

A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA COMO CLÁUSULA DE UM ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

THE POSSIBILITY OF EARLY EXECUTION OF THE SENTENCE AS A CLAUSE
IN A WINNING COLLABORATION AGREEMENT

FURTUOSO, Rílari Lopes Soares¹

VIEIRA, Antônio²

RESUMO: O trabalho a seguir pretende verificar a possibilidade de se inserir, em um acordo de Colaboração Premiada, cláusula que permita que o colaborador execute antecipadamente sua pena, antes mesmo de haver sentença penal transitada em julgado. Assim, planeja-se averiguar a natureza jurídica da Colaboração Premiada, que atualmente é entendida como mista, uma vez que a Colaboração é tanto meio de obtenção de prova, quanto Negócio Jurídico Processual. Ademais, busca-se investigar as diferenças entre Colaboração Premiada e *Plea Bargaining* (a barganha norte-americana que serve de modelo para a prática de justiça penal negocial no Brasil). Será feito, ainda, uma análise dos acordos firmados no âmbito da Operação Lava-Jato, e o que estes acordos trouxeram de inédito para o Processo Penal brasileiro. Por fim, deve-se investigar a capacidade negocial de colaboradores que se encontrem em situação de prisão, uma vez que a principal prerrogativa de qualquer negócio se baseia na voluntariedade das partes. Desta forma, o presente trabalho intenciona analisar a inserção da Justiça Penal Negocial no Brasil, com ênfase na execução antecipada da pena como cláusula de um negócio jurídico processual.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração Premiada; Execução Antecipada da Pena; *Plea Bargaining*; Direito Penal Negocial; Operação Lava-Jato.

ABSTRACT: The following work intends to verify the possibility of inserting, in an Awarded Collaboration agreement, a clause that allows the employee to execute his sentence in advance, even before there is a final sentence. Thus, it is planned to ascertain the legal nature of the Awarded Collaboration, which is currently understood as mixed, since the Collaboration is both a means of obtain evidence and a Legal Process Business. Furthermore, it seeks to investigate the differences between Awarded Collaboration and Plea Bargaining (the American bargain that serves as a model for the practice of criminal business justice in Brazil). There will also be an analysis of the agreements signed in the scope of Operation Lava-Jato, and what these agreements brought to the Brazilian Criminal Procedure for the first time. Finally, the negotiating capacity of employees who are in prison should be investigated, since the main prerogative of any business is based on the willingness of the parties. In this way, the study that is done here intends to analyze the insertion of Negocial Criminal Justice

¹ Aluna do 10º Semestre do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador. E-mail: rilari.furtuoso@ucsal.edu.br

² Mestre pela Universitat de Girona (Espanha). Professor de Direito Processual Penal na Universidade Católica do Salvador (UCSAL).

in Brazil, with emphasis on the early execution of the penalty as na clause of a procedural legal business.

KEYWORDS: Rewarded Collaboration; Early Execution of the Penalty; Plea Bargaining; Business Criminal Law; Operation Lava-Jato

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 BREVE ANÁLISE SOBRE A COLABORAÇÃO PREMIADA; 3 JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL: COMENTÁRIOS SOBRE A PLEA BARGAINING; 4 A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA COMO OBJETO DE UM ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA; 4.1 DA IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA; 4.2 DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA; 4.3 O CASO AGOSTHILDE MÔNACO DE CARVALHO; 4.4 COLABORADOR EM SITUAÇÃO DE LIBERDADE *VERSUS* COLABORADOR EM SITUAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo geral averiguar se é possível que se insira, em um acordo de Colaboração Premiada, cláusula que permita a execução antecipada da pena, e se, uma vez homologado o acordo, ele será capaz de produzir seus efeitos. Este trabalho foi inspirado pela leitura do texto do professor Alexandre Wunderlich³ denominado de “Doze perguntas sobre a Colaboração Premiada”, onde ele elenca controvérsias que ainda precisam ser debatidas e solucionadas a respeito da Colaboração Premiada.

Assim sendo, como objetivos específicos, pretende-se fazer um aparato sobre a Colaboração Premiada, buscando saber previsões legislativas, tais como a Lei 12.850/12, conhecida como Lei das Organizações Criminosas, que traz informações um pouco mais pormenorizadas do que as outras Legislações que possibilitam a utilização da Colaboração Premiada.

Ademais, deve-se analisar a natureza jurídica da Colaboração Premiada, que hoje em dia é considerada mista por possuir *status* tanto de meio de obtenção de prova quanto de Negócio Jurídico Processual, e o que significa o recém adquirido *status* de Negócio Jurídico Processual para o Processo Penal brasileiro.

Há que se falar, também, sobre o instituto da *Plea Bargaining*, a barganha norte-americana que vem servindo de modelo para a aplicação da Colaboração enquanto ferramenta negocial processual e o que ela acarreta para a possibilidade de inserção da cláusula de execução antecipada da pena em acordos de Colaboração Premiada,

³ Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/doze-perguntas-sobre-a-colaboracao-premiada-10112017>. Acesso em 05/03/2020.

devendo-se focar, especialmente, no fato de que a *Plea Bargaining* deriva de um modelo de Processo Penal diferente daquele que se aplica no Brasil, fazendo necessário que haja uma maior preparação para tornar possível a importação deste instituto para o Direito brasileiro.

Faz-se necessário, ainda, apresentar argumentos que sejam tanto a favor, quanto contra a execução antecipada da pena como fruto de um acordo de Colaboração, pois sabe-se que no Brasil, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁴, e executar uma pena sem que haja sentença é basicamente ignorar o Princípio da Presunção de Inocência e do Devido Processo Legal, ao mesmo passo que, por ser considerado um negócio jurídico, deve-se indagar se a Colaboração Premiada possui força suficiente para fazer valer uma execução sem que haja sentença, mesmo após o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 45, que reforçou o que se tem constitucionalmente ao não permitir a prisão de réus após condenação em segunda instância.

Vale citar, também, que parte da doutrina defende a taxatividade do rol de “prêmios” (previstos na Lei 12.850/12 no *caput* do seu artigo 4º) que são possíveis de se inserir como cláusula no acordo, mas a Operação Lava-Jato firmou diversos negócios com Colaboradores a quem foram concedidos “prêmios” que não estão previstos em Lei, fazendo necessária a análise destes acordos, bem como as consequências que eles ocasionaram na doutrina brasileira, inclusive analisando o caso do Delator Agostilde Monaco de Carvalho, que tentou executar antecipadamente a pena prevista em seu acordo de Colaboração, mas não obteve êxito, uma vez que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou seu Recurso alegando que não havia, no acordo firmado entre Agostilde e o Ministério Público Federal, cláusula de Execução Antecipada da Pena, argumentando ainda que a tentativa de executar antecipadamente a pena configuraria alteração não consensual do acordo de Colaboração Premiada.

