



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

LUIZ DE ALBUQUERQUE MEDEIROS NETO

**A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ADQUIRIDAS ATRAVÉS DE  
COLABORAÇÃO PREMIADA EXTRALEGAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À  
AMPLA DEFESA:** da atipicidade do acordo de cooperação e da possibilidade de arguição de  
vícios pelo terceiro implicado.

Maceió/AL  
2022

LUIZ DE ALBUQUERQUE MEDEIROS NETO

**A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ADQUIRIDAS ATRAVÉS DE  
COLABORAÇÃO PREMIADA EXTRALEGAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À  
AMPLA DEFESA: da atipicidade do acordo de cooperação e da possibilidade de arguição de  
vícios pelo terceiro implicado.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA/UFAL, como requisito parcial à obtenção de título de Mestre em Direito.  
Orientador: Professor Dr. Rosmar Anttoni Rodrigues Cavalcanti de Alencar.

Maceió/AL  
2022

# FOLHA DE APROVAÇÃO

## DEDICATÓRIA

## AGRADECIMENTOS

### *EPÍGRAFE*

A promessa de impunidade, contrato imoral entre a lei e o delinquente, além de ser um erro jurídico é um erro probatório: de um lado, incita ao delito, corrompe e perturba a sociedade com o espetáculo da liberação de um réu, que quase sempre não só é maior, como o mais perverso; do outro, perturba todo critério probatório, gerando, por obra da lei, na consciência do acusado, um impulso poderosíssimo para falsas revelações. (MALATESTA, Nicola. A lógica das provas em matéria criminal. Campinas: Servanda, 2013. P. 569)

## RESUMO

O estudo examina os efeitos que o reconhecimento e declaração da atipicidade do acordo de colaboração premiada extralegal, assim considerado aquele cujas sanções premiais ofertadas ultrapassam os limites legais, produzirão em relação aos elementos de prova a partir dele arrecadados, analisando a possibilidade do terceiro implicado promover a impugnação do pacto e/ou da decisão homologatória. A atualidade da temática, sua relevância prática e a ausência de precedentes jurisprudenciais quanto à questão convergem para estimular o aprofundamento de pesquisas que se proponham a deitar maiores reflexões sobre o procedimento de aquisição de provas implementado a partir da formalização de acordo de colaboração premiada.

**Palavras-chave:** Colaboração premiada. Legalidade. Sanções premiais. Limites à atividade probatória. Ampla defesa. Impugnação. Terceiro implicado. Legitimidade e interesse. Ilicitude e inadmissibilidade de provas.

## **ABSTRACT**

This paper delves into the consequences that an acknowledgment and assertion of the atypicality of the extralegal plea bargain agreement, i.e., one whose concessions go beyond the legal constraints, may engender concerning the evidence gathered. It also assesses the likelihood that the third party involved file for revocation of the agreement and/or of the judge's acceptance of the negotiated plea. The topicality of the subject, its practical relevance, and the lack of jurisprudence precedent regarding it converge to encourage further research that will bring forth a greater understanding of how evidence is gathered following the signing of a plea bargain.

**Keywords:** Plea bargain. Legality. Concessions. Constraints to probative practice. Right to a fair trial. Revocation. Third party involved. Legitimacy and interest. Unlawfulness and inadmissibility of evidence.

## SUMÁRIO

1. **INTRODUÇÃO.**
2. **COLABORAÇÃO PREMIADA E A BUSCA DA VERDADE.**
  - 2.1. Regularidade e legalidade.
  - 2.2. Voluntariedade: a especial condição do colaborador privado da liberdade.
  - 2.3. Adequação dos benefícios pactuados.
3. **A COLABORAÇÃO PREMIADA EXTRALEGAL.**
  - 3.1. Acordo firmado entre a Procuradoria-Geral da República e Alberto Youssef.
  - 3.2. Acordo firmado entre o Ministério Público de Alagoas e José Otacílio de Carvalho.
  - 3.3. Legalidade e sanções premiaais: os limites do acordo.
4. **O CONTROLE DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA E A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ADQUIRIDAS A PARTIR DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA EXTRALEGAL.**
  - 4.1. Possibilidade de impugnação por terceiro implicado.
  - 4.2. Atipicidade do acordo extralegal e suas consequências.
    - 4.2.1. Ilicitude das provas obtidas e derivadas: o interesse do implicado.
    - 4.2.2. Manutenção dos benefícios acordados: o interesse do colaborador.
5. **CONCLUSÃO.**
6. **REFERÊNCIAS.**

## 1. INTRODUÇÃO.

A ideia central deste estudo acadêmico consiste em examinar os efeitos que o reconhecimento e declaração da atipicidade do acordo de colaboração premiada extralegal produzirão em relação aos elementos de prova que a partir dele tenham sido adquiridos ou hajam derivado, sempre tendo em conta a dúplici finalidade do processo penal, que serve como limitador do poder estatal e, ao mesmo tempo, como catalisador da eficácia dos direitos e garantias fundamentais<sup>1</sup>.

Efetivamente, de uma leitura conforme a Constituição Federal de 1988, conclui-se que o sistema processual penal brasileiro se apresenta como instrumento de contenção limitadora do arbítrio punitivo estatal, traduzindo-se, nessa perspectiva, numa garantia destinada àquele a quem é atribuída participação em infração penal assegurando-lhe que somente será alcançado por sanção criminal caso reste comprovada, de maneira plena e por meio lícito, alguma responsabilidade pelo atuar desviante imputado.

Nesta direção, é preciso ter presente que as providências investigativas que se destinam à busca da verdade sobre o fato objeto de apuração encontram limites expressamente consignados no ordenamento jurídico nacional, pontuando Marco Antonio de Barros, quanto a isto, que “*o descobrimento da verdade deve arrimar-se em atos, diligências e outras providências essencialmente lícitas e moralmente legítimas, pois nenhum preceito legal autoriza a obtenção da verdade a qualquer custo*”<sup>2</sup>.

Entretanto, a despeito da existência de tais limitações a jurisprudência dos tribunais de superposição tem sido refratária ao reconhecimento e declaração de nulidades havidas tanto no deferimento judicial quanto na execução de diligências investigativas, como se observa de decisões em que o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, convalidou busca e apreensão realizada em endereço diverso daquele consignado no mandado judicial<sup>3</sup> e confirmou a validade de provas obtidas a partir de interceptação telefônica determinada por magistrado de primeira instância e que apanhara, durante longo período de tempo, diálogos de agente político detentor de foro por prerrogativa de função cujo conteúdo indicaria, já àquela altura, a sua participação

---

1 JR., Aury Lopes. **Introdução crítica ao processo penal**: (fundamentos da instrumentalidade constitucional), 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1.

2 BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 170.

3 STJ - HC 124.253/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/02/2010, DJE 05/04/2010.

na infração penal investigada<sup>4</sup>.

Especificamente quanto à colaboração premiada, definida como técnica especial de obtenção de prova<sup>5</sup>, tem-se que o art. 4º da Lei Federal nº. 12.850/2013 possibilita que em troca de informações relevantes à apuração de infrações criminais ao investigado colaborador sejam ofertados, no termo de cooperação, benefícios penais consistentes em perdão judicial, redução da reprimenda em até 2/3 (dois terços) ou mesmo substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Acontece, entretanto, que, visando mais facilmente obter tais informações da pessoa investigada, os órgãos de persecução têm ofertado aos possíveis colaboradores benefícios que, além de não estarem contemplados na legislação específica, são incompatíveis com regras dispostas na Constituição Federal de 1988 (ex: renúncia ao direito de recorrer), no Código Penal (ex: estabelecimento de regime prisional incompatível com a quantidade da pena), no Código de Processo Penal (ex: suspensão de ações penais e procedimentos investigativos e do prazo prescricional referente aos delitos subjacentes) e na Lei de Execução Penal (ex: regime fechado mitigado pelo recolhimento noturno domiciliar, admitindo a realização de viagens ao exterior em razão de trabalho bem como para visitar parentes), recebendo, acordos dessa natureza, a homologação do Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>.

Tal afronta ao princípio da legalidade, que inclusive possui aptidão para provocar a desintegração de todo o ordenamento jurídico nacional, tem sido denunciada pela doutrina, justamente porque não se revela cabível o oferecimento, pelas agências de persecução, de benefício que não encontre previsão legal<sup>7</sup>. Assim, o presente trabalho investiga, levando em conta a teoria das nulidades aplicável ao processo penal, os efeitos da atipicidade do acordo de colaboração premiada decorrente da oferta de benefícios penais não expressamente admitidos na Lei Federal nº. 12.850/2013 e incompatíveis com o catálogo de normas, especialmente, na perspectiva do implicado, se o vício desaguaria na inadmissibilidade e desentranhamento dos elementos de prova a partir dele arrecadados e daqueles amealhados por derivação.

A atualidade da temática, sua relevância prática e a ausência de precedentes jurisprudenciais quanto à questão convergem para estimular o aprofundamento de estudos

---

4 STJ - HC n. 307.152/GO, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator p/ o acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 15/12/2015.

5 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2017, p. 127.

6 STF – PET 5.244/DF. Relator TEORI ZAVASKI. Decisão monocrática de 19.12.2014.

7 JARDIM, Afranio Silva. **Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites?** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 1. Janeiro a Junho de 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110/16462> Acesso em: 08.10.2018.

acadêmicos que se proponham a deitar maiores reflexões sobre o procedimento de aquisição de provas implementado a partir da formalização de acordo de colaboração premiada, sobretudo diante dos inúmeros acordos de colaboração premiada que os órgãos de persecução vêm firmando e recebendo homologação judicial sem que se preste obediência aos estritos limites impostos pela norma de regência (Lei Federal nº. 12.850/2013), afrontando o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF/1988), cujo alcance “*inclui tanto a pena cominada pelo legislador como a pena aplicada pelo juiz e a pena executada pela administração*”<sup>8</sup>, vendando-se, portanto, a imposição de respostas penais não contempladas pela legislação aplicável.

Imperioso considerar, ainda, que a experiência tem demonstrado que a homologação, pelo Supremo Tribunal Federal, de acordos de cooperação que estabelecem benefícios não admitidos pelo sistema jurídico nacional tem sido replicada, de modo acrítico e autofágico<sup>9</sup>, nas mais diversas instâncias jurisdicionais, sendo exemplo a homologação, pela 17ª Vara Criminal da Capital do Estado de Alagoas, de acordo em que o órgão ministerial propôs a concessão de benefício consistente no estabelecimento do regime aberto ainda que a reprimenda final supere o limite de 04 (quatro) anos indicado no art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal<sup>10</sup>.

Anote-se que, em decisão paradigmática, o órgão plenário do Supremo Tribunal Federal definiu, quanto aos procedimentos criminais de sua competência originária, caber ao relator a homologação do acordo de colaboração premiada que mencione agente político detentor de foro por prerrogativa de função<sup>11</sup>, o que elevou, na própria corte suprema, o número de decisões conflitantes sobre a legitimidade de cláusulas destituídas de amparo legal, cizânia para cuja resolução o presente estudo pretende contribuir, justificando-se igualmente porque se propõe a examinar quais os efeitos que eventual decisão de invalidação de acordo de cooperação premiada irradiará também sobre a situação processual do agente que firmou o pacto, tendo em conta os princípios da boa-fé e segurança jurídica.

