

Notas

- ¹ A recomendação correu após a análise do conhecido caso "Maria da Penha", quando a CIDH, por meio do Relatório 54/2001, dentre outras providências, recomendou a "adoção de medidas no âmbito nacional para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra as mulheres" (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica*: lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26).
- ² Cuja constitucionalidade foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424-DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 09.02.2012.
- ³ É o que textualmente estabelece a Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça: "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha".
- ⁴ DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pp. 31-32.
- ⁵ Ou *presunção de não culpabilidade*, como preferem alguns. Mas não há diferenças substanciais entre as expressões, tratando-se de mera opção terminológica. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 282.
- ⁶ Como preveem a Constituição de Portugal (art. 32,2), da Espanha (art. 24,1) e da França (com remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu preâmbulo). A Constituição dos Estados Unidos não prevê expressamente a garantia da presunção de inocência, mas ele é inferida a partir da interpretação conjugada das 5ª, 6ª e 14ª Emendas, como já se manifestou a Suprema Corte daquele país em *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432 (1895) e, mais recentemente, em *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).
- ⁷ Art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ("toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa"); pelo art. 6.2 da Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental ("toda pessoa acusada de um delito é presumivelmente inocente até quando sua culpabilidade não seja legalmente apurada"); art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem ("parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até prova de sua culpabilidade"); e pelo art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos ("toda pessoa acusada de praticar um delito é presumivelmente inocente até quando sua culpabilidade não seja legalmente apurada").
- ⁸ Aury Lopes Jr. observa que as regras de tratamento e de julgamento compõem a *dimensão interna* da presunção de inocência, ao passo que sua *dimensão externa* demanda uma proteção do acusado contra a sua estigmatização precoce, por meio da abusiva exploração midiática do fato e do processo (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 97).
- ⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). AgRg no AREsp 1003623/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 01/03/2018, *DJe* 12/03/2018). Em sentidos muito semelhantes, por amostragem: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). AgRg no REsp 1684423/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 26/09/2017, *DJe* 06/10/2017; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). AgRg no AREsp 524.115/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 25/10/2016, *DJe* 09/11/2016.
- ¹⁰ O acórdão pode ser encontrado na íntegra em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79853867&num_registro=201602783697&data=20180312&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 21 nov. 2019.
- ¹¹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro – parte geral*: fundamentos e distribuição de conflitos. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 346.
- ¹² VARAT, Jonathan; AMAR, Vikram e COHEN, William. *Constitutional law cases and materials*. 13. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2009, p. 356.

Recebido em: 30/01/2020 - Aprovado em: 21/07/2020 - Versão final: 08/09/2020

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS NULIDADES INERENTES AOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA E OS LIMITES AOS PRÊMIOS CABÍVEIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO A PARTIR DAS MODIFICAÇÕES INCLUÍDAS PELA LEI 13.964/19

BRIEF CONSIDERATIONS ON THE NULLITIES INHERENT TO THE PLEA BARGAINING AGREEMENTS AND THE LIMITS TO THE APPLICABLE LENIENCIES IN THE LEGAL ORDER SINCE THE MODIFICATIONS INCLUDED BY LAW 13,964/19

Walter Barbosa Bittar

Doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professor de Direito Penal da PUC/PR.

ORCID: 0000-0002-4036-7865

walter@advocaciabittar.adv.br

Luiz Antonio Borri

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar.

Professor de Direito Penal da Unicesumar.

ORCID: 0000-0001-7649-1270

luiz@advocaciabittiadv.br

Rafael Junior Soares

Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP.

Professor de Direito Penal da PUC/PR.

ORCID: 0000-0002-0035-0217

rafael@advocaciabittiadv.br

RESUMO: O presente artigo examina os limites aos prêmios cabíveis na colaboração premiada a partir das modificações incluídas pela Lei 13.964/19, assim como, a consequência jurídica da fixação de benefícios extralegais.

ABSTRACT: This article examines the limits to the applicable concessions in plea bargaining based on the modifications included by Law nº 13.964/19, as well as the legal consequences of setting extralegal benefits.

Com a aprovação do Pacote Anticrime houve uma série de modificações no instituto da delação premiada, com destaque para a restrição expressa quanto aos benefícios que podem ser concedidos ao colaborador, afastando-se, por força da legalidade, a possibilidade de adoção de prêmios extralegais. Destarte, a partir do método hipotético-dedutivo, valendo-se da técnica de revisão bibliográfica, formula-se a hipótese de nulidade de cláusulas que concedem prêmios atípicos e a revogação tácita do art. 4º, §5º, da Lei 12.850/13.