Precisa-se verificar, também, se o acordo que prevê cláusula de execução antecipada da pena firmado com Colaboradores que se encontrem em situação de prisão deve ser considerado válido da mesma forma que o acordo firmado com o

⁴ Constituição Federal do Brasil de 1988, artigo 5º, inciso LVII.

Colaborador que não se encontra preso, pois sabe-se que a voluntariedade é prerrogativa de qualquer negócio jurídico válido e legal.

Com alcances e delimitações de um trabalho de conclusão de curso, os pontos supracitados visam discutir - através de estudos analítico/qualitativo de pesquisas bibliográficas - temas acerca da possibilidade de inserção de cláusula de execução antecipada da pena em um acordo de Colaboração Premiada, e os consequentes desdobramentos processuais para o sistema judicial brasileiro.

2. BREVE ANÁLISE SOBRE A COLABORAÇÃO PREMIADA

Antes de partir para a problemática acerca da possibilidade de cumprimento antecipado da pena proveniente de um acordo de Colaboração, faz-se necessário tecer alguns comentários a respeito do instituto da Colaboração Premiada e do seu funcionamento no Brasil.

Esta prática faz parte do ordenamento jurídico brasileiro desde a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), e, após este marco, vários outros diplomas legais passaram a contemplar as então denominadas “delações” tais como a Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, a Lei de Extorsão Mediante Sequestro e por fim, a Lei de Lavagem de Dinheiro. Atualmente, este instituto encontra-se disciplinado de forma mais detalhada na Lei 12.850/2013, que tem o objetivo de definir Organização Criminosa, bem como explicitar como devem ser realizadas, dentre outras, os meios de obtenção de prova e as investigações criminais.⁵

Determinada pela Lei 12.850/2013 como um meio de obtenção de prova, a Colaboração é uma ferramenta que procura incentivar participantes de uma organização criminosa a revelar situações e pessoas que façam parte da mesma organização e que sejam de interesse do Estado, mediante uma promessa de vantagens penais. Desta forma, o Estado promete ao colaborador atenuação ou até mesmo impunidade de sua parcela de responsabilidade penal em troca de informações úteis para a investigação da organização criminosa a qual faz parte. Estas informações são prestadas em forma de depoimento realizado pelo

⁵ LEWANDOWSKI, Ricardo. *Limites da Colaboração premiada em face dos Princípios da Reserva Legal de Jurisdição*. Revista dos Tribunais, volume 1000/2019, pg. 385.

colaborador, ou entregues como outros meios de prova, como por exemplo, a prova documental.⁶

Se a colaboração resultar em um dos cinco incisos previstos no *caput* do artigo 4º da Lei 12.850/2013, ela será considerada eficaz, e o colaborador deverá ter acesso ao “prêmio” previamente definido com a autoridade para que a Colaboração existisse, como demonstrado abaixo:

“Art. 4º da Lei 12.850/2013: O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

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

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

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

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

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.”⁷

Entretanto, este instituto passou a ser considerado, também, como um “negócio jurídico processual”⁸, justamente por conta da barganha existente entre a troca de informações por um “prêmio”. Neste sentido, a Lei 13.964/2019 (popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”) inseriu o artigo 3º - A na Lei 12.850/2013, pacificando que o acordo de Colaboração Premiada possui natureza tanto de negócio jurídico processual quanto de meio de obtenção de prova.⁹

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração Premiada: Reflexões Críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol 133, ano 2017. Pg. 145. São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁷ Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm]. Acesso em 19/05/2020.

⁸ (...) a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, a atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. (STF HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min Dias Toffoli, j. 27/08/2015, p. 23-24).

⁹ A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, destina-se à ‘aquisição de entes (coisas matérias, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatoria’, razão por que não constitui meio de prova propriamente dito (STF, HC 127.483/PR, Plenário, el. Min Dias Toffoli, j. 27/08/2015, p. 21). Desta forma, a alteração trazida pela Lei 13.964/19 inseriu o artigo 3º - A na Lei 12.850/13, assentando que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.”

Nos termos da Lei 12.850/2013, o trâmite padrão a ser seguido dentro do processo de Colaboração Premiada pressupõe uma primeira fase de negociação entre as partes, que resulta na formalização de um acordo (que muito se assemelha a um contrato civil, com cláusulas que regularão direitos e obrigações para os envolvidos), que será enviado ao juiz competente para analisar e conferir a presença de pressupostos essenciais de validade definidos no art. 4º, §7 da Lei 12.850/13 como “regularidade, legalidade e voluntariedade”. Estando presentes estes requisitos, o Juiz poderá homologar o acordo, e, ao colaborador que cumpriu todas as fases e nuances do procedimento, consolida-se então um direito subjetivo ao “benefício”.¹⁰

3. JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL: COMENTÁRIOS SOBRE A *PLEA BARGAINING*

Conforme sabe-se, a Lei 12.850/13 passou a regular de forma pormenorizada a Colaboração Premiada, e com ela houve também importantes avanços ao que diz respeito à Justiça Penal Negocial no Brasil. Vinicius Gomes Vasconcellos define Justiça Negocial Criminal (ou “*Plea Bargaining*”) como:

“modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes –a acusação e defesa- a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.”¹¹

É importante tratar sobre este tópico pois acredita-se que a Colaboração Premiada brasileira se inspirou na prática do *Plea Bargaining* oriunda do Reino Unido e dos Estados Unidos, que consiste em um modelo de negociação entre acusado e acusador, permitindo que o acusado assumira a culpa antes mesmo que exista procedimento criminal, realizando a chamada “*guilty plea*”, buscando a proposta de redução da sanção penal que lhe seria imposta, ou até mesmo a não imposição de qualquer sanção que seja.¹²

¹⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 166. P. 257. São Paulo: Ed. RT, abril de 2020.

¹¹ VASCONCELLOS, Vinicius G. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. P. 50.

¹² LEWANDOWSKI, Ricardo. *Limites da Colaboração premiada em face dos Princípios da Reserva Legal de Jurisdição*. Revista dos Tribunais, volume 1000/2019, pg. 385.