Também de modo a justificá-lo, a importância dogmática e prática do estudo aqui se sobreleva ante a ausência de precedentes jurisprudenciais sobre a questão específica atinente à ilicitude dos elementos de prova angariados a partir de acordo de cooperação que o investigado colaborador somente se pôs a firmar em razão dos beneplácitos extralegais que lhe tenham sido

---

8 LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional** : a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 97.

9 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; JR., Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite** : A controvertida justiça negocial made in Brazil. Florianópolis : EMais, 2018, p. 124.

10 Acordo homologado em 17.10.2017 nos autos do processo nº. 0850164-09.2017.8.02.0001.

11 STF - HC 127483, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

ofertados.

Na busca pela solução mais adequada, e sempre tendo como linha mestra a proteção aos direitos fundamentais do imputado, o estudo foi empreendido mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial relacionada com o seu objeto, de modo que a metodologia utilizada consistiu em exame bibliográfico e de decisões judiciais, notadamente daquelas proferidas pelos tribunais de superposição, cujo resultado foi formatado em cinco seções, sendo duas reservadas à introdução e conclusão, e outras três destinadas à fundamentação teórica.

No Capítulo 2 foi empreendida uma breve abordagem do ingresso da colaboração premiada no cenário normativo brasileiro, revisando as disposições legais em que prevista, bem assim como à análise dos elementos essenciais de validade do instituto. Já o Capítulo 3 ficou dedicado ao exame de dois específicos acordos de colaboração premiada, o primeiro firmado entre a Procuradoria-Geral da República e Alberto Youssef, pacto homologado pelo Supremo Tribunal Federal, e o segundo entabulado entre o Ministério Público do Estado de Alagoas e José Otacílio de Carvalho, instrumental homologado pela 17ª Vara Criminal de Maceió-AL, trazendo um panorama dos limites legais da consensualidade do instituto. O Capítulo 4 está dedicado à perquirição dos métodos de controle da decisão homologatória, notadamente à possibilidade de impugnação por terceiro implicado, além dos efeitos decorrentes do reconhecimento da atipicidade dos benefícios propostos no acordo de colaboração.

## **2. COLABORAÇÃO PREMIADA E A BUSCA DA VERDADE.**

A colaboração premiada, como espécie do gênero de medidas consensuais aplicáveis ao processo penal brasileiro, tem como desiderato maior, o que em tese justificaria a sua adoção, a busca do enfretamento à criminalidade organizada, facilitando a atividade de investigação implementada pela agências estatais de persecução neste âmbito específico, possibilitando uma resposta mais rápida e eficaz. No entanto, para adquirir legitimidade esta técnica especial de investigação deve preencher os requisitos de validade dispostos no art. 4º, § 7º, da Lei Federal nº. 12.850/2013, estes que se relacionam com a regularidade e legalidade do procedimento adotado, com a voluntariedade da manifestação do colaborador e, finalmente, com a adequação dos benefícios prometidos.

### **2.1. Regularidade e legalidade.**

Ao mencionar como requisitos essenciais de validade do acordo de colaboração premiada a regularidade e legalidade o art. 4º, § 7º, I, da Lei Federal nº. 12.850/2013 está se referindo às regras normativas atinentes ao procedimento que devem ser escrupulosamente observadas nos estritos termos legais, apanhando todas as fases, desde a formalização da proposta de acordo até eventual decisão homologatória. A legalidade, neste aspecto, também diz com a possibilidade jurídica da utilização desta técnica de apuração, que somente se aplica aos casos relativos a delitos praticados nas circunstâncias retratadas no ar. 1º, § 1º, parte final, e § 2º, do mencionado diploma, é dizer, infrações com pena máxima superior a 04 (quatro) anos ou de caráter transnacional, bem como às organizações terroristas.

### **2.2. Voluntariedade: a especial condição do colaborador privado da liberdade.**

A voluntariedade da manifestação de vontade do cidadão que se propõe a colaborar com as agências de persecução penal constitui elemento essencial de validade, senão estrutural, do próprio acordo a ser entabulado, aspecto que deve ser avaliado com profundidade pelo órgão jurisdicional competente para homologá-lo, providência que o legislador asseverou que precisa ser promovida com redobrada prudência quando a hipótese retratar colaborador que esteja ou

tenha estado submetido à medida cautelar, notadamente a de privação da liberdade, isto porque a colaboração “*não pode ser tomada em situação de fragilidade psicológica do imputado*”<sup>12</sup>.

O destaque empreendido pelo legislador quanto à esta específica questão constitui um claro sinal do reconhecimento, encetado pelo próprio Congresso Nacional, de que a privação da liberdade, por si só, constitui circunstância apta a provocar, ao menos de maneira potencial, uma redução do grau de autonomia no que concerne à livre manifestação da vontade por parte das pessoas custodiadas, o que indiscutivelmente se agrava ante as condições das unidades prisionais brasileiras, estruturas sucateadas e superlotadas.

De fato, as sociedades contemporâneas se veem marcadas, quanto à política criminal que adotam a partir de sua prática persecutória interna, pelo fenômeno da expansão do direito penal, instrumento que a despeito da histórica falência de seus decantados objetivos ressocializadores se vê guinado à condição de panaceia para todos e mais elementares problemas de ordem social, inobstante a realidade empírica revele sua preconceituosa seletividade. No ponto, embora seja possível admitir o surgimento, na modernidade pós-industrial, de circunstâncias fáticas aptas a justificar, com substancial carga legitimante, tanto a extensão do âmbito de alcance quanto a maior intensidade da atuação prática do direito penal, há de se reconhecer, também, que muitas destas medidas se expressam, seja em seu próprio conteúdo ou até mesmo no fundamento que as subjazem, de modo irracional, tudo a descambar numa considerável elevação dos índices de encarceramento.

Os dados oficiais disponibilizados à consulta pública demonstram que a taxa de encarceramento no Brasil vem crescendo com o passar dos anos, revelando, também, o aumento do déficit de vagas destinadas às pessoas submetidas à privação da liberdade, acarretando, conseqüentemente, a superlotação das unidades prisionais que passam a operar além dos limites de sua capacidade projetada.

Tal fator, somado à tacitamente confessada ausência de vontade política no que se refere à promoção de medidas institucionais direcionadas à estruturação do sistema carcerário brasileiro, omissão cuja razão de existir vai desde pragmáticas considerações de cunho eleitoral à defesa de anacrônicas ideologias que abandonam toda e qualquer solidariedade para com os semelhantes, torna o déficit de vagas apenas mais um dos inúmeros problemas que se acham relacionados com à questão prisional e que implicam em graves, massivas e sistemáticas violações a direitos fundamentais das pessoas reclusas.

---

12 ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2022. P. 933.

A despeito de ser lugar comum, ao menos na dogmática jurídica imperante nas sociedades civilizadas, o reconhecimento de que as pessoas privadas da liberdade constituem sujeitos de direito, mantendo íntegras absolutamente todas as garantias e categorias de direitos não afetados pela excepcionalíssima circunstância da reclusão, a realidade brasileira revela que tal reconhecimento se dá apenas de modo formal.

Realmente, a legislação interna brasileira contém inúmeras dispositivos reconhecendo direitos às pessoas submetidas ao encarceramento, ao que se soma uma vastidão de normativos internacionais subscritos pelo país, todos destinados a, expressa e formalmente assegurando direitos aos prisioneiros, estabelecer limites à atuação das agências estatais, seja quanto ao conteúdo mesmo das sanções legalmente previstas, seja em relação à sua intensidade, extensão e, também, ao método utilizado na execução.

Nesse sentido, é possível perceber que o elemento fundante do amplo arcabouço normativo vigente que se relaciona com a específica questão prisional reside exatamente em considerações de natureza eminentemente humanitárias, todas a proscrever as práticas que a experiência histórica demonstrou serem mais profundamente atroz e desmoralizantes do que as próprias condutas desviantes que elas visavam reprimir.

Quanto ao ponto, embora em certa medida seja possível concordar com Miguel Reale Júnior quando assevera que “*a história do direito penal é a história de um largo processo de humanização da repressão*”<sup>13</sup>, isto considerando os substanciosos aportes humanitaristas do iluminismo que ajudaram a tornar as sanções corporais, ao menos em boa parte do mundo, “*material para museu dos horrores*”<sup>14</sup>, não há como deixar de admitir que o sistema prisional brasileiro continua a submeter o recluso a semelhantes tratamentos inumanos, ainda que formalmente vedados.

Efetivamente, inobstante o louvável avanço da legislação aplicável ao contexto do exercício da atividade punitiva estatal, tornando passado distante, ao menos em boa parte dos países civilizados, as penas de morte, os açoites, as sanções corporais, o degredo e banimento, para citar alguns poucos exemplos, o fato é que o cenário atual de profunda deficiência da estrutura prisional acaba provocando, na realidade vivenciada pelos cidadãos encarcerados, uma clara reaproximação a tais práticas degradantes e inumanas.

Pois bem, mantendo a condição de sujeitos de direito, ao menos na perspectiva mais amplamente difundida e acolhida, as pessoas privadas da liberdade, seja em virtude de

---

13 JÚNIOR, Miguel Reale. **Fundamentos de direito penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 261.

14 Idem, ibdem.

decretação de medidas cautelares e mesmo ante sentença penal condenatória já passada em julgado, continuam titulares, em considerável medida, dos direitos fundamentais de que também são titulares os cidadãos que estejam a gozar da liberdade, conforme se extrai da literalidade do art. 38 do Código Penal e do art. 3º da Lei de Execução Penal.

Ademais, muito embora a privação da liberdade efetivamente implique, sobretudo em virtude das regras estabelecidas com a finalidade de promover a segurança interna nas unidades prisionais, verdadeiras limitações à fruição de direitos fundamentais, é importante frisar, por outro lado, que esta circunstância contingencial também atua de modo a ativar determinados direitos fundamentais, dentre os quais se sobressai aquele consistente na vedação à submissão do recluso a tratamento desumano e degradante e no respeito à sua integridade física e moral (art. 5º, III, XLVII e XLIX, da CF/1988).

No âmbito internacional a humanidade do tratamento dirigido à pessoa privada da liberdade também se vê alçada à condição de garantia fundamental contra práticas estatais abusivas, conforme se observa tanto dos arts. 7º e 10, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 adotado pelo Brasil por intermédio do Decreto nº. 592/1992, quanto do art. 5º, itens 1 e 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, incorporada ao direito pátrio por força do Decreto nº. 678/1992. Da mesma forma, no art. 16, item 1, da Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, inserido no sistema normativo brasileiro pelo Decreto nº. 40/1991, no item 31 das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros de 1955 e no Princípio 1 dos Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas (Resolução nº. 01/08, aprovada em 31 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

Anote-se que o Supremo Tribunal Federal decidiu por reconhecer o caráter de supralegalidade aos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil tenha aderido mas não submetidos à aprovação congressual disposta no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, assentando, no ponto, que tais normas, embora submissas à Carta Política, são hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais internas, que, portanto, serão inaplicáveis não só quando conflitarem com as regras e princípios adotados pela atual ordem constitucional, mas também quando colidirem com as contidas nos tratados internacionais<sup>15</sup>.

