador Carlos Alberto Etcheverry – a seguir destacado – no agravo em execução 70043654797 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS, conforme acórdão e relatório datados do dia 28 de julho de 2011.

[...] **Filio-me ao entendimento segundo o qual somente o cometimento de crime no curso do cumprimento da pena é capaz de modificar a data-base para a concessão dos benefícios previstos na Lei das Execuções Penais. Assim, a data-base só poderá ser modificada quando advir nova condenação por delito cometido posteriormente ao início do cumprimento da pena por crime diverso.** (grifo nosso)