Apesar da semelhança escancarada, é imperioso destacar que Colaboração Premiada e *Plea Bargaining* não são a mesma coisa. A *Plea Bargaining* busca a confissão de crimes próprios, praticados pelo acusado, deixando de lado a delação de terceiros, obtendo o benefício processual como resultado de sua “auto incriminação”, ao passo que a Colaboração Premiada pressupõe não apenas a confissão do colaborador, mas também se faz necessário, para que seja considerada eficaz, a entrega de outros meios de prova relacionados a terceiros.¹³

Além disto, a *Plea Bargaining* é fruto de um sistema que pratica o processo penal como um mecanismo utilizado para conduzir confrontos entre duas partes que possuem interesses opostos (defesa e acusação), diante de um juiz que exercerá papel predominantemente neutro, enquanto a Colaboração Premiada parte de um processo que busca encontrar a verdade utilizando como instrumento a ação penal, onde aquele que reproduz o papel de acusador também possui a função de guardião do interesse público e da Lei. Desta forma, a conclusão é a de que através da *Plea Bargaining*, não existe obrigatoriedade da ação penal, visto que o acusador realiza tão somente o papel de parte interessada, podendo dispensar a persecução penal se este for o resultado da barganha entre defesa e acusação. Enquanto que pelo papel exercido pelo acusador no sistema processual penal brasileiro não permite haver este elevado grau de discricionariedade, podendo a persecução penal ser dispensada apenas nos casos em que a lei permitir.¹⁴

Uma das diferenças que mais importam para o presente artigo diz respeito ao “prêmio” que poderá ser concedido ao acusado (através do *Plea Bargaining*) ou ao Colaborador (através da Colaboração Premiada). Como já se analisou, o “prêmio” a ser concedido ao acusado através da *Plea Bargaining* encontrará seus limites nas próprias vontades da acusação e da defesa, ou seja, as partes possuem discricionariedade para negociarem aquilo que melhor se encaixa nas suas necessidades. Enquanto que a Colaboração Premiada encontrará limites tanto na Constituição Federal quanto na própria Lei 12.850/13. Nas palavras de Silvia Jardim, “o Ministério Público não pode oferecer ao delator ‘prêmio’ que não esteja

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração Premiada: Reflexões Críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol 133, ano 2017. Pg. 145. São Paulo: Revista dos Tribunais.

¹⁴ LEWANDOWSKI, Ricardo. *Limites da Colaboração premiada em face dos Princípios da Reserva de Jurisdição*. Revista dos Tribunais, volume 1000/2019, pg. 385.

expressamente previsto na lei específica”¹⁵. Logo, da análise dos cinco incisos presentes no caput do artigo 4º da Lei 12.850/13 (onde estão elencados os prêmios “possíveis” ao colaborador) conclui-se que a Lei pretende trazer a lógica de um sistema de negócios limitado¹⁶, onde os “prêmios” são aparentemente taxativos, produzindo assim uma espécie de barganha com limites.¹⁷

Assim sendo, é possível que se execute antecipadamente a pena mesmo diante da aparente taxatividade que a Lei 12.850/12 possui? Ademais, tornar possível que se execute uma pena sem que antes haja uma sentença ofende consideravelmente o princípio da presunção de inocência, previsto constitucionalmente, desta forma, a força de um negócio jurídico deve ser tamanha a ponto de irromper aquilo que se encontra na Constituição? Deve-se debater a seguir tanto os argumentos e jurisprudências que entendem não ser possível a execução antecipada da pena como cláusula de um acordo de colaboração, quanto os que defendem a força do negócio jurídico processual, mesmo tratando-se de execução sem que haja sentença.

4. A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA COMO OBJETO DE UM ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Faz-se necessário demonstrar pontos de vista que defendam tanto a possibilidade quanto a impossibilidade de execução antecipada da pena em sede de Colaboração Premiada. Em primeiro momento, levando em consideração a lógica já construída neste trabalho, pensa-se que não seria possível a execução antecipada pois este “prêmio” não consta no *caput* do artigo 4º da Lei 12.850/13, até então entendido como taxativo. Entretanto, observa-se que a problemática a respeito do tema ultrapassa a simplicidade deste raciocínio, pois traz à discussão importantes princípios e preceitos há muito consolidados no processo penal brasileiro. Ademais, com advento dos acordos firmados no âmbito da Operação Lava-Jato, a “taxatividade”

¹⁵JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites? Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v.17, n.1, 2016, p.3.

¹⁶ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 166. P. 256. São Paulo: Ed. RT, abril de 2020.

¹⁷ “Nisto vai implicada a taxatividade do catálogo legal dos benefícios que poderão ser atribuídos ao colaborador: vantagens que não se encontrem legalmente previstas não podem ser prometidas e concedidas. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração Premiada: Reflexões Críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol 133, ano 2017. Pg. 156. São Paulo: Revista dos Tribunais.

da Lei 12.850/13 e a visão estritamente legalista que alguns doutrinadores defendem que deve ser utilizada ao se tratar de delação premiada passaram a ser questionadas, visto que muitos acordos foram homologados com objetos de barganha que não estão previstos em Lei.

É relevante, ainda, tratar sobre a voluntariedade daquele que irá colaborar com o Estado. Sabe-se que para que seja considerado válido, o acordo deve constar de três requisitos essenciais: regularidade, legalidade e voluntariedade. Desta forma, acordos que possuam a cláusula de execução antecipada da pena, realizados com colaboradores que estejam em situação de prisão preventiva devem ser tratados da mesma forma que acordos realizados com colaboradores em situação de liberdade?

4.1 DA IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

A Constituição Federal do Brasil traz, em seu artigo 5º, inciso LVIII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁸, assim sendo, depreende-se que a execução da pena apenas pode ter início depois de esgotados todos os recursos previstos no ordenamento brasileiro ao tratar-se de processo penal. Não fazem parte desta lógica apenas as prisões preventiva ou temporária, que ainda assim, devem ser decretadas tão somente quando houver motivo para tanto.

Em recente julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade números 43, 44 e 45¹⁹ o Plenário do Supremo Tribunal Federal proibiu, por 6 votos a 5, a execução de caráter provisório da pena depois de realizado o julgamento pelo Tribunal de segundo grau, reafirmando o que se tem na Constituição.²⁰ Por esse ângulo, tornar possível a inserção de cláusula que permita a execução da pena sem que haja um prévio e devido processo penal é flagrantemente inconstitucional. Como leciona José Joaquim Canotilho:

O início de uma pena criminal, ainda mais por simples e direta determinação do Ministério Público, sem que haja uma sentença judicial que a decrete configura uma autêntica aplicação de pena *sine judicio* e *sine iudex*. Nada que, obviamente, se possa aceitar num Estado de direito. A jusestadualidade que deve caracterizar a República Federativa do Brasil e comandar a ação

¹⁸Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22/05/2020

¹⁹ Supremo Tribunal Federal, Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 45, Plenário, rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/11/2019,

²⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 166. P. 249. São Paulo: Ed. RT, abril de 2020.

de todos os seus órgãos não consente que um réu sofra a execução de uma pena criminal sem um prévio e devido processo penal. Tal como não consente, por mor da reserva absoluta de jurisdição dos tribunais em matéria de aplicação e execução de penas criminais que uma decisão dessa natureza seja tomada por um órgão externo ao poder judicial, como é o Ministério Público.²¹

Como consequência, possibilitar que se execute a pena sem que haja ao menos uma sentença, viola, também, o Princípio da Presunção de Inocência, vez que a pena seria estipulada pelo órgão negociador com base tão somente na confissão do colaborador, ocasionando mais uma problemática, a recondução da confissão ao *status* de rainha das provas. Assim como na *Plea Bargaining*, o colaborador precisa confessar sua participação no delito para que possa “negociar”. Logo, ao possibilitar que este mesmo colaborador cumpra sua pena sem que haja antes um devido processo legal de formas e garantias para apurar e investigar, o Estado estaria admitindo uma sanção pautada tão somente na confissão daquele que colabora.