Palavras-chave: Colaboração Premiada, Nulidades, Prêmios, Pacote Anticrime.

A colaboração premiada como instituto de direito material (conduta positiva pós-delitiva) existe há algum tempo no país.¹ No entanto, mesmo tendo sido calorosamente recepcionado pela jurisprudência do país, o procedimento para sua aplicação somente foi introduzido no ordenamento jurídico a partir da criação da Lei 12.850/13,² o que estimulou a rápida difusão do instituto, especialmente no âmbito de grandes operações policiais. A adoção, cada vez mais recorrente, também gerou uma série de questionamentos sobre as lacunas da legislação e que foram sendo constatadas na prática forense.

Passados sete anos da promulgação da Lei 12.850/13, alguns ajustes, muitos deles discutidos pelos próprios Tribunais Superiores,³ restaram codificados no recém-aprovado Pacote Anticrime, a fim de se aprimorar assunto tão relevante para as ciências penais. Apesar do claro avanço em determinados pontos, a lei ainda contém obscuridades em dispositivos específicos, sendo necessária uma breve reflexão a respeito de como tais normas serão interpretadas pelos operadores do Direito, mormente para se evitar instabilidade ou insegurança jurídica na aplicação da colaboração premiada, ponderando-se garantias, eficiência e justiça no processo penal.⁴ O recém-inserido art. 4º, § 7º, II, da Lei 12.850/13 disciplinou que realizado o acordo, serão remetidos ao juiz o termo, as declarações e as cópias da investigação, para que possa examinar a adequação dos benefícios pactuados, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena, as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e os requisitos de progressão de regime. A temática é importante porque desde o surgimento do procedimento estudado, previa-se que o juiz deveria homologar o acordo, existindo já no âmbito da própria lei quais seriam os prêmios possíveis a serem concedidos, ou seja, o perdão judicial, redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos, além da imunidade processual.

A questão se tornou tormentosa porque prêmios extralegais passaram a ser admitidos na prática forense,⁵ com inovações de grande criatividade nos acordos homologados. Isso significou que, apesar da aparente determinação dos benefícios que poderiam ser inseridos no acordo de delação premiada, passou-se a trabalhar com os mais diversos benefícios aos colaboradores,⁶ entendendo-se que se tratava de rol meramente exemplificativo, o qual autorizaria a ampliação por partes das autoridades públicas.

De acordo com Américo Bedê Júnior, existem duas correntes desenvolvidas sobre o tema: i) posição restritiva, que só admite os benefícios previstos em lei; ii) visão ampliativa, que considera possível o oferecimento de prêmios não previstos na legislação.⁷

Para aqueles que entendiam que a corrente restritiva deveria prevalecer, afirma-se que *"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. Não se divisando no regime legal qualquer lacuna que careça de integração, será ainda inaceitável a outorga de privilégios extralegais com base em argumentos de identidade ou maioria de razão ou em analogia"*.⁸ No mesmo percurso, *"outra questão que deve ser enfrentada é a extensão dos privilégios que podem ser negociados com colaboradores. A nosso sentir, a*

With the approval of the Anticrime Package, there were a series of modifications in the institute of plea bargaining, with emphasis on the express restriction regarding the benefits that can be granted to the employee, removing, due to legality, the possibility of adopting extra-legal prizes. Thus, using the hypothetical-deductive method and the bibliographic review technique, it is formulated the hypothesis of nullity of clauses that grant atypical prizes and the tacit revocation of Art. 4th, §5th, of Law nº 12.850/13.

Keywords: Plea bargain, Nullities, Awards, Anti-crime Package.

*legislação não permite a concessão de outros benefícios que não aqueles listados expressamente nos diplomas pertinentes."*⁹

Por outro lado, **Andrey Borges de Mendonça** sustenta que *"é possível que sejam estabelecidos benefícios nos acordos de colaboração premiada, ainda que não expressamente estatuídos em lei. O princípio da legalidade não impede a concessão de benefícios para além do texto legal, pois referido princípio foi criado, seja no âmbito penal, seja no processual penal, para proteger o imputado, não podendo ser usado para prejudicá-lo, sob pena de inversão da lógica dos direitos fundamentais"*.¹⁰

No entanto, em que pesem os argumentos favoráveis à opção ampliativa, denota-se que a modificação legislativa (cf. 4º, § 7º, II, Lei 12.850/13) adotou claramente a via restritiva, impedindo-se que prêmios atípicos possam ser oferecidos pela autoridade policial ou Ministério Público ao delator. Ou seja, o objetivo do legislador foi retirar espaços de discricionariedade das autoridades, como forma de se permitir maior controle das delações premiadas realizadas.