---

15 STF - RE 349703, Relator(a): CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675.

Por outro lado, normas infraconstitucionais brasileiras também destacam a vedação ao tratamento inumano e degradante, como se verifica do enunciado art. 40 da Lei de Execução Penal. Em sentido semelhante é o que se observa do art. 3º da Resolução nº. 14/1994 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, que institui as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil.

Todo este arcabouço normativo revela que o estado brasileiro reconhece como seu dever e obrigação a adoção de medidas destinadas a impedir que as pessoas privadas da liberdade e que estejam sob a sua custódia sejam submetidas a tratamentos desumanos e degradantes, bem como a implementação de ações exatamente direcionadas a garantir que aos reclusos seja dispensado tratamento compatível com a sua dignidade, enquanto ser humano.

No entanto, a despeito desses compromissos institucionais da mais alta relevância política e social, inclusive assumidos perante a comunidade internacional, o Brasil ainda está muito longe de transformar o cenário de completo abandono em que se encontram inúmeras unidades prisionais espalhadas em seu território, circunstância, aliás, que o fez ser denunciado perante organismos internacionais, tendo sido condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a adotar, *“de forma imediata, todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade”*<sup>16</sup>, apenas um dentre vários exemplos que causam grandioso vexame público de alcance mundial.

Neste aspecto, correntes são as notícias veiculadas pelos meios de comunicação dando conta que inúmeras pessoas são alojadas em celas minúsculas, abarrotando-as, chegando ao ponto de faltar oxigênio suficiente para que todos possam respirar, como em julgamento destacou o Ministro Luís Roberto Barroso ao assentar que *“Em grande parte dos presídios, há celas superlotadas, com pessoas amontoadas, dormindo em esquema de revezamento, em cima do vaso sanitário, no chão ou em redes afixadas nas paredes”*, acrescentando que *“a submissão dos presos a condições degradantes de detenção, não atende aos objetivos das políticas de segurança pública ou aos interesses da sociedade na redução da criminalidade”*<sup>17</sup>.

Efetivamente, os dados estatísticos obtidos por pesquisas oficiais revelam, muito além da manifesta seletividade étnico-racial operada pelo preconceituoso sistema repressivo e da clara ineficácia da privação da liberdade quanto à consecução dos propagandeados fins

---

16 Decisão proferida em 14.11.2014 e disponível em < <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-corte-interamericana-direitos.pdf>> Acesso em 25.01.2021.

17 STF - RE 580252, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017.

ressocializadores sustentados por teorias que a procuram justificar a partir da perspectiva de prevenção especial positiva, a ausência de estrutura que apanha, no cenário nacional, boa parte das unidades prisionais, desumano estado de coisas que vem se perpetuando com o passar dos tempos, atravessando governos da direita conservadora e da esquerda progressista, isto a demonstrar que a estruturação das unidades prisionais espalhadas país a fora, pressuposto à humanização do cárcere e concretização dos direitos fundamentais dos custodiados, nunca foi objeto de preocupação das agências políticas. Aliás, considerando a realidade brasileira de submissão de presos à condições degradantes e inumanas, tornando meramente simbólica a vedação contida na CF/1988, foi que o Ministro Marco Aurélio aventou compreender “*a fuga, pura e simples, como direito natural do ser humano, ou seja, de não se submeter a condições indignas no que o Estado não preserva a integridade física e moral do preso*”<sup>18</sup>.

Ante a constatação empírica deste horripilante cenário parte considerável da doutrina tem asserido que cumpria ao Congresso Nacional estabelecer uma vedação legal à formalização, pelas agências estatais, de acordos de colaboração premiada com pessoas custodiadas, pontuando, de igual forma, que no contexto brasileiro de sistemática violação aos direitos fundamentais dos cidadãos detidos a segregação ensejaria como que uma objetiva hipótese de vício de consentimento incompatível com a voluntariedade exigida pela legislação<sup>19</sup>.

Porém, mais avançada e adequada à resolução desta questão é a proposta desenvolvida por Rodrigo Moraes de Oliveira, no que aborda a temática concernente à violação de direitos fundamentais das pessoas privadas da liberdade a partir da ideia de exequibilidade humanitária como condição de possibilidade para o encarceramento, compreendendo-a como “*a possibilidade de privação da liberdade de uma pessoa em consonância efetiva com o arcabouço de direitos fundamentais que lhe assistem*”, acrescentando o seguinte:

A ausência de exequibilidade humanitária do encarceramento, pois, significa que estamos diante de um suporte fático (C) indicativo da ilegitimidade/invalidade da prisão de um cidadão, e, logo, da precedência (P) do seu direito de liberdade de locomoção (meio para a busca direta e para o alcance dos demais direitos - fora, frisemos, do estado de sujeição), prescrevendo como consequência jurídica (R) a cessação do encarceramento (algo somente reversível diante da modificação do suporte fático, pela

---

18 Assertiva lançada pelo Ministro Marco Aurélio por ocasião do julgamento do HC 94163, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851.

19 MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. **Colaboração premiada**: aspectos controvertidos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. P. 90 e 98.

materialização da exequibilidade humanitária do encarceramento – de um outro C, portanto).<sup>20</sup>

O raciocínio implementado pelo mencionado autor está direcionado à proteção dos direitos fundamentais das pessoas submetidas à privação da liberdade, sempre tendo em conta o estado de sujeição em que se encontram ante a impossibilidade de locomoção, e perpassa por um exame de ponderação entre o direito estatal de punir fazendo cumprir as decisões judiciais condenatórias e a leis do país e o direito fundamental ao tratamento compatível com a dignidade da pessoa humana. Nesta senda, quando a realidade de determinada unidade prisional expressar grave violação a direitos fundamentais da pessoa humana, os custodiados que nela se encontram devem ser imediatamente liberados, ficando suspenso novos encarceramentos, isto até que eventualmente as condições estruturais sofram as modificações necessárias à observância do arcabouço normativo<sup>21</sup>.

Enquanto isso não acontece, e tudo está a indicar que a espera poderá ser longa, não se afigura admissível coonestar com o encarceramento de pessoas em estabelecimentos destituídos da estrutura mínima necessária, sobretudo quando o índice de ocupação já tenha ultrapassado a capacidade projetada, de modo que em tais circunstâncias, não havendo possibilidade material para a exequibilidade humanitária do aprisionamento, este não poderá ocorrer, é dizer, ninguém lá poderá ser inserido. Mais do que isso, esta hipótese fática igualmente imporá o imediato restabelecimento da liberdade daqueles que se encontrem aprisionados em condições ofensivas à sua dignidade, até que o contexto prisional se adeque aos parâmetros normativos.

Tal solução parece ser a mais adequada para o enfrentamento do problema concernente à violação de direitos fundamentais das pessoas submetidas à privação da liberdade no estado brasileiro, sobretudo porque resultante de uma histórica, perene e sistemática omissão das agências estatais responsáveis, desconsiderando marcos civilizatórios e compromissos da maior envergadura assumidos perante a comunidade internacional, medida arrojada que igualmente ajudaria a resolver a polêmica questão envolvendo a colaboração premiada na perspectiva do investigado privado da liberdade.

### 2.3. Adequação dos benefícios pactuados.

---

20 OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. **Juízo e prisão**: ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018. P. 319.

21 Idem, p. 327.

Considerando que o legislador adotou o modelo de premialidade legal, as agências estatais de persecução somente podem propor, no acordo de colaboração premiada, a concessão de benefícios penais expressa e legalmente previstos, estando limitadas, pois, aos estritos termos definidos na legislação de regência que, aliás, chega mesmo a gravar como nulas as cláusulas que eventualmente a extravasem.

### **3. A COLABORAÇÃO PREMIADA EXTRALEGAL.**

A colaboração premiada, conquanto represente instituto há muito admitido no sistema jurídico brasileiro, tornou-se, a partir da regulamentação implementada pela Lei Federal nº. 12.850/2013, e, sobretudo, ante a sua larga utilização em processos judiciais que ganharam incomparável repercussão social, objeto de inúmeras discussões no âmbito da comunidade jurídica, estabelecidas em relação aos mais variados aspectos do texto legal que se revela abundante em dubiedades, circunstância a implicar maior complexidade na tarefa de sistematizá-lo.

De fato, as controvérsias em torno da delação premiada efetivamente não são recentes, remontando ao exato momento em que passou a ser utilizada<sup>22</sup>, sendo certo que as polêmicas relacionadas à legitimidade político-social desse meio extraordinário de obtenção de prova<sup>23</sup> e à valoração<sup>24</sup> de seu conteúdo probatório<sup>25</sup> não foram resolvidas; ao revés, estão se aprofundando, embora seja indiscutível que tal instrumento tenha conquistado, na atualidade brasileira, o apoio da sociedade do medo que se move guiada por uma sensação geral de insegurança a impulsionar uma demanda popular por punição<sup>26</sup>.

Efetivamente, a repercussão social das investigações que foram desenvolvidas a partir de cooperação premiada tem provocado a crescente do apelo popular de combate à

---

22 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 561.

23 BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2011. P. 58-59.

24 MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 2008, p. 340.

25 MALATESTA, Nicola Framario dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2013, p. 568-569.

26 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 30 e 40.

criminalidade, ao eficientismo penal<sup>27</sup>, gerando cenário propício ao fomento do recrudescimento do sistema punitivo estatal, providência que hoje não se resume às propostas legislativas relacionadas ao aumento de penas e à instituição de novos tipos penais, passando, de modo mais sensível e preocupante, pela flexibilização de garantias fundamentais do imputado<sup>28</sup>, tendência que marca, de modo substancial, a jurisprudência contemporânea, muito embora seja cediço, como adverte Eros Grau, que “*o intérprete está vinculado pela objetividade do direito*” e “*não ao que grita a multidão enfurecida*”<sup>29</sup>.

A despeito de apresentar lacunas e incompatibilidades com o sistema penal e processual penal tradicional, não incorrendo, ao menos quanto ao ponto, na indefinição e ambiguidade vedadas pelo princípio da legalidade<sup>30</sup>, a colaboração premiada estatuída no art. 4º da Lei Federal nº. 12.850/2013 e compreendida como técnica especial de obtenção de prova<sup>31</sup>, possibilita que, em troca de eficazes informações à apuração de infrações criminais, sejam ofertados ao investigado colaborador, no termo de cooperação, benefícios penais consistentes em perdão judicial, redução da reprimenda em até 2/3 (dois terços) ou mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos<sup>32</sup>.