Ademais, levando em consideração o Princípio da Legalidade, apenas à Lei recai a prerrogativa de definir crimes e suas consequentes penas. Portanto, ao utilizar este argumento, a doutrina que o defende sustenta que, como já dito em momento anterior, a execução antecipada da pena não poderia ser cláusula de acordo de colaboração pois ela não está prevista em nenhuma das leis que possibilitam a utilização deste instituto. O Princípio da Legalidade alcançaria, também, tentativas de transformação de acordos de colaboração em procedimentos normativos inovadores, criando uma espécie de Jurisprudência Negocial e transgredindo o papel do Legislador quanto da definição de crimes e penas²², acarretando em frontal ofensa,

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração Premiada: Reflexões Críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol 133, ano 2017. Pg. 159. São Paulo: Revista dos Tribunais.

²² Na seara criminal, a sanção, qualquer que seja ela, acrescida de seus consectários, constitui matéria coberta pela reserva legal absoluta, quer dizer, não pode ser regulada por normas infralegais, atos administrativos ou acordos entre partes, quando mais não seja pela dicção claríssima dos incs. XXXIX e XLVI do artigo 5º da Constituição Federal, dos quais consta, respectivamente, “que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e, mais, que “a lei regulará a individualização da pena”.

²³ Em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei. CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração Premiada: Reflexões Críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol 133, ano 2017. Pg. 157. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ao possibilitar que o poder judiciário faça uso de sanções não previstas legalmente, ao Princípio da Separação de Poderes.²³

Ressalta-se, por fim, que tornar possível que um acordo de Colaboração Premiada inclua cláusula de execução antecipada da pena desencadeia uma série de perguntas para as quais o Processo Penal, até o momento, não possui resposta. Tendo em vista que a Colaboração não dispensa o processo, o que acontece com o colaborador que executa antecipadamente sua pena (seja por vontade própria ou por indução do órgão negociador), e posteriormente, findo o processo, seja ele absolvido? Ou, suponha-se que haja a extinção da punibilidade pela prescrição, por exemplo, o que fazer com o tempo que este colaborador passou executando uma sanção que, teoricamente, não existe? Desta forma, observa-se claramente o perigo que permitir a execução de um “negócio jurídico” não regulamentado legal ou constitucionalmente representa.

4.2 DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Além de ser um meio para que se obtenha provas, a colaboração adquiriu também o *status* de negócio jurídico processual (ainda que limitado), resultando em um instituto de natureza mista. Assim, existirá um direito subjetivo ao colaborador que cumpriu sua parte do negócio (confessou voluntariamente e forneceu informações relacionadas a organização criminosa a qual fazia parte), vinculando o julgador aos termos do acordo. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal assentou o seguinte entendimento ao julgar o Habeas Corpus 127.483:

“(...) caso se configure, pelo integral cumprimento de sua obrigação, o direito subjetivo do colaborador à sanção premial, tem ele o direito de exigí-la judicialmente, inclusive recorrendo da sentença que deixar de reconhecê-la ou vier a aplicá-la em desconformidade com o acordo judicialmente homologado, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança”.²⁴

Desta forma, observa-se que apesar do modelo de “negociação limitada” que hoje se dá para a Colaboração Premiada brasileira, fato é que ela se aproxima a passos largos do modelo de livre barganha norte-americano, já citado e explicado neste artigo como *Plea Bargaining*. Ademais, o interesse em instalar um procedimento

²³ STF, HC127.483/PR, Trib. Pleno, rel, Min Dias Toffoli, j. 27/08/2015, p. 63. De modo semelhante: STF, QO na PET 7.7074, Trib. Pleno, rel Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017.

de negociações no sistema de justiça criminal do Brasil se demonstra através da presença de repetidas propostas legislativas que foram apresentadas ao longo dos últimos anos, tais como o projeto do novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2012), já aprovado pelo Senado e atualmente em discussão na Câmara dos Deputados, onde é previsto “procedimento sumário”, que aprovaria a “aplicação imediata da pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos”, desde que ela seja concretizada em seu mínimo legal, devendo haver a confissão do acusado e a dispensa, pelas partes, da produção de provas, criando, desta forma, um rito alternativo, que decretaria o encerramento do processo completamente baseado no consenso das partes.

O projeto que originou a atual Lei 13.964/2019, ou “Pacote anticrime”, apresentou um “acordo penal”, que permitiria a decretação de sanções penais, dentre elas a prisão, em qualquer espécie de crime, sem que haja limitação nem mesmo pela gravidade ou pela pena abstrata cominada. Assim sendo, seria inserido procedimento que tornaria possível a aplicação plena da justiça criminal negociada no processo jurídico brasileiro.

Entretanto, o maior arsenal de exemplos para demonstrar que a linha entre *Plea Bargaining* e Colaboração Premiada se torna cada vez mais tênue se encontra nos acordos realizados no âmbito da Operação Lava-Jato. Grande parte destes acordos contém em suas cláusulas objetos de barganha que não estão elencados em nenhuma das Leis que prevê a utilização da Colaboração Premiada, reduzindo a força taxativa que a celeuma de doutrinadores legalistas prega que o *caput* do artigo 4º da Lei 12.850/13 possui.

A título de exemplo, tem-se o acordo firmado entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa (PeT. 5.210 STF), que trouxe em suas cláusulas a “prisão domiciliar pelo prazo de 1 (um) ano”, a fixação do regime de cumprimento de pena como o semi-aberto (em caso de existir sentença condenatória transitada em julgado) e o período de cumprimento, que deve ir de zero a dois anos, a ser definido pelo Juízo de acordo com a efetividade da colaboração, além de prever condições de progressão para o regime aberto após cumprida a pena em regime semi-aberto.²⁵

²⁵ Acordo de colaboração realizado nas ações penais nº 5026212-82.2014.404.7000 e 5025676-7 1.2014.404.700, bem como na representação nº5014901-94.2014.404.7000, todos em trâmite perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em [https://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf], acesso em 25/05/2020

Outrossim, o acordo firmado entre o Ministério Público Federal e Alberto Youssef (Pet. 5.244 STF) previu que o colaborador cumpriria pena privativa de liberdade em regime fechado “por lapso não superior a 5 (cinco) anos, e não inferior a 3 (três anos)” a ser cumprida em local “condizente com a condição” do colaborador. Fixou, também, que após o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, deveria haver a progressão do colaborador *diretamente* ao regime aberto, ainda que não se fizessem presentes os requisitos legais, além de determinar a aplicação de pena de multa em seu patamar mínimo.²⁶