Mesmo que não tenham sido estabelecidas de forma objetiva as sanções cabíveis, o art. 4º, § 7º, II, da Lei 12.850/13 é claro ao reconhecer que são nulas as cláusulas do acordo que violem o critério de definição do regime de início de cumprimento de pena e o art. 4º, § 7º-B, da Lei 12.850/13 dispõe que são nulas as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.

Reconheceu o legislador a existência de sanções a eventuais descumprimentos dos preceitos inerentes a um acordo válido, abrindo dupla perspectiva: a) mesmo homologadas, as cláusulas do acordo são nulas; e b) há limites impostos ao juiz no que tange aos direitos e deveres negociados.

O que se vê, a partir de agora, é que as cláusulas que violem os critérios de definição dos regimes estabelecidos no Código Penal, suas regras de cumprimento ou requisitos de progressão de pena não poderão ser homologadas pelo magistrado, ante a expressa vedação legal, pouco importando a negociação entre as partes. Além disso, ainda que o juiz efetivamente homologue a cláusula nos termos proibidos pela lei, não terá o acordo qualquer validade naquele trecho, visto que o juízo necessariamente deve observar a legalidade.

Corroborando o alegado acima, *"o princípio da legalidade impõe que os atores estatais da justiça criminal pautem suas posturas e suas decisões em conformidade e, portanto, a partir das previsões legais, das imposições e limitações previstas em Lei para o seu atuar"*.¹¹

Nada obstante, questão extremamente relevante diz respeito a quem poderia questionar a validade dessa espécie de cláusula, quando, na prática, o representante do Ministério Público e o colaborador entabularem prêmios atípicos ou extralegais e o magistrado efetivamente homologar. Por certo, os envolvidos não terão interesse em impugnar a avença que lhes beneficia e a vingar a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (HC 127.483/PR) quanto ao terceiro delatado não ser autorizado a impugnar o acordo,¹² o pacto restará incólume.

Com efeito, essa discussão é importante para que se possa perceber

que o acordo de colaboração pode se transformar em mecanismo de negociação de bens ou direitos mesmo ao arrepio da legislação. Pode-se ilustrar com a Lei de Improbidade Administrativa na qual, a despeito da expressa proscrição legal de transação, acordos ou conciliação sobre a matéria,¹³ inúmeros acordos de colaboração foram firmados transacionando o patrimônio público.¹⁴

Note-se que, mesmo depois de homologado o acordo, não se mostra possível ao delator arguir a violação à boa-fé¹⁵ por parte do Estado ao se declarar a nulidade do acordo que negociou prêmios não previstos ou vedados, mormente porque não se pode olvidar que o delator deverá estar assistido por advogado desde a formalização da proposta do acordo, que deverá ser instruída com procuração com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, até a sua confirmação e execução (art. 3-B, §5º, art. 3º-C e art. 4º, §15, da Lei 12.850/13).

Esta disciplina legal implica ainda reconhecer que as alterações à Lei 12.850/13, incluídas pela Lei 13.964/19, estabelecendo sanções de nulidade a cláusulas do acordo que ultrapassem os limites legais, estabeleceram, por outro lado, a revogação tácita do § 5º, do art. 4º que admitia, no caso da colaboração posterior à sentença, a redução da pena até metade ou a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos.

A questão é que a Lei 13.964/19, ao incluir o § 7º, II na Lei 12.850/13, prevê a sanção de nulidade às cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do CP

e das regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal (7.210/84), além dos requisitos de progressão não previstos no § 5º, do art. 4º, da Lei 12.850/13.

Mas esta normatização é contraditória, pois possibilita ao delator que negocie na fase pós-sentença (que possui as restrições impostas pelo citado § 5º, do art. 4º), um prêmio melhor que aqueles previstos como possíveis, sob pena de nulidade da cláusula do acordo, posto que permitiria àquele que negociou seu acordo após uma sentença, o cumprimento da pena em regime aberto, quando este não seria possível, em face da redação do art. 4º, § 7º, II, para aquele que negociasse antes da sentença.

Como a contradição e a desproporção são evidentes, com relação aos prêmios possíveis (ou passíveis) de negociação, ocorreu, nesse caso, revogação tácita do § 5º, do art. 4º, da lei 12.850/13, que é anterior à modificação incluída pela Lei 13.964/19, em face da inserção no mesmo artigo, no § 7º, II, pois é evidente a incompatibilidade criada com o texto dessas normas.