Acontece que os acordos de colaboração premiada firmados no âmbito da Operação Lava Jato, inclusive homologados pelo Supremo Tribunal Federal, invariavelmente tem, especificamente no que se referem aos prêmios ofertados ao colaborador, ultrapassado os limites objetivamente dispostos na legislação de regência, indo mais além para estabelecer cláusulas incompatíveis com regras literais da Constituição Federal de 1988 (ex: renúncia ao direito de recorrer), no Código Penal (ex: estabelecimento de regime prisional incompatível com a quantidade da pena, imposição de sanção pecuniária no patamar mínimo e suspensão de prazo prescricional), no Código de Processo Penal (ex: suspensão de ações penais e procedimentos investigativos) e na Lei de Execução Penal (ex: progressão *per saltum* de regime prisional independentemente do preenchimento do requisito subjetivo), como aconteceu no

---

27 ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 30.

28 BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 104-113.

29 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 22.

30 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 7ª ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017, p. 25.

31 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2017, p. 127.

32 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 128.

pacto firmado entre a Procuradoria-Geral da República e Alberto Youssef<sup>33</sup>, providências que à semelhança se viram replicadas na Operação Polhastro, em que o juízo da 17ª Vara Criminal de Maceió-AL homologou acordo entabulado entre o Ministério Público Estadual e José Otacílio de Carvalho<sup>34</sup>, instrumento no qual as partes livremente definiram (i) um patamar máximo de pena a ser fixada em eventual sentença condenatória, (ii) o regime inicial para o seu cumprimento independentemente do *quantum* final, (iii) a progressão antecipada de regime prisional não importando o preenchimento do requisito legal de natureza subjetiva, (iv) a não incidência de agravante, (v) oferecimento de denúncia com enquadramento reduzido e, finalmente, (vi) o reconhecimento da continuidade delitiva, acordos dos quais agora nos ocuparemos na condição de estudo de casos.

### 3.1. Acordo firmado entre a Procuradoria-Geral da República e Alberto Youssef.

O acordo de colaboração premiada firmado entre a Procuradoria-Geral da República (em atuação conjunta com o Ministério Público Federal do Paraná) e Alberto Youssef é paradigmático quanto à temática de que nos ocupamos, eis que revela uma claríssima deturpação do sistema de premialidade legal adotado pelo legislador no âmbito da Lei Federal nº. 12.850/2013, e uma tentativa de impor, à força, um modelo absolutamente livre de consenso no campo criminal, algo semelhante ao *plea bargaining* estadunidense.

Este instrumental dá conta que o colaborador já responde a sete distintas ações penais públicas em trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba-PR, todas elas resultantes da cognominada Operação Lava Jato, além de diversas outras investigações criminais correlatas, acusado pela suposta prática de crimes contra o sistema financeiro nacional, corrupção, peculato, lavagem de dinheiro e pertinência à organização criminosa (Cláusula 3ª). Para a Procuradoria-Geral da República Alberto Youssef seria responsável pela evasão de divisas de milhões de reais, movimentando recursos provenientes de crimes contra a administração pública, especialmente de fraudes em contratações, e distribuindo-os a diversas pessoas, dentre os quais agentes políticos (Cláusula 4ª) com foro por prerrogativa no Supremo Tribunal Federal, razão pela qual o pedido de homologação fora direcionado à mencionada corte de superposição.

Criativo ao extremo, o sobredito acordo prevê cláusulas de perdimento de diversos bens imóveis, ativos financeiros, cotas de sociedades empresariais (Cláusula 7ª, alíneas a) a k),

---

33 STF – PET 5.244/DF. Relator TEORI ZAVASKI. Decisão monocrática de 19.12.2014.

34 Acordo homologado em 17.10.2017 nos autos do processo nº. 0850164-09.2017.8.02.0001.

e Cláusula 8ª), destinação de veículos e outros imóveis adquiridos com proveito de crimes aos familiares do colaborador (Cláusula 7ª, §§ 3º, 5º e 6º), estabelecendo, além disso, multa compensatória (Cláusula 7ª, § 4º) com estranhíssima previsão de remuneração do investigado pela produtividade que sua colaboração vier a ter na recuperação de bens e valores de origem ilícita (Cláusula 7ª, § 4º, alíneas b), c), d) e e)) pertencentes a terceiros.

Inobstante isso, o que mais chama a atenção é que neste acordo consta cláusula estabelecendo que o colaborador permanecerá entre 03 (três) a 05 (cinco) anos em regime fechado (Cláusula 5ª, III), após o que progredirá, mesmo não preenchendo os requisitos legais, diretamente para o regime aberto, saltando, pois, o semiaberto (Cláusula 5ª, V), prevendo, ainda, que quando o somatório das penas aplicadas nos diversos processos criminais a que responde alcançar o patamar de 30 (trinta) anos, as demais ações penais, os procedimentos investigativos e o prazo prescricional dos ilícitos subjacentes serão suspensos pelo prazo de 10 (dez) anos (Cláusula 5ª, I e II), voltando este último a fluir, até a extinção da punibilidade, acaso nesse interregno não tenha havido rescisão (Cláusula 5ª, § 1º), bem como que os benefícios previstos em leis especiais e na Lei Federal nº. 7.210/1984, tais como remição, livramento condicional, saída temporária, anistia e indulto, levarão em consideração a pena unificada, ou seja, 30 (trinta) anos, e não o seu somatório final (Cláusula 5ª, § 4º) e, finalmente, aplicação de pena de multa no patamar mínimo (Cláusula 5ª, VI).

Observa-se que as cláusulas do referido acordo, além de não admitidas pela Lei Federal nº. 12.850/2013, também são mesmo incompatíveis com a legislação aplicável à espécie e, finalmente, com entendimento jurisprudencial há muito sedimentado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, corte que acabou por homologá-lo.

De fato, a quantidade de pena cumprida como requisito objetivo à obtenção, pelo apenado, do direito à progressão de regime prisional é expressamente definida pelo art. 112 da Lei de Execução Penal, não cabendo às partes fixar, a seu bel prazer, montantes outros. Além disso, o cálculo para a aferição da quantidade de pena a ser cumprida para fins de progressão de regime, livramento condicional e indulto deve levar em consideração o somatório de todas as sanções privativas de liberdade impostas ao apenado, e não aquela resultante da mera unificação destas reprimendas processada em obediência ao limite máximo de 40 (quarenta) anos disposto no art. 75 do Código Penal, na redação que lhe fora dada pela Lei Federal 13.964/2019 - antes desta modificação legislativa, e à época da formalização do acordo de colaboração premiada em comento, o limite máximo era de 30 (trinta) anos -, entendimento que

se extrai do enunciado nº. 715 da Súmula do Supremo Tribunal Federal<sup>35</sup> que a tem confirmado acentuando que “a pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”<sup>36</sup>.

Por outro lado, mesmo que a pena unificada em 30 (trinta) anos efetivamente pudesse ser levada em consideração para fins de progressão de regime, tese rechaçada de modo intrépido pelo Supremo Tribunal Federal, a passagem para o regime semiaberto somente se daria, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal vigente à época da convenção, quando o colaborador cumprisse ao menos 1/6 (um sexto) desta reprimenda unificada, fração que corresponderia a exatos 05 (cinco) anos, tempo bastante superior ao mínimo de 03 (três) anos previsto no instrumental.

Ademais, o referido pacto, firmado com cidadão que até então ostentava a condição de simples acusado, previu como recompensa a concessão de progressão de regime *per saltum*, independentemente do preenchimento dos requisitos legais, inclusive os de ordem subjetiva, afrontado não só a literalidade do art. 112 da Lei de Execução Penal, como também o entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça no enunciado nº. 491 de sua Súmula<sup>37</sup> e, por igual, a posição sufragada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar recurso extraordinário com repercussão geral em que se firmou, numa clara vedação à progressão *per saltum*, a compreensão de que a falta de vagas no regime semiaberto não pode ser solucionada com a fórmula simplória da concessão de progressão do regime fechado direto ao aberto, devendo o juízo das execuções penais promover, nesse caso excepcional, a saída antecipada do apenado que se encontra no regime semiaberto e que esteja mais próximo de fazer jus ao regime aberto, fazendo surgir a vaga necessária à acomodação daquele reeducando que, estando no regime

---

35 STF - Súmula 715 - A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução. (SÚMULA 715. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 24/09/2003. Fonte de publicação DJ de 09/10/2003; DJ de 10/10/2003, p. 6; DJ de 13/10/2003, p. 6).

36 STF - HC 112182, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 30-05-2018 PUBLIC 01-06-2018.

37 STJ - Súmula 491 - É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional. (SÚMULA 491, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012).

fechado, preencheu os requisitos necessários à progressão<sup>38</sup>, posição posteriormente ratificada pela edição do enunciado n.º 56 da Súmula Vinculante<sup>39</sup>.

Também quanto à sanção premial relacionada à progressão *per saltum*, independentemente do preenchimento dos requisitos legais, é oportuno destacar que o art. 4º, § 5º, da Lei Federal n.º 12.850/2013, somente dispensa a observância do requisito objetivo, este que diz com o cumprimento de determinada fração da sanção privativa de liberdade, não dispensando a presença do requisito subjetivo concernente à boa conduta carcerária do apenado (art. 112 da Lei Federal n.º 7.210/1984), não autorizando, por igual, a supressão da fase intermediária do modelo progressivo de cumprimento da pena, o regime semiaberto.

Noutro aspecto, verifica-se que o sobredito acordo de cooperação premiada estabelece a suspensão do prazo prescricional relacionado às infrações penais praticadas pelo imputado colaborador e também das próprias ações penais e procedimentos investigativos subjacentes, providências que não encontram guarida na legislação de regência, afrontando o entendimento sufragado pelo próprio Supremo Tribunal Federal que tem por taxativas as hipóteses legais afetas às causas interruptivas e suspensivas do prazo prescricional<sup>40</sup>.

Finalmente, o acordo de colaboração premiada em exame contém cláusula estabelecendo que a sanção pecuniária prevista no art. 58 do Código Penal a ser imposta por ocasião das eventuais sentenças penais condenatórias deverá ser estabelecida no patamar mínimo, ou seja, em 10 (dez) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época das condutas tidas por caracterizadoras de infrações penais, benesse que além não encontrar amparo legal, eis que a Lei Federal n.º 12.850/2013 não a prevê, invade matéria reservada à jurisdição e, ainda, resulta claramente desproporcional aos fatos investigados e dos quais o próprio instrumental consigna ter advindo prejuízo de centenas de milhões de reais aos cofres públicos. Quando se tem presente que o limite máximo legal para a pena de multa (art. 49 do Código Penal) é de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa no valor unitário correspondente a 05 (cinco) vezes o salário mínimo vigente, a desproporcionalidade se revela manifesta.

---

38 STF - RE 641320, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016 RTJ VOL-00237-01 PP-00261.

39 STF - Súmula vinculante 56 Enunciado: A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Data de Aprovação Sessão Plenária de 29/06/2016. Fonte de publicação DJe n.º 165 de 08/08/2016, p. 1. DOU de 08/08/2016, p. 1.

40 STF - HC 69859, Relator(a): CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/12/1992, DJ 29-09-2006 PP-00046 EMENT VOL-02249-08 PP-01526 RTJ VOL-00202-02 PP-00660.