Quanto ao acordo firmado entre o Ministério Público Federal e Delcídio do Amaral (Pet. 5.952 STF), neste foi substituída a medida cautelar de privação de liberdade imposta pelo Inquérito Policial nº 4170, por condições previstas nos mesmos moldes do regime semiaberto domiciliar, onde o colaborador deveria, dentre outros, realizar o recolhimento noturno e se comunicar quinzenalmente com o Ministério Público Federal.²⁷

Por fim, cabe mencionar o acordo realizado entre o Ministério Público Federal e José Sérgio Machado (Pet. 6.138 STF), onde ficou definido que a pena máxima proveniente da condenação não poderia ultrapassar 20 anos de reclusão, além de fixar o cumprimento do regime da seguinte forma: “2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão em *regime fechado diferenciado*, com monitoramento eletrônico individual, disciplinado no Anexo I; 9 (nove) meses de reclusão diferenciado, com monitoramento disciplinado no Anexo 11”. Ademais, há cláusula no acordo designando que após cumpridos 3 meses de regime semi-aberto diferenciado, haverá reunião com o Ministério Público Federal para avaliar a efetividade da colaboração prestada, podendo resultar na *isenção de cumprimento* do tempo remanescente, desde que o colaborador tenha cumprido os seguintes requisitos “(i) prestado depoimentos claros, coerentes e verdadeiros em todas as ocasiões em que for a tanto chamado e (ii)

²⁶ Acordo de colaboração realizado nas ações penais nº 502568703.2014.404.7000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212-82.2014.404.7000, 504722977.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 5035110-84.2014.404.7000, e 5035707-53.2014.404.7000, todos perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba/PR. Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf]. Acesso em: 25/05/2020

²⁷ Acordo de colaboração realizado nos Inquéritos n. 4170 e 3989 do STF. Disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/delacao-premiada-delcidio-amaral.pdf]. Acesso em: 25/05/2020

logrado inovar o acervo de aportes de corroboração que fornece com a assinatura do presente termo.”²⁸

Neste momento, é válido lembrar quais são os benefícios previstos na Lei 12.850/2013:

“O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.”²⁹

É redundante destacar que os acordos expostos acima possuem cláusulas que extrapolam os “limites” previstos na Lei de Organizações Criminosas. Foram homologados acordos que previram regimes de cumprimento de pena, condições para progressões de regimes, e inserção de regimes “diferenciados” que não estão de acordo com o que está previsto no Código Penal e na Lei de Execução Penal, criando o que o professor Aury Lopes Jr. denominou de “execução penal *a la carte*”³⁰, dentre muitas outras cláusulas. Observa-se que todos os acordos utilizados como exemplo no presente trabalho possuem ao menos alguma afronta à forma com a qual se pratica processo penal no Brasil, e isto não os impediu de serem homologados e colocados em prática.

Vale ressaltar que, uma vez homologado o acordo, o juiz não apenas reafirma sua validade legal, como também assume, em nome do Estado, o compromisso de conceder ao colaborador os “prêmios” que lhe foram prometidos.³¹ Ou seja, o ato de homologar o acordo confere a ele um lugar de eficácia, é a confirmação, por parte do Estado, de que o conteúdo daquele acordo é considerado válido, legal e voluntário para produzir seus efeitos. Portanto, o que se verifica claramente é que a Colaboração Premiada muito se afasta da ideia de Justiça Negocial *Limitada* (explicada acima), aproximando-se muito mais da Justiça Negocial *Generalizada*. Diante desse cenário,

²⁸ Acordo de colaboração realizado nos Inquéritos n. 4215/DF e 3989/DF e na Reclamação 17.623/PR, todos do STF. Disponível em: [<http://s.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf>]. Acesso em: 25/05/2020

²⁹ Lei 12.850/13, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm]. Acesso em 25/05/2020.

³⁰ LOPES JR, Aury. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>. Acesso em 25/05/2020.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração Premiada: Reflexões Críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol 133, ano 2017. Pg. 150. São Paulo: Revista dos Tribunais.

não deve-se admitir a legalidade estrita, mas sim a analogia *in bonam partem* ³². Andrey Mendonça sugere uma série de critérios a ser utilizados para definir os limites daquilo que pode ser objeto de um acordo de colaboração:

“(i) o benefício não pode ser expressamente vedado por lei; (ii) deve haver relativa cobertura legal, permitindo a analogia, embora sejam possíveis adaptações ao caso concreto; (iii) o objeto do acordo deve ser lícito e moralmente aceitável; (iv) deve respeitar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana; (v) deve haver razoabilidade na concessão do princípio (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); (vi) deve haver legitimidade do Órgão Estatal para conceder o benefício.”³³

Ante o exposto, verifica-se que a Colaboração Premiada que se colocou em prática na Operação Lava-Jato foi chancelada pelo Poder Judiciário de forma majoritária, o que verdadeiramente significa dizer que criou-se um padrão audacioso da Cooperação Premiada, tendo em vista as ampliações das possibilidades de negociações que foram realizadas. Dentro desta perspectiva, faz sentido afirmar que seria possível cláusula de execução antecipada da pena, desde que o acordo fosse devidamente homologado pela autoridade competente.

4.3 O CASO AGOSTHILDE MONACO DE CARVALHO

Agosthilde Monaco de Carvalho firmou acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal após confessar ter aceitado propina para tornar possível a compra (realizada pela Estatal Petrobrás) da refinaria de Pasadena, nos Estados Unidos. Após homologado o acordo, o colaborador solicitou o cumprimento antecipado das sanções previstas nas cláusulas, o que, em primeiro momento, foi autorizado pela 13ª Vara Federal de Curitiba. Após a autorização, os autos foram encaminhados para a vara responsável pela execução penal para que se realizasse o cumprimento antecipado, entretanto, o pedido foi negado pelo juízo de execução que justificou a tomada de decisão por entender não ser possível que se estabeleça

³² É o uso da analogia em benefício do réu, pois permite a sua absolvição ou aplicação de pena mais branda a uma situação fática não prevista expressamente em lei. Em face do princípio da legalidade, somente se admite a analogia benéfica em casos excepcionais. Ilustrando, pode-se aceitar o aborto de mulher vítima de violação sexual mediante fraude por analogia ao estupro, previsto no art. 128, II, CP. Em processo penal, admite-se livremente o uso de analogia para suprir lacunas (art. 3.º, CPP). NUCCI, Guilherme. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

³³ MENDONÇA, Andrey B. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (coord). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017. P. 104.

o cumprimento direto de uma pena que não existe, uma vez que ainda não há sentença.