Portanto, em que pese tenha o legislador perdido a oportunidade de estabelecer um regime de sanções objetivas, impondo fronteiras mais claras quanto ao cabimento dos beneplácitos previstos nas legislações que regulamentam a delação premiada, certo é que o avanço foi significativo, não apenas ao estabelecer a própria nulidade, bem como por consignar que o poder de negociação possui restrições para ambas as partes, reforçando o papel do magistrado no momento da homologação do acordo.

Notas

- 1 BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 83-154; 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 Criminas*, v. 122, set-out/2016, p. 359-390.
- 2 Referindo que as primeiras delações da década de 90 não eram negociais, somente adotando esse viés a partir da Lei 9.807/99, sendo a Lei 12.850/13 o marco da regulamentação dos acordos cf. SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 456-457, jan./abr., 2019.
- 3 Pex.: Recebimento de denúncia somente com base em delações (art. 4º, § 16º, II, Lei 12.850/13); vedação de prêmios extralegais (art. 4º, § 7º, II, Lei 12.850/13).
- 4 WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 156, jun-2019, p. 279-306.
- 5 Pet 7074 QO, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017.
- 6 A título de exemplo, enumeram-se os seguintes prêmios já concedidos: limitação do tempo de prisão cautelar, fixação do tempo máximo de duração da pena privativa de liberdade e do regime inicial independentemente da quantidade de pena fixada na sentença, progressão automática de regime após certo período de tempo, ainda que ausentes os requisitos da lei. DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 155, maio-2019, p. 293-337.
- 7 Quais benefícios o estado pode oferecer ao réu colaborador? Existem limites materiais ao acordo de colaboração? LEMOS, Bruno Espinêira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HÖHN, Ivo; QUINTERE, 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, 2016. p. 71-83.
- 8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 400, set./out. 2016, p. 16-38.
- 9 PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 871. Essa compreensão também pode ser vista em CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2018. p. 234-235; LEWANDOWSKI, Ricardo. A colaboração premiada em face do princípio da separação dos poderes. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). *30 anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 517-525; STF - Pet 7265/DF - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 14.11.17.
- 10 Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de

Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. Revista dos Tribunais, São Paulo 2017, p. 103. Em sentido similar, compreendendo possível a concessão de benefícios extralegais cf. ROSA, Luísa Walter da. *Colaboração premiada: a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador*. Florianópolis: Emais, 2018, p. 85.

- 11 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências da expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 46.
- 12 Sobre a necessidade de se rediscutir o tema cf. BITTAR, Walter Barbosa; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A questão da natureza jurídica e a possibilidade legal de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 332, p. 19-21, set. 2019.
- 13 A Lei 13.964/19 revogou o art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 que passou a prever: "§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei." Ademais, o art. 17-A, que incumbia ao Ministério Público a celebração do acordo de não persecução cível e estabelecia regras materiais e procedimentais, foi vetado pelo Presidente da República sob a justificativa de que o dispositivo excluía a possibilidade do ente público lesado, que também seria legitimado para propor a ação de improbidade, celebrar o acordo. De todo modo, como a reparação do dano em face do patrimônio público é considerada imprescritível (art. 37, §4º, CF), certamente haverá discussões sobre os limites dessa negociação no âmbito da improbidade. Justificando o cabimento do acordo na esfera da improbidade, após as modificações legais realizadas pela Lei 13.964/2019, cf. SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Sílvio Antonio. "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de Processo*, v. 303, p. 291-314, maio 2020. Para uma análise do tema antes das mudanças legais referidas e sustentando a impossibilidade de entabular-se acordo na esfera da improbidade cf. BERTOLAZO, Ivana Nobre; BORRI, Luiz Antonio; SANTIAGO, Thais de Oliveira. Limites dos prêmios na colaboração premiada: a (im)possibilidade de negociação da improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 154, p. 215-243, abr. 2019.
- 14 O STF reconheceu a repercussão geral da matéria discutida no Tema 1043: "A utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, § 1º)".
- 15 A Lei 13.694/19 modificou a Lei 12.850/13 para inserir, por duas vezes, o termo "boa-fé" ao tratar da colaboração premiada primeiro para esclarecer que configura afronta à boa-fé a divulgação das tratativas iniciais do acordo (art. 3º-B) e no §6º do mesmo dispositivo para estabelecer que, não sendo celebrado o acordo por iniciativa do celebrante (apesar do termo utilizado, tudo indica tratar-se do *Parquet* ou da autoridade policial), esse não poderia valer-se das informações ou provas apresentadas, de boa-fé, pelo colaborador para qualquer outra finalidade.

Recebido em: 27/02/2020 - Aprovado em: 06/06/2020 - Versão final: 02/07/2020