Inobstante tudo isso o Ministro Teori Zavaski homologou o referido acordo de colaboração, o que fez, singela e equivocadamente, afirmando, especificamente no que se refere às cláusulas acordadas, “*que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo*”, asserindo que “*os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e a leis*”.

### **3.2. Acordo firmado entre o Ministério Público de Alagoas e José Otacílio de Carvalho.**

O Ministério Público de Alagoas, por intermédio do GAESF – Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal, instaurou procedimento investigativo de natureza criminal visando apurar supostas infrações penais cometidas no âmbito de conglomerado de empresas com grande destaque na comercialização de aves abatidas, batizando o apuratório por Operação Polhastro, substantivo masculino que designa frango de grande tamanho. Para o *Parquet*, visando fraudar o fisco estadual, aquele que seria o líder da organização criminosa teve o apoio do contador José Otacílio de Carvalho, personagem responsável pela constituição de dezenas de empresas em nome de sócios laranjas e testas de ferro, o que se fazia mediante a utilização de documentos falsos, também atuando como intermediário num esquema envolvendo o pagamento de propina a auditores fiscais da receita estadual.

Submetido à prisão preventiva, José Otacílio de Carvalho iniciou as tratativas do acordo de colaboração premiada que posteriormente foi homologado, instrumento em cujo item três consta a oferta das seguintes sanções premiaias:

III – O MINISTÉRIO PÚBLICO oferece ao acusado/réu o benefício legal da denúncia com enquadramentos reduzidos em: a) enquadramento de 1x no crime de organização criminosa sem agravante de chefia; b) enquadramento de 1x no crime de falsidade ideológica; c) enquadramento de 1x no crime de falsificação de documentos públicos; d) enquadramento de 1x no crime de falsificação de documentos particulares; e) enquadramento de 1x no crime de estelionato. Ao somatório geral das penas será aplicada a redução ou perdão judicial ou, ainda, a aplicação da continuidade delitiva, regulando-se o cumprimento delas da seguinte forma: 1) Um ano em regime semiaberto; 2) Dois anos no regime aberto; 3) Restante da pena na forma da LEP.

Observa-se que no referido acordo as partes dispuseram por afastar normas cogentes de direito público, como aquela referente à incidência de causa agravante prevista no art. 2º, § 3º, da Lei Federal nº. 12.850/2013 (item III, alínea “a”), deliberação que é afeta, apenas e tão-somente, ao magistrado que julgará a ação penal, o mesmo havendo de ser dito quanto à existência de concurso material ou formal entre crimes ou mesmo de continuidade delitiva (item

III, parte final), fenômenos respectiva e positivamente definidos nos arts. 69, 70 e 71, todos do Código Penal.

De fato, o reconhecimento da incidência ou não de determinada circunstância legal agravante constitui matéria estritamente reservada à jurisdição, não cabendo às partes convencionarem sobre sua aplicação. Da mesma forma, no sistema jurídico pátrio não há disposição que atribua às partes legitimidade para livremente acordar quanto à existência ou não de concurso entre crimes e, em caso positivo, definir se se trataria de concurso material, formal ou de mera continuidade delitiva, circunstância que repercute no cálculo da pena definitiva eventualmente fixada.

Aliás, nota-se que tal acordo igualmente nega vigência à obrigatoriedade da ação penal disposta no art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, afinal, embora tal norma constitucional efetivamente anuncie que a promoção da ação penal pública será empreendida “*na forma da lei*”, o fato é que não existe qualquer lei que autorize o órgão ministerial a oferecer denúncia “*com enquadramentos reduzidos*”. De fato, o art. 4º, § 4º, I e II, da Lei Federal nº. 12.850/2013 possibilita que ao investigado que não for o líder da organização criminosa e tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração seja proposto o benefício do não oferecimento de denúncia, porém, isto não quer dizer seja dado ao *Parquet* deixar de imputar-lhe, caso oferecida a denúncia, todas as infrações penais de cuja materialidade e autoria tenha tomado conhecimento.

No caso específico, no próprio pedido de homologação do referido acordo o órgão ministerial narrou o envolvimento do mencionado contador em crimes de extorsão (art. 158 do Código Penal) e participação em corrupção para fins tributários (art. 3º, II, da Lei Federal nº. 8.137/1990), infrações penais que, ante o prêmio consistente no oferecimento de denúncia “*com enquadramentos reduzidos*”, ficariam excluídas da imputação nela vazada, inviabilizando, portanto, a análise e julgamento das condutas a elas correlatas.

Por outro lado tal acordo estabelece o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta em eventual sentença condenatória, isto independentemente do *quantum* nela fixado, definindo em 01 (um) ano, ademais, o tempo de pena que o colaborador deverá cumprir para que possa adquirir o direito à progressão para o regime aberto (item III, alínea “f”, número 1).

Evidente se mostra, pois, que no acordo de colaboração premiada em destaque as partes contraentes subtraíram do órgão judicante a função jurisdicional entendida em si mesma, decidindo, ao seu livre alvedrio e talante, questões de natureza penal que somente ao juízo caberia fazê-lo em eventual sentença penal condenatória, ultrapassando todos os limites para

definir até mesmo aquilo que nem sequer o órgão jurisdicional a que fora direcionado o pedido de homologação poderia fazê-lo, a saber, o tempo de pena a ser cumprido para que tenha lugar a progressão de regime, estabelecendo-o em 01 (um) ano.

Diz-se que o órgão jurisdicional a que fora direcionado o pedido de homologação nem sequer poderia fazê-lo, por duas razões. Primeiro porque o acordo de colaboração anterior a sentença condenatória somente pode ofertar os benefícios penais consistentes em perdão judicial, redução da reprimenda em até 2/3 (dois terços) ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 4º, *caput*, da Lei Federal nº. 12.850/2013). Segundo porque se o mencionado acordo tivesse sido entabulado após a sentença condenatória, hipótese em que seria possível propor ao colaborador a concessão de progressão independentemente do cumprimento do requisito de natureza objetiva previsto no art. 112 e seguintes da Lei Federal nº. 7.210/1984 (art. 4º, § 5º, da Lei Federal nº. 12.850/2013), a competência para homologá-lo seria do juízo das execuções, como advertem Gomes Canotilho e Nuno Brandão:

Resulta ela de o juiz competente para a homologação deste acordo de colaboração premiada (pré-sentencial) não ser o juiz competente para decidir da questão, já de ordem penitenciária, da modalidade de execução da pena privativa da liberdade a cumprir pelo réu, caso ele venha a ser condenado: o juiz de execução criminal (art. 66, III, b, da Lei de Execução Penal brasileira). (...) Por isso, o § 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013 deve ser interpretado no sentido de que a competência para a homologação de um acordo de colaboração premiada relativo à progressão de regime penitenciário pertence exclusivamente ao juiz de execução criminal.<sup>41</sup>

É possível notar que neste acordo de colaboração as partes contraentes, como se limite nenhum existisse para o espaço de consenso previsto na Lei Federal nº. 12.850/2013, chegaram ao ponto de estabelecer, independentemente do *quantum* final da sanção privativa de liberdade a ser imposta em eventual sentença penal condenatória, o regime prisional em que se daria o início do seu cumprimento, o que se fez sem se atentar que tal definição, além de reservada à jurisdição, deve ser empreendida considerando, em primeiro lugar, os critérios objetivos descritos no art. 33 do Código Penal, ou seja, regime fechado na hipótese de pena superior a 08 (oito) anos, semiaberto acaso superior a 04 (quatro) anos mas não exceda a 08 (oito) anos, e aberto quando a sanção tenha sido fixada em patamar inferior a 04 (quatro) anos.

A despeito da clara violação ao postulado da legalidade, o juízo da 17ª Vara Criminal de Maceió-AL homologou o acordo de colaboração, o que fez, como se copiando estivesse a

---

41 CANOTILHO, J. J. Gomes, BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal**: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. Revista de legislação e de jurisprudência. Ano 146, nº. 4000. Setembro – Outubro, 2016, p. 24.

decisão homologatória acima indicada e proferida pelo Ministro Teori Zavaski, afirmando que “*Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao judiciário outro juízo que não a da sua compatibilidade com o sistema normativo. Neste ínterim, os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis*”.

### 3.3. Legalidade e sanções premiais: os limites do acordo.

Ao estabelecer semelhantes cláusulas os órgãos de persecução, e o judiciário, quando da homologação do quanto proposto, o fazem com base em três distintas argumentações, a saber: **a)** em primeiro lugar a de que tal proceder estaria legitimado pela teoria dos poderes implícitos, motivo pelo qual, admitindo-se a oferta de perdão judicial (mais), não há razão para vedar o oferecimento de benefícios penais não tão substanciais como o cumprimento de pena em regimes diferenciados (menos); **b)** noutra dimensão, que tal agir vê-se amparado pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo – e pela Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção – Convenção de Mérida –, diplomas internacionais respectivamente ratificados pelo Brasil por intermédio do Decreto nº. 5.015/2004 e do Decreto nº. 5.687/2006, e, finalmente, **c)** que o princípio da legalidade apenas torna defesa a imposição de sanções mais graves que as previstas em lei, não criando óbice à fixação de reprimendas mais brandas.

As teses, porém, não se sustentam, primeiro porque se o legislador ordinário desejasse não estabelecer nenhum limite quanto às recompensas não teria especificado, expressamente e com exatidão linguística, os benefícios penais passíveis de concessão ao agente colaborador, o que revela, como destaca Walter Barbosa Bittar, que o legislador optou, legítima e claramente, por “*evitar uma concessão ilimitada de prêmios aos criminosos colaboradores, posto que as benesses são exceções dentro do sistema de sanções previsto no ordenamento jurídico penal brasileiro*”<sup>42</sup>, sendo imperioso reconhecer que, vingando entendimento contrário, restaria esvaziada não somente a força normativa da Lei Federal nº. 12.850/2013, mas também e por igual tudo aquilo que, em suas mais diversas perspectivas, o postulado constitucional da legalidade busca garantir.

Efetivamente, a expressa indicação, no corpo da legislação, dos específicos benefícios penais a que poderão fazer jus aqueles que se ponham a colaborar com as agências estatais de

---

42 BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 167.

persecução criminal, torna inquestionável que o Congresso Nacional formalmente decidiu por definir um rol taxativo de sanções premiais, não deixando às partes contraentes do acordo de colaboração qualquer margem para ampliação, adotando, neste particular aspecto, o modelo “*da premialidade legal e não o da premialidade negocial*”<sup>43</sup>, entendimento compartilhado pelo Ministro Gilmar Mendes que, por ocasião de julgamento afeto à Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, e modificando compreensão pretérita, ressaltou ser imperiosa a obediência aos limites dispostos na lei de regência, balizas resultantes de uma opção legislativa que se destinam a “*assegurar a isonomia e evitar a corrupção dos imputados, mediante incentivos desmesurados à colaboração, e dos próprios agentes públicos, aos quais se daria um poder sem limite sobre a vida dos imputados*”<sup>44</sup>.