A defesa de Agostilde recorreu da decisão ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, utilizando como argumento o fato de que, ao juízo de execução cabe apenas “supervisionar e acompanhar o cumprimento do que foi determinado pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, e não decidir sobre a aplicação ou não da medida”.³⁴

Em decisão unânime, a 8ª Turma negou provimento ao Recurso, e o Voto do Relator João Pedro Gebran Neto foi pautado nos seguintes argumentos:

Conforme decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal (Pet 7074 QO/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 21, 22, 28 e 29.6.2017 - Pet-7074; Pet 7074/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 21, 22, 28 e 29.6.2017 - Pet-7074. Informativo nº 870), “[...] atualmente não há mais controvérsia acerca da natureza jurídica do instituto, considerado, em termos gerais, um negócio jurídico processual firmado entre o Ministério Público e o colaborador”.
*Nesse sentido, não se visualiza ilegalidade na decisão que assenta que dar cumprimento ao acordo de colaboração de forma antecipada consistiria em alteração não consensual desse negócio jurídico processual, mormente porque não há cláusula neste sentido e o próprio Ministério Público Federal com ela não concordou.*³⁵

Tendo em vista a decisão do Relator demonstrada acima, alguns comentários devem ser pontuados. Em primeiro plano, cabe ressaltar que *não* existiu cláusula de execução antecipada da pena no acordo firmado entre Agostilde e o Ministério Público Federal. O colaborador tentou executar sua pena tendo em mãos tão somente um acordo homologado, que *não* previa a execução antecipada em suas cláusulas. Ademais, considerando a reafirmação da Colaboração Premiada enquanto “negócio jurídico processual”, é interessante assinalar que um dos argumentos utilizados para negar o Recurso do Colaborador consiste justamente na “alteração não consensual” do acordo homologado, vez que o Ministério Público Federal não negociou execução antecipada da pena no acordo em questão. A decisão demonstra que a jurisprudência brasileira tende a respeitar o Princípio da *Pacta Sunt Servanda*³⁶ ao tratar-se de Delação Premiada, revelando que: se as partes possuem capacidade para negociar e

³⁴ Disponível em [<https://www.conjur.com.br/2019-mai-23/trf-nega-execucao-antecipada-pena-firmada-delacao>]. Acesso em 26/05/2020

³⁵ Agravo de Execução Penal Nº 5041088-03.2018.4.04.7000/PR, Voto do Rel. Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Disponível em: [https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50410880320184047000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=S&hdnRefId=d7a8e375611c6d682996674f0201a4ab&txtPalavraGerada=KOub&txtChave=&numPagina=1]. Acesso em 27/05/2020.

³⁶ Princípio da força obrigatória dos contratos.

houve homologação do que foi negociado, a modificação das cláusulas realizada por apenas uma das partes, sem a anuência da outra, é abusiva.

Em contrarrazões, o Ministério Público Federal reafirma a conclusão feita acima:

“Assim também, não há, no termo de acordo de colaboração premiada celebrado, previsão de execução antecipada da pena ali estipulada. Termos em que, indispensável seja aguardado o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para que AGOSTHILDE MÔNACO DE CARVALHO possa dar início ao cumprimento da pena.

Nesses termos, não há ilegalidade na decisão recorrida, que recusou o início da execução antecipada da pena de prestação de serviços comunitários prevista no acordo, tanto por inexistir no bojo do referido acordo cláusula que assim autorize, quanto por, como bem observado pelo MM. Juízo da 12ª Vara Federal de Curitiba/PR na decisão lançada no evento 4 destes autos, ser “a sentença judicial que adota os termos do negócio jurídico processual, e não o acordo de colaboração em si, que constitui o título executivo impositor de sanções penais”.³⁷

Assim sendo, diante dos posicionamentos apresentados, conclui-se que os Tribunais brasileiros entendem ser possível de se executar antecipadamente uma pena se ela estiver prevista como cláusula do acordo realizado entre as partes, ressaltando a força negocial que o negócio jurídico processual possui.

4.4 COLABORADOR EM SITUAÇÃO DE LIBERDADE *VERSUS* COLABORADOR EM SITUAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR

Como já ficou demonstrado pelo presente artigo, sabe-se que existe hoje uma grande aceitação e incentivo da Colaboração Premiada enquanto negócio jurídico processual. Entretanto, qual a validade de um negócio jurídico realizado onde uma das partes não possui voluntariedade? Pode um Colaborador que se encontra preso cautelarmente realizar acordo de execução antecipada da pena da mesma forma que um Colaborador que se encontra em liberdade?

Deve-se reafirmar, neste momento, que a Colaboração Premiada prevê no artigo 4º, §7º da Lei 12.850/13 que:

“Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e

³⁷ Agravo de Execução Penal Nº 5041088-03.2018.4.04.7000/PR, Contrarrazões do Ministério Público Federal. Disponível em [\[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50410880320184047000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&selForma=NU&todaspertes=S&hdnRefId=d7a8e375611c6d682996674f0201a4ab&txtPalavraGerada=KOub&txtChave=&numPagina=1\]](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50410880320184047000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&selForma=NU&todaspertes=S&hdnRefId=d7a8e375611c6d682996674f0201a4ab&txtPalavraGerada=KOub&txtChave=&numPagina=1). Acesso em 27/05/2020.

voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.”³⁸.

Assim sendo, o juiz deve, antes de homologar, verificar a regularidade, a legalidade e a *voluntariedade* do acordo. Em regras gerais, ao se tratar de voluntariedade, fala-se de uma forma de proteção que se dá à vontade do indivíduo em praticar determinado ato³⁹. Ou seja, no caso da Colaboração Premiada, é o próprio ato e desejo de cooperar com as investigações, conforme tem-se em lei.

Assim sendo, afirma-se que a vontade necessariamente *precisa* decorrer da liberdade daquele que coopera, sendo imprescindível que exista uma construção voluntária do desejo de cooperar. Estas constatações demonstram que para se realizar acordos de colaboração premiada, faz-se necessário garantir padrões mínimos para que os envolvidos de fato formalizem uma harmonia de vontades, e não um contrato de adesão.⁴⁰

O que se observa, entretanto, é um enorme número de acordos sendo realizados com colaboradores que se encontram com sua liberdade cerceada. A título de exemplo, ao decorrer do ano de 2016, ao menos 13 acordos de colaboração premiada decorrentes da Operação Lava-Jato foram firmados com réus presos⁴¹, ademais, no âmbito da operação Calvário (que aconteceu no ano de 2019), todos os acordos de Colaboração Premiada foram negociados enquanto os Colaboradores encontravam-se presos.⁴²

Segundo a Constituição Federal do Brasil, a prisão cautelar apenas pode ser decretada e mantida quando ela realmente for indispensável, ou seja, quando preenchidos os requisitos do *fumus commissi delicti e periculum libertatis*.⁴³. Sobre o tema, o Ministro Teori Zavascki afirmou:

"Seria extrema arbitrariedade manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve

³⁸ Artigo 4º, §7º da Lei 12.850/13. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art.+4+da+Lei+12850%2F13>. Acesso em: 27/05/2020.

³⁹ COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017. p. 153.

⁴⁰ CARNEIRO, Rafael Araripe; FERREIRA, Pedro Victor Porto; VASCONCELOS DE, Igor Suassuna. A Voluntariedade do Colaborador Preso e a nova Lei Anticrime. 19 de Abril de 2020. Disponível em [https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/opiniao-voluntariedade-colaborador-lei-anticrime#_ftn10]. Acesso em 27/05/2020.

⁴¹ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/de-52-aco-es-de-delacao-premiada- apenas-13-foram-feitas-com-reus-presos-19394364>. Acesso em 27/05/2020

⁴² STRECK, Lênio. Apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito. 26 de Dezembro de 2019. Disponível em [<https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito>]. Acesso em 27/05/2020.

⁴³ Fumaça da prática de um direito punível e perigo da liberdade.

ser voluntária (Lei 12.850/13, artigo 4º, caput e §6º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada"⁴⁴

Desta forma, o que se tem é que a prisão cautelar gera incitação para delatar, tanto daquele que já se encontra segregado quanto daquele que se encontra livre (pelo receio de vir a ser preso), sendo a prisão, neste contexto, completamente distorcida para criar uma ferramenta de coação, que encoraja o delator a negociar para que consiga evitar a prisão, ou, já estando preso, encoraja o colaborador a delatar para encurtar o sofrimento. Assim sendo, o cerceamento da liberdade figura como poderosa moeda de troca a ser utilizada pelo órgão negociador, não apenas ferindo um dos principais pilares de qualquer tipo de negociação: a exigência de uma manifestação de livre vontade e a liberdade para aceitar ou não alguma proposta, mas resultando também no retrocesso da democracia.⁴⁵

Portanto, feitas as considerações acerca da voluntariedade, dois cenários devem ser construídos. Em primeiro momento, toma-se como exemplo o colaborador que já se encontra preso provisoriamente e deseja iniciar desde logo a execução de suas sanções, uma vez que, como restou demonstrado através dos acordos realizados no âmbito da Operação Lava-Jato, muitos “negócios” trazem melhores condições de regime de cumprimento da pena. Neste caso, apesar do colaborador se encontrar em situação de prisão, observa-se que existe voluntariedade. Nenhuma das partes do negócio jurídico encontra-se coagida a aceitar uma “cláusula abusiva”. Assim sendo, entende-se como válida não apenas a possibilidade de execução antecipada da pena, mas o acordo de Colaboração Premiada em si.

Em segundo momento, tem-se como exemplo o Colaborador que se encontra em liberdade, mas se vê coagido a aceitar um acordo que contenha a cláusula de execução antecipada da pena por receio de vir a ser preso cautelarmente, mesmo sendo de seu interesse particular começar a executar a pena somente após o trânsito em julgado. Claramente, este acordo não deve ser considerado válido pois existe um vício de consentimento. Como explicitado acima, voluntariedade é um dos requisitos essenciais para que o acordo possa ser homologado, e utilizar da prisão cautelar como

⁴⁴ Habeas Corpus 127.186/PR, Relator Min. Teori Zavascki. Segunda Turma. Julgado em 29 de março de 2020. Acesso em 27/05/2020.

⁴⁵ LOPES JR. Aury; ROSA da, Alexandre Morais. No jogo da delação premiada, prisão cautelar é trunfo fora do fair play. 7 de agosto de 2015. Disponível em [<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/limite-penal-jogo-delacao-prisao-cautelar-trunfo-fora-fair-play>]. Acesso em 27/05/2020.

ferramenta produtora de delatores retira da Colaboração Premiada o caráter de negócio jurídico, transformando-a em uma barganha antidemocrática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, verifica-se que apesar da Lei 12.850/12 representar significativo avanço em termos de Colaboração Premiada, o que se observa claramente é que seu amorfismo gera a falta de limites claros, o que somado ao uso desmedido de mecanismos negociais pode custar muito para um processo penal democrático.

Ademais, há que se ressaltar que o instituto da *Plea Bargaining*, apesar de seu sucesso no exterior, é fruto de países onde se pratica Processo Penal de uma forma diferente. Não há dúvidas de que existem riscos em importar uma ferramenta que aumente consideravelmente o poder de discricionariedade entre réu e Estado, especialmente porque ainda não houve análise, discussão e preparação por parte daqueles que editam e executam as leis.

1 - Assim, nota-se primeiramente a urgente necessidade de uma Lei que normatize a utilização da Colaboração Premiada em todos os seus âmbitos, explicitando quando e como ela deverá ser utilizada, além de identificar os “prêmios” que poderão ser inseridos como cláusulas da barganha, de forma a impor limites negociais claros e que não deixem espaços para interpretações ambíguas.

2 - Tendo em vista a forte tendência do Legislativo brasileiro em inserir a Justiça Negocial Penal no Brasil, como ficou explicitado no presente artigo através das tentativas de inserção feitas pelo Projeto de Lei que gerou o Pacote Anti-crime, além do recém reconhecimento da Colaboração Premiada como Negócio Jurídico Processual, observou-se que o modelo de barganha norte-americano da *Plea Bargaining* foi criado em um outro modelo de Processo Penal, que não condiz com o Devido Processo Legal brasileiro, o que tem como resultado a urgência em regulamentar um negócio processual penal que responda à Constituição Federal do Brasil e aos limites e Princípios que ela impõe.

3 - Tem-se que os acordos realizados no âmbito da Operação Lava-Jato fogem completamente da regra lógica que parte da doutrina defende de que o *caput* do artigo 4º da Lei 12.850/12 possui taxatividade, uma vez que tais acordos negociaram cláusulas que não apenas previam penas detalhadas, com *quantum* definido, o regime a ser cumprido (que muitas das vezes não estava de acordo com o que traz o Código Penal) e instruções para a progressão de regime, mas chegaram inclusive a criar

regimes “diferenciados” de cumprimento de pena, que não se encontram em nenhuma lei que se tem no país, o que transformou estes acordos em verdadeiras “formas de legislação”, demonstrando que o Ministério Público Federal, nos acordos que previam cláusula de cumprimento de pena em regime diferenciado, assumiu o papel de Legislador.

4 - Tratando-se da possibilidade de Execução Antecipada da Pena como cláusula de um acordo de Colaboração Premiada, observa-se que os Tribunais brasileiros tendem a permiti-la, utilizando a argumentação de que a Colaboração Premiada é, hoje, mais do que meio de obtenção de prova, um negócio jurídico, justificando que o acordo homologado de Colaboração Premiada gera um direito subjetivo ao acusado que cumpre sua parte do negócio, como ficou demonstrado através do Voto do Relator no caso de Agosthilde Monaco de Carvalho. Apesar disto, é inegável que executar uma pena pautado tão somente em um acordo realizado entre acusado e Estado passa por cima de diversos preceitos que fazem parte da construção do Processo Penal brasileiro, ignorando Princípios como o da Presunção de Inocência e trazendo novamente à confissão um *status* maior do que ela deveria possuir.