Demais disso, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) é clara ao afirmar, já no art. 1º, que suas disposições incidem, tão-somente, em casos de delitos de natureza transnacional, assim compreendidas aquelas infrações cometidas nas circunstâncias indicadas no art. 3º, item 2, é dizer, na hipótese de praticadas em mais de um Estado Parte, ou cometidas num só Estado, porém com parte substancial de seus efeitos, preparação, planejamento, direção e controle tendo lugar em outro, ou que envolva a participação de grupo organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado, cenários excepcionais não retratados na grande maioria dos casos envolvendo a criminalidade organizada.

Por outro lado, mesmo que as condutas imputadas estejam marcadas pela especialíssima nota da transnacionalidade, o fato é que o art. 26 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) apenas recomenda que cada Estado Parte adote medidas destinadas a encorajar criminosos integrantes de grupos organizados a colaborar com as agências estatais de persecução, sugerindo, ainda nesta direção, que cada Estado Parte considere a possibilidade de reduzir a sanção daquele imputado que coopere na apuração de infrações nela previstas, cumprindo ressaltar ser a própria norma internacional em comento quem adverte, no art. 34, que todas as medidas eventualmente adotadas em atenção às suas recomendações deverão ser compatíveis “*com os princípios fundamentais do seu direito interno*”.

---

43 ZILLI, Marcos. O acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual - o controle judicial em face dos operadores legislativos. In **Colaboração premiada: perspectiva de direito comparado**. Kai Ambos, Marcos Zilli, Paulo de Sousa Mendes (org.). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. P. 72.

44 STF - HC 151605, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 22-07-2020 PUBLIC 23-07-2020.

Nota-se, pois, que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) não pode ser alçada à condição de diploma legal capaz de legitimar as cláusulas previstas no acordo de colaboração acima mencionado, isto porque, a celebração de tais normativos internacionais se dá unilateralmente pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da CF/1988) com a posterior submissão ao referendo do Congresso Nacional (art. 49, I, da CF/1988), procedimento em que o Parlamento se vê limitado a aprovar ou rejeitar o texto, sem possibilidade de modificá-lo, de modo que não se poder deles lançar mão como fonte do direito penal interno, tanto no que se refere à definição de ilícitos quanto no estabelecimento de sanções, sobretudo porque “*a dimensão democrática do princípio da legalidade em matéria penal incriminatória exige que o parlamento brasileiro discuta e crie a norma. Isso não é a mesma coisa que referendar*”<sup>45</sup>.

O mesmo há de ser dito quanto à Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), cujo art. 37 apenas aduz que cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever a mitigação da pena e até mesmo a imunidade judicial de acusado que cooperar na apuração das infrações nela especificadas, providências que o art. 65 do referido diploma internacional afirma devam ser adotadas sempre “*em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna*”.

A própria literalidade de seu texto normativo deixa translúcida a conclusão de que a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida) apenas recomenda que os países signatários disciplinem, observado o seu direito interno, a mitigação da pena de pessoa acusada da prática dos crimes nela previstos e que se ponha a colaborar com as autoridades estatais, reclamando, portanto, a adoção de medidas legislativas internas, não possuindo aplicação direta no direito penal doméstico.

Isso torna claro o equívoco do argumento que busca, a partir de uma inconcebível potencialização dos textos dispostos na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), legitimar, em detrimento do postulado constitucional da legalidade, a concessão de beneplácitos superiores àqueles definidos na Lei Federal nº. 12.850/2013, inclusive em atenção às recomendações desses normativos internacionais.

Há de se observar, ainda, a inidoneidade do argumento exarado pelo Ministro Roberto Barroso, para quem o princípio constitucional da legalidade apenas vedaria a aplicação de

---

45 GOMES, Luiz Flávio. **Que se entende por crime organizado (Parte 3)**. Disponível em <https://lfj.jusbrasil.com.br/noticias/2104274/que-se-entende-por-crime-organizado-parte-3>. Acesso em 23.05.2022.

reprimendas mais gravosas do que aquelas previamente cominadas na legislação, não obstante a concessão, ao investigado colaborador, de sanções premiaias mais brandas que as legalmente fixadas, posição que firmara em julgamento assim ementado:

A fixação de sanções premiaias não expressamente previstas na Lei nº 12.850/2013, mas aceitas de modo livre e consciente pelo investigado não geram invalidade do acordo. O princípio da legalidade veda a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, por ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado. Deste modo, não viola o princípio da legalidade a fixação de pena mais favorável, não havendo falar-se em observância da garantia contra o garantido.<sup>46</sup>

Tal compreensão é compartilhada pelo Ministro Edson Fachin:

O Princípio da Legalidade, com ampla incidência no campo penal, funciona precipuamente como poderoso fator de proteção do cidadão frente a potencial arbítrio estatal. Figura, por consequência, como instrumento de salvaguarda das liberdades individuais. Nessa perspectiva, compreendo que a eventual ausência de previsão expressa de determinada sanção premial ou cláusula negocial não configura obstáculo intransponível à entabulação favorável ao cidadão.<sup>47</sup>

Inicialmente é preciso ter presente que, embora o conteúdo do trecho da ementa revele o entendimento do Ministro Roberto Barroso quanto à matéria, o inteiro teor do julgado mostra que o Ministro Alexandre de Moares fez uma ressalva pessoal quanto ao item relacionado à análise da validade das provas angariadas por consequência de acordo de colaboração em que previstas recompensas não autorizadas pela legislação, asserindo que tal matéria ainda não fora discutida pela Primeira Turma nem pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, restringindo-se, assim como o fez o Ministro Marco Aurélio, ao objeto do recurso em que a parte postulava o acesso aos autos da colaboração, não adentrando, pois, ao debate concernente à legalidade das sanções premiaias pactuadas.

Noutro giro, como o argumento utilizado pelos Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin diz com a possibilidade de se conceder ao agente colaborador sanções premiaias não previstas na legislação correlata, o que assentam sob a justificativa de que o princípio da legalidade apenas obstará a imposição de reprimendas mais gravosas que as fixadas pelo

---

46 STF - Inq 4405 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 04-04-2018 PUBLIC 05-04-2018.

47 STF - HC 142205, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 30-09-2020 PUBLIC 01-10-2020.

legislador, não vedando, por conseguinte, o estabelecimento de penas mais brandas que as legalmente previstas, é possível fazer um paralelo, para demonstrar a equivocidade da tese, com a posição jurisprudencial que acentua que a incidência de causa atenuante não autoriza o juízo a fixar a pena, na segunda fase da dosimetria, abaixo do mínimo abstratamente cominado.

Com efeito, embora o art. 65 do Código Penal seja exato ao pontificar que as circunstâncias nele arroladas “*sempre*” atenuam a pena, há de se ter em conta que o Supremo Tribunal Federal, confirmando posição há muito pacificada e já sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>48</sup>, julgou recurso extraordinário com repercussão geral assentando, com fundamento no princípio da legalidade da pena, que a incidência de causa atenuante não autoriza a fixação da reprimenda abaixo do mínimo abstratamente cominado<sup>49</sup>, destacando o Ministro Cezar Peluso, na oportunidade, que entendimento diverso resultaria num “*regime em que a discricionariedade judicial conduziria a que se aplicasse pena sem nenhum significado, em termos de política criminal*”, sendo acompanhado pelo Ministro Eros Grau quando realçou que “*não se pode subsistir a legalidade em matéria penal por uma discricionariedade atribuída ao juiz*”.

Há de se destacar que, diferentemente do quanto preconizado pela Lei Federal nº. 12.850/2013, diploma que estabelece a exata medida das sanções premiaias, vinculando e não permitindo o juízo a ultrapassar os limites do legislado, a própria literalidade do art. 65 do CP, ante a utilização do advérbio “*sempre*”, determina que o magistrado diminua a pena calculada, ainda que conduzindo-a à patamar inferior ao mínimo abstratamente cominado<sup>50</sup>. Porém, ainda assim o Supremo Tribunal Federal veda tal proceder, conclusão esta que, com mais razão, há de ser observada quanto aos benefícios penais dispostos em acordos de colaboração premiada, afinal, como dito, a Lei Federal nº. 12.850/2013 não prevê nenhuma cláusula de abertura semelhante a possibilitar a concessão, pelo julgador, de beneplácitos outros.

Interessante observar, ademais, que, embora não compusessem o Supremo Tribunal Federal à época em que fora apreciado o recurso extraordinário acima destacado, os Ministros Roberto Barroso<sup>51</sup> e Edson Fachin<sup>52</sup> têm acompanhado, sem ressalvas quanto à eventual

---

48 Súmula 231 - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (Súmula 231, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/1999, DJ 15/10/1999)

49 STF - RE 597270 QO-RG, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458.

50 GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. Vol. 1. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 582.

51 STF - ARE 1214154 / SE. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 12/06/2019 Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-132 DIVULG 17/06/2019 PUBLIC 18/06/2019.

52 STF - ARE 1092752 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-129 DIVULG 13-06-2019 PUBLIC 14-06-2019.

entendimento pessoal divergente, a posição firmada pela corte neste julgado, revelando, assim, contradição entre suas próprias decisões que, a despeito de incompatíveis entre si, como visto, encontram-se amparadas numa retórica que tem por base o mesmíssimo postulado normativo da legalidade.

Resta evidente, então, que, se o princípio da legalidade veda, na leitura sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, que a incidência de causa atenuante genérica conduza a fixação da pena abaixo do mínimo legal, tal postulado igualmente não admite que ao imputado colaborador sejam ofertados beneplácitos superiores ou mesmo distintos daqueles previamente contidos na legislação aplicável, sobretudo porque a concessão de prêmios possui fundamento político-criminal e natureza distinta da pena, o que leva Walter Barbosa Bittar a pontificar o seguinte:

Estabelecer limites aos prêmios oferecidos pelo Estado, titular do jus puniendi, é diferente de estabelecer barreiras aos possíveis exageros punitivos sem a proteção da reserva legal. Do contrário, teríamos um juiz livre para fazer o que quisesse, sem limites mínimos ou máximos para administrar os prêmios ofertados, o que transformaria a sanção premial em um verdadeiro ‘vale tudo’<sup>53</sup>.

Nesta direção a doutrina tem acentuado que no acordo de colaboração premiada é defeso às partes contraentes ter como objeto de negociação a incidência de normas previstas na legislação penal e processual penal, eis que possuem natureza jurídica de regras cogentes, de aplicação obrigatória, alertando Afranio Silva Jardim, quanto aos acordos de cooperação cujas cláusulas vão além daquilo que é admitido pelo sistema normativo em vigor, que não devem ser homologados<sup>54</sup>.

Diante das advertências doutrinárias quanto à matéria posta, recentemente alguns membros do Supremo Tribunal Federal, posicionando-se em linha diversa daquela até então sufragada monocraticamente por parte considerável de seus integrantes, passaram a rejeitar pleitos de homologação de acordos com sanções premiaias não contempladas na legislação. Exemplo paradigmático é a decisão em que o Ministro Ricardo Lewandowski indeferiu pedido em que a Procuradoria-Geral da República postulava a homologação judicial de acordo de colaboração premiada que estabelecia a pena e sua forma de cumprimento, tendo destacado que não há “*qualquer autorização legal para que as partes convençionem a espécie, o patamar e o*

---

53 BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito, doutrina e jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 171-172.

54 JARDIM, Afranio Silva. Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 1. Janeiro a Junho de 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110/16462> Acesso em: 08.10.2018.

*regime de cumprimento de pena*” como que se sobrepondo ao ordenamento jurídico, acrescentando, em relação ao pactuado regime fechado mitigado e quanto à também consensuada suspensão de processos e prazos prescricionais relativos a outras infrações penais, que “*validar tal aspecto do acordo, corresponderia a permitir ao Ministério Público atuar como legislador*”<sup>55</sup>, posição semelhante àquela adotada pelo Ministro Gilmar Mendes ao asserir que “*não se pode aceitar que o Estado ‘incentive’ investigados criminalmente com benefícios ilegais ou ilegítimos*”<sup>56</sup>.

Efetivamente, no campo do direito penal a legalidade desempenha a função de impedir o exercício desmensurado do *jus puniendi*, assentando que somente a lei em sentido estrito poderá definir sanções penais, prever hipóteses de atenuação e agravamento, e disciplinar os critérios para a sua individualização, não podendo as partes ultrapassar, quando admitido algum espaço para transação, os limites impostos pelo ordenamento jurídico, afinal, como ressalta Frederico Valdez Pereira, “*somente a lei pode disciplinar natureza e extensão das medidas premiaias*”<sup>57</sup>, no que se vê acompanhado por J. J. Canotilho e Nuno Brandão, os quais destacam ser “*terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal*”<sup>58</sup>.

Isso porque a legalidade constitui, na dicção de Nilo Batista, a “*chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo*” e, “*base estrutural do próprio estado de direito, é também pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica*”, concluindo que “*a abrangência do princípio inclui a pena cominada pelo legislador, a pena aplicada pelo juiz e a pena executada pela administração*”<sup>59</sup>, posição compartilhada por Juarez Tavares quando, logo após destacar que a legalidade constitui “*postulado normativo que não pode ser flexibilizado*”, acentua que tal princípio “*e seus corolários correspondem aos termos de uma ordem jurídica propriamente racional*”<sup>60</sup>.

Note-se, ademais, que no acordo de colaboração premiada o órgão de persecução está representando o Estado, exclusivo detentor do *jus puniendi*, submetendo-se à observância dos

---

55 STF – PET 7.265/DF. Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Decisão monocrática de 14.11.2017.

56 STF - HC 142205, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 30-09-2020 PUBLIC 01-10-2020.

57 PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 151.

58 CANOTILHO, J. J. Gomes, BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal**: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. Revista de legislação e de jurisprudência. Ano 146, nº. 4000. Setembro – Outubro, 2016, p. 24.

59 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 65, 67-68.

60 TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 60 e 63.

princípios constitucionais que regem a administração pública (art. 37 da CF/1988), notadamente o concernente à legalidade que veda, nestas paragens, a prática de atos e ações não expressamente autorizadas pela legislação<sup>61</sup>, sinalizando Marçal Justen Filho que “*no tocante à atividade administrativa, reconhece-se que tudo aquilo que não for autorizado por lei é juridicamente proibido*”<sup>62</sup>.

Tratando especificamente sobre o viés da temática posta, Nefi Cordeiro acentua que “*é a legalidade o primado limitador de qualquer agente público, em qualquer procedimento funcional*”, de modo que os representantes das agências estatais de persecução penal devem, quando da formalização do acordo de colaboração premiada, prestar obediência aos ditames que regem a administração pública (art. 37 da CF/1988), concluindo ser inaceitável a “*criação negociada de pena, que, inobstante concretamente favorável ao condenado, representa violação direta à segurança jurídica, à isonomia e ao princípio da legalidade*”<sup>63</sup>.

Diante, pois, dessa absoluta desconsideração dos limites impostos quanto às sanções premiais estabelecidas na redação original da Lei Federal nº. 12.850/2013 - cujo art. 4º, § 7º, já exigia, como requisitos à homologação do acordo de colaboração, à sua regularidade, legalidade e voluntariedade, abarcando, portanto, o exame da compatibilidade entre a legislação e os beneplácitos ofertados ao colaborador -, o legislador ordinário modificou o texto legal para expressamente proibir a negociação de sanções premiais que a lei jamais permitiu.

Nesse andar, aproveitando o projeto de lei batizado por Pacote Anticrime, que fora encaminhado pelo Poder Executivo tendo como artífice maior o então Ministro da Justiça Sérgio Moro<sup>64</sup>, os congressistas, além de terem rejeitado boa parte da proposta, incluíram modificações no texto da Lei Federal nº. 12.850/2013, diploma cujo art. 4º, § 7º, II, passou a exigir do juízo, quando da homologação, uma análise quanto à “*adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo*”.

---

61 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 108.

62 FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 76.

63 CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 57, 64 e 76.

64 MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020, p. XX.

Assim, inobstante tratar-se de modificações legislativas formalmente desnecessárias - na medida em que a redação originária, além de em nenhum momento facultar às partes a definição de sanções premiaias, isto ao expressamente designá-las, igualmente já exigia do juízo à verificação da legalidade das cláusulas insertas no acordo de colaboração posto à sua avaliação -, foram elas promovidas por iniciativa do próprio Congresso Nacional, eis que não constaram do Pacote Anticrime proposto pelo Poder Executivo, providência implementada ante os acordos “*que fizeram tábula rasa da lei e misturaram à vontade tudo o que o legislador havia previsto dentro de certa harmonia, resultando em penas bizarras*”<sup>65</sup>.

Portanto, tem-se que está acoimado de atipicidade o acordo de colaboração premiada que prevê a concessão de benefícios penais e processuais não expressamente admitidos pela legislação específica, não estando as partes autorizadas a definirem sanções premiaias que ultrapassem os limites nela impostos, tudo isso por obediência ao princípio da legalidade, afinal, como adverte Nelson Hungria, logo após destacar que “*um direito penal fora ou além das leis não seria um avanço, mas um recuo da civilização jurídica*”, sem a observância dos limites próprios do sobredito postulado normativo “*haveria livre ensejo para os preconceitos pessoais, os unilateralismos de opinião, a heterogeneidade dos critérios, o espírito sectarista, os palpites de cada juiz na formação do direito, o parcialismo da justiça*”<sup>66</sup>.

#### **4. O CONTROLE DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA E A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ADQUIRIDAS A PARTIR DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA EXTRALEGAL.**

##### **4.1. Possibilidade de impugnação por terceiro implicado.**

Nas seções anteriores verificou-se a atipicidade do acordo de colaboração premiada extralegal, assim compreendido aquele em cujas cláusulas estão consignadas propostas de

---

65 NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**: Lei 13.694, de 24.12.2019. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 159.

66 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal** – Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. I. Tomo I. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 32.

beneplácitos distintos daqueles expressamente autorizados pela legislação aplicável à espécie, ressaltando que a excepcionalidade deste instrumento negocial, cuja aplicação pressupõe uma substancial alteração do modelo tradicional da processualística penal, tanto no âmbito específico da formação da prova quanto na perspectiva concernente ao espaço de incidência e realização material do poder-dever de punir atribuído ao estado, reclama não somente a estrita observância da legislação que o regulamenta, mas também e principalmente que ele seja submetido a um efetivo e verticalizado controle judicial, providência a ser empreendida com amplitude maior.

Inobstante isso, o que se verifica a partir da análise jurisprudencial é exatamente o contrário, isto porque tal controle judicial, para além de não ser realizado com a profundidade devida quando do juízo de homologação da avença, tem sido negado àqueles cidadãos submetidos a investigação criminal ou já à ação penal intentada tendo como fundamento de justa causa os próprios elementos probatórios recolhidos a partir e em decorrência do acordo de colaboração premiada formalizado.

De fato, nada obstante a gravidade do vício que acomete a validade mesma do acordo de cooperação em que se propõe a concessão de beneplácitos não previstos e incompatíveis com o ordenamento jurídico e o potencial prejuízo à situação jurídica do delatado, o Supremo Tribunal Federal definiu que esse instrumento excepcional de obtenção de prova constitui um negócio jurídico processual personalíssimo que somente às partes contraentes interessa, circunstância que revelaria que o implicado não possui legitimidade e interesse processual para impugná-lo, restando-lhe, tão somente, a possibilidade de confrontar, durante a fase de instrução, os elementos de prova cuja aquisição dele haja decorrido. Confira-se<sup>67</sup>:

6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor.

Tal julgado acentua que “*a homologação do acordo de colaboração, por si só, não*

---

67 STF - HC 127483, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

*produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas - o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração*". Nesta linha também pontificou que mesmo na hipótese do colaborador deixar de fazer jus às sanções premiaias acordadas ante o descumprimento das condições pactuadas, ainda assim suas declarações, desde que idoneamente corroboradas, *"poderão ser consideradas meio de prova válido para fundamentar a condenação de coautores e partícipes da organização criminosa"*, é dizer, mesmo o desfazimento do acordo provocado pelo próprio investigado signatário não traria qualquer benefício aos terceiros delatados, o que revelaria a falta de interesse processual destes últimos quanto à impugnação do instrumento negocial. Finalmente, destacou-se que impossibilidade de impugnação do acordo não consubstanciaria *"desproteção a seus interesses"*, seja porque a legislação não admite condenação exclusivamente amparadas nas declarações do colaborador, seja porque *"durante o contraditório judicial"* poderá *"confrontar as declarações do colaborador e as provas com base nela obtidas"*.

Ocorre, porém, que o exame dos argumentos que lastreiam a mencionada decisão e que a conduzem à conclusão segundo a qual, consideradas em si mesmas, a formalização e a homologação do acordo de cooperação premiada não irradiariam prejuízos à esfera jurídica do terceiro implicado, são manifestamente incompatíveis com a realidade prática e jurídica, inicialmente porque a própria finalidade da colaboração premiada reside exatamente em pôr o colaborador a produzir provas em desfavor de terceiros em troca de benefícios penais. Além disso, a experiência comum tem demonstrado que diversas medidas cautelares e invasivas providências investigativas têm sido determinadas com substrato nas declarações prestadas pelo colaborador, como anotam J. J. Canotilho e Nuno Brandão:

Na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idóneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada.<sup>68</sup>

---

68 CANOTILHO, J. J. Gomes, BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal**: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. Revista de legislação e de jurisprudência. Ano 146, nº. 4000. Setembro – Outubro, 2016, p. 23.

Efetivamente, sendo da própria essência da delação premiada que o delator se proponha a apresentar dados e prestar informações que permitam vincular o delatado à infração penal investigada, tratando-se, aliás, de uma obrigação contratual (art. 3º-C, §§ 3º e 4º c/c art. 4º, ambos da Lei Federal nº. 12.850/2013) cujo inadimplemento poderá implicar a retratação do acordo, tem-se por inquestionável a existência, ainda que potencial, de prejuízo à esfera jurídica do terceiro implicado, circunstância que revela a sua legitimidade e interesse processual para impugnar o acordo de cooperação e a própria decisão homologatória, providência que está legitimada pela extensão que se deve atribuir ao direito fundamental à ampla defesa, afinal, a invalidação do pacto de cooperação e do ato homologatório, dentre outras coisas, irradiará efeitos sobre as provas a partir deles arrecadadas<sup>69</sup>.

Na verdade, ao transportar para o processo penal os conceitos, institutos e definições do processo civil afetos aos negócios jurídicos processuais, sem atentar para a claríssima existência de distinções entre tais sistemas processuais, o Supremo Tribunal Federal, neste específico julgado paradigma, acabou dando ênfase maior, na perquirição da natureza jurídica da colaboração premiada, à compreensão civilista de relação contratual do que propriamente à qualidade de meio de obtenção de prova afeta ao singular âmbito criminal.

Com efeito, é preciso ter presente, inobstante se reconheça como correta a compreensão de que o acordo de colaboração premiada possui certo ponto de aproximação com os negócios jurídicos processuais, que a isto ele não se resume. Muito ao contrário, analisado sob a sua imanente perspectiva probatória, tem-se que o acordo de colaboração premiada, em si mesmo considerado, constitui, antes de qualquer aspecto contratual, um especialíssimo meio de obtenção de prova, sendo exatamente esta a sua verdadeira natureza jurídica.

O art. 3º, I, da Lei Federal nº. 12.850/2013, já atribuía à colaboração premiada a natureza jurídica de meio de obtenção de prova. Com a alteração promovida pela Lei Federal nº. 13.964/2019 fora inserido ao referido diploma legal o art. 3º-A, agora definindo o acordo de colaboração premiada como “*negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos*”. O que se verifica, então, até mesmo por imperativo de lógica jurídica, é que a colaboração premiada consiste em meio de obtenção de prova que se opera por intermédio de um negócio jurídico processual, um acordo formalizado entre o investigado e o órgão de persecução, instrumental cuja eficácia pressupõe a homologação judicial.

---

69 DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. **Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil.** Civil Procedure Review, v.7, n.2, maio-ago. 2016, p. 170-177.

Neste contexto, ainda que se queira dizer, seguindo a literalidade do texto normativo, que o instituto em espeque possui natureza jurídica dúplice, o fato é que traduzindo-se, ainda que sob apenas uma de suas perspectivas, de peculiar instrumento destinado à recolha de provas quanto à atuação, pretérita ou atual, de uma determinada organização criminosa, resulta óbvio que a sua utilização deve prestar obediência a legalidade que vincula o comportamento processual das agências estatais e, muito mais do que isso, que o cidadão implicado pelos elementos probatórios a partir dele angariados, aqui incluindo-se tanto as declarações do colaborador quanto as provas de corroboração por ele indicadas, possui legitimidade e interesse em impugnar o acordo entabulado quando presente circunstância indicativa de sua invalidade, aqui entendida em sentido amplo.

Acentue-se, uma vez mais, que a agência de persecução atua em nome do Estado, exclusivo detentor do *jus punindi*, devendo, nesta condição, prestar obediência aos princípios constitucionais que regem a própria administração pública, em especial o da legalidade, que neste ambiente impõe que somente sejam praticados os atos expressamente autorizados pelo sistema normativo e dentro dos objetivos limites desta autorização.

Diante disso, aliás, poder-se-ia até mesmo sustentar a legitimidade de todo cidadão, inclusive daqueles que não possuam nenhuma relação com os fatos objeto de apuração criminal, para judicialmente questionar a validade mesma de acordos de colaboração premiada, isso mediante a propositura de ação popular, sobretudo porque tal instrumento jurídico destina-se não somente à defesa do patrimônio público material, alcançado, também, a moralidade e eticidade públicas. Nessa perspectiva, Gilmar Ferreira Mendes, Hely Lopes Meirelles e Arnaldo Wald acentuam o cabimento da ação popular que persegue a invalidação de atos “*ilegais e lesivos de bens corpóreos ou dos valores éticos das entidades estatais*”<sup>70</sup>, o que é o caso do acordo de colaboração premiada em que o ente público, abrindo mão de espaço considerável do direito-dever de punir aquele que praticou conduta desviante oferta-lhe, em troca de informações, benesses não expressamente autorizadas pela lei.

Portanto, ao contrário do quanto sustentando pelo Supremo Tribunal Federal no julgado acima citado, a simples formalização e homologação do acordo de colaboração premiada implica efeitos na esfera jurídica do terceiro delatado, eis que a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1988), que também se expressa na vedação à prova ilícita (art. 5º, LVI, da CF/1988), assegura que ninguém poderá ser processado com

---

70 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e as ações constitucionais**. 32ª ed. Malheiros, 2009, p. 152.

fundamento em elementos probatórios recolhidos mediante procedimento que afronte o sistema normativo.

Observe-se, nesse sentido, demonstrando a contradição da posição sufragada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento retromencionado, que a referida corte de superposição sempre admitiu aos acusados e investigados o manejo de instrumentais direcionados ao reconhecimento da ilicitude de elementos informativos recolhidos a partir, por exemplo, de interceptação telefônica<sup>71</sup> e de busca e apreensão<sup>72</sup> autorizadas ou cumpridas de modo a desbordar as exigências legais, medidas estas que possuem a mesmíssima natureza de meio de obtenção de prova que a legislação atribui ao acordo de colaboração premiada.

Impende ainda ressaltar que o simples fato de permitir-se a defesa, durante a instrução no âmbito judicial, o confronto às declarações do colaborador e às provas com base nelas obtidas, também não se afigura suficiente para negar ao delatado a legitimidade e o interesse processual para impugnar o acordo de colaboração premiada formalizado e homologado, isto porque a garantia constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/1988) também assegura ao acusado o direito a “*rastrear a legalidade da atividade persecutória*”<sup>73</sup>, concedendo-lhe oportunidade para demonstrar as inconsistências, vicissitudes e nódoas que maculem a higidez do procedimento de colheita de provas empreendido pelas agências estatais de persecução, postulando o reconhecimento de atipicidade que implique na declaração da inadmissibilidade dos elementos informativos eventualmente apanhados.

No ponto, é correta a compreensão, destacada no julgado em exame, de que o direito à prova assegura, na perspectiva do imputado, não somente possibilidade legal de produzir provas e contraprovas que diretamente revelem a correção da tese defensiva sustentada, seja ela a atipicidade, negativa de autoria, excludente de ilicitude ou mesmo a inexigibilidade de conduta diversa, alcançando também a faculdade de promover diligências destinadas a sindicarem a integridade daquelas de que se vale a agência estatal ou o ofendido para sustentar a tese acusatória.

Isso porque ao produzir prova as partes o fazem com a finalidade de convencer o julgador, seu destinatário final, quanto à correção da tese que sustenta ou quanto à circunstância que possua potencial persuasivo, e uma dessas circunstâncias diz com a ausência de idoneidade

---

71 STF - HC 129646 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 06-10-2020 PUBLIC 07-10-2020.

72 STF - Rcl 24473, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 05-09-2018 PUBLIC 06-09-2018.

73 PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 41.

de elemento probatório de conteúdo acusatório, razão que faz Nereu Giacomolli assentar que “*é de ser admitida a prova acerca de fatos que possam afastar a credibilidade de determinada pessoa*” sempre que as suas afirmações colocarem em risco o “*estado de inocência do imputado*”<sup>74</sup>, afinal, como acentua Luigi Ferrajoli “*um dado probatório, em consequência, pode ser refutado ou bem impugnando a relevância dos indícios dele induzidos, ou bem desacreditando a confiabilidade das provas, das quais foi induzido*”<sup>75</sup>.

Ocorre que nesta direção tem-se que as garantias da ampla defesa e do contraditório legitimam a atuação processual do cidadão acusado ou investigado que tenha como pretensão o reconhecimento da nulidade da trajetória percorrida pela agência de persecução para produzir os elementos probatórios de que posteriormente se utiliza exatamente para formular a acusação em seu desfavor, o que pode inclusive resultar na sanção de inadmissibilidade, de modo que a mera possibilidade de confrontar estas provas mesmas durante a instrução não constitui impeditivo à anterior sindicabilidade dos meios utilizados na sua obtenção. Pensar o contrário, como denuncia Welton Roberto, “*é continuar reduzindo o contraditório a um perfil diminuto de oratória vazia, sofista e eminentemente inútil, colocando a sombra da desconfiança sobre a defesa e iluminando cada vez mais o caminho da acusação*”<sup>76</sup>.

Exatamente por isto pouco importa que as provas recolhidas a partir da colaboração premiada possam ser usadas mesmo na hipótese de rescisão provocada pelo descumprimento do acordo pelo próprio colaborador, afinal, como dito, a largueza do espaço próprio para o exercício da garantia constitucional da ampla defesa vai muito mais além da mera possibilidade de confrontação de provas, alcançando, também e especialmente, a impugnação dos meios de que a acusação eventualmente lançou mão com a finalidade de obtê-las.

Portanto, não se compatibiliza com o sistema jurídico em vigor o entendimento, firmado pela suprema corte, de que o cidadão implicado em acordo de delação premiada não possui legitimidade e interesse processual para arguir vícios que eventualmente possam justificar a invalidação do pacto e da decisão judicial que, homologando-o, absorvera seus vícios, assemelhando-se àqueles precedentes jurisprudenciais que, para rejeitar a pretensão de invalidação de provas, se põem a relativizar garantias fundamentais do imputado.

É por isso que parte da doutrina já tem suscitado a necessidade de revisitação, pelo

---

74 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 201.

75 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 127.

76 ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 104.

Supremo Tribunal Federal, do precedente paradigmático acima indicado, assentando exatamente que “*a limitação do direito de impugnação ao acordo de colaboração premiada aniquila o contraditório e deixa o sujeito passivo da persecução penal verdadeiramente indefeso, a mercê de abusos de poder por parte dos agentes envolvidos*”<sup>77</sup>, revelando ser “*fundamental, em prol da proteção da legalidade dos atos estatais, que haja possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada pelos corrêus*”<sup>78</sup>, afinal, “*a ninguém interessa manter o ilegal, o desarrazoado, o imoral*”<sup>79</sup>.

A provocação doutrinária tem ganhado espaço e o Supremo Tribunal Federal, ainda de maneira bastante incipiente, tem dado mostras que poderá retomar a discussão quanto à temática, já havendo posições que efetivamente passaram a reconhecer a legitimidade do delatado para impugnar o acordo de colaboração premiada formalizado buscando a declaração de inadmissibilidade das provas a partir deles produzidas.

Neste sentido, já quando do julgamento paradigmático objeto da presente análise, o Ministro Marco Aurélio, a despeito de denegar a ordem impetrada, acentuava que “*em tese, pode haver o interesse em impugnar o objeto da delação, desde que tenha servido para ofertar a denúncia*”, ou seja, “*há o interesse jurídico de agir, porque se articula, na inicial, que, a partir do objeto da delação premiada, que não conheço, terse-ia chegado à propositura da ação penal contra o paciente. Então, a meu ver, há o interesse de agir*”.

Em ocasião distinta o Ministro Gilmar Mendes destacou sua “*inconformidade com a tese do negócio personalíssimo e da conseqüente ilegitimidade do