5 - Há ainda que se chamar atenção ao fato de que, se o colaborador se encontrar em situação de prisão, e for observado vício em seu consentimento, o acordo de colaboração não deve ser considerado válido. O mesmo acontece com o “possível” colaborador que se encontre em liberdade, e que tenha a prisão cautelar sendo utilizada como instrumento de coação para que ele possa delatar. Logo, “negócios” realizados com pessoas nestas situações não devem ser considerados válidos por não possuírem a prerrogativa basilar para qualquer negócio: a vontade legítima e voluntária de firmá-lo.

Em conclusão, apesar das grandes tendências que se tem hoje no Brasil de inserir a justiça negocial, não se pode ignorar que inúmeros abusos vêm sendo cometidos graças à falta de um procedimento regulamentado, com limites, proporções e formas. Há que se lembrar que o Processo Penal funciona como um meio necessário de garantia dos direitos de um acusado frente a um Estado Democrático de Direito. Processo é, antes de mais nada, forma. Forma é garantia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/cf1988.

BRASIL. Lei 12.850/13, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Brasília, DF, 3 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 19/05/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43. Requerente: Partido Ecológico Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19/05/2016. Julgado em: 01/11/2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43votoRW.pdf>. Acesso em: 22/05/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 44. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em: 01/11/2019. Acesso em 22/05/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 45. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 01/11/2019. Acesso em 22/05/2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Colaboração Premiada: Reflexões Críticas Sobre os Acordos Fundantes da Operação Lava-Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 133/25, p. 133-171. Disponível em: <https://apps.uc.pt/mypage/files/nbrandao/1419>. Acesso em: 19/05/2020.

CARNEIRO, Rafael Aripe; FERREIRA, Pedro Victor Porto; VASCONCELOS, Igor Suassuna de. **A voluntariedade do colaborador preso e a nova Lei Anticrime**. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/opiniaovoluntariedade-colaborador-lei-anticrime#_ftn10. Acesso em 27/05/2020.

COSTA, Leonardo Dantas. **Delação Premiada: A atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça**. Curitiba: Juruá, 2017.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Limites da Colaboração Premiada em Face dos Princípios da Reserva Legal e de Jurisdição. **Revista dos Tribunais Online**. Vol. 1000/2019, p. 385-393. Disponível em: [Lewandowski%20RTDoc%2030-04-2020%20_12%20\(PM\)%20\(4\).pdf](https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/opiniaovoluntariedade-colaborador-lei-anticrime#_ftn10). Acesso em 19/05/2020.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Com Delação Premiada e pena negociada, Direito Penal também é Lavado a Jato**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>. Acesso em: 25/05/2020.

LOPES JR. Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **No jogo da delação premiada, prisão cautelar é trunfo fora do fair play**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/limite-penal-jogo-delacao-prisao-cautelar-trunfo-fora-fair-play>. Acesso em 27/05/2020.

MENDONÇA, Adrey B. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade**. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (coord). Colaboração premiada. São Paulo: RT, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Ed. 14, ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ONOFRE, Ricardo; CARVALHO, Cleide. **De 52 ações de delação premiada, apenas 13 foram feitas com réus presos.** O Globo Brasil. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/de-52-aco-es-de-delacao-premiada- apenas-13-foram-feitas-com-reus-presos-19394364>. Acesso em: 27/05/2020.

PARANÁ. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.483. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e Outros. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 27 de ago. de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em 19/05/2020.

PARANÁ. Ministério Público Federal. Termo do Acordo de Colaboração Premiada. Processos nº 026212-82.2014.404.7000 e 5025676-7 1.2014.404.700. Juiz Instrutor: Márcio Schiefler Fontes. Disponível em: <https://classroom.google.com/u/1/c/MjkyNTYyNTc4MDFa>. Acesso em: 25/05/2020.

PARANÁ. Ministério Público Federal. Termo do Acordo de Colaboração Premiada. Processos nº502568703.2014.404.7000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212-82.2014.404.7000, 504722977.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 5035110-84.2014.404.7000, e 5035707-53.2014.404.7000. Juiz Instrutor: Márcio Schiefler Fontes. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>. Acesso em 25/05/2020.

PARANÁ. Ministério Público Federal. Termo do Acordo de Colaboração Premiada. Inquéritos nº 4170 e 3989 do Supremo Tribunal Federal. Juiz Instrutor: Márcio Schiefler Fontes. Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/delacao-premiada-delcidio-amaral.pdf>. Acesso em: 25/05/2020.

PARANÁ. Ministério Público Federal. Termo do Acordo de Colaboração Premiada. Inquéritos nº 4215/DF e 3989/DF. Juiz Instrutor: Márcio Schiefler Fontes. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/peca-pet-6138.pdf>. Acesso em: 25/05/2020.

PARANÁ. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 127.186. Impetrante: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTROS. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgado em 29 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC127186voto.pdf>. Acesso em: 27/05/2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Execução Penal nº 5041088-03.2018.4.04.7000/PR. Agravante: Agostilde Monaco de Carvalho. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Julgado em 23/03/2019. Disponível em: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41558628026616896715225268212&evento=490&key=a4c9275356ff3ccff9c1b5cdaf0414d0113743db5ba53cba1891f1359a95c99a&hash=5226b6bd77743ab97ecff2ab5d2262c3. Acesso em: 27/05/2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Apropriação moral e Política do Direito degrada o Estado de Direito. Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito>. Acesso em 27/05/2020.

TRF-4 nega execução antecipada de pena firmada em delação. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-23/trf-nega-execucao-antecipada-pena-firmada-delacao>. Acesso em: 26/05/2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração Premiada e Negociação na Justiça Criminal Brasileira: Acordos para Aplicação de Sanção Penal Consentida pelo Réu no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 166/28, p. 241-271. Disponível em: https://www.academia.edu/42692198/COLABORA%C3%87%C3%83O_PREMIADA_E_NEGOCIA%C3%87%C3%83O_NA_JUSTI%C3%87A_CRIMINAL_BRASILEIRA_ACORDOS_PARA_APLICA%C3%87%C3%83O_DE_SAN%C3%87%C3%83O_PENAL_CONSENTIDA_PELO_R%C3%89U_NO_PROCESSO_PENAL. Acesso em 20/05/2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das Tendências de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro**. 2ª ed. Minas Gerais: Editora D'Plácido.

JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de Cooperação Premiada. Quais são os Limites? **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 17, n.1, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110/16462>. Acesso em 20/05/2020.

WUNDERLICH, Alexandre; RASSI, João Daniel; TAFFARELLO, Rogério Fernando. **Doze Perguntas Sobre a Colaboração Premiada**. Jota Info. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/doze-perguntas-sobre-a-colaboracao-premiada-10112017#content>. Acesso em 05/03/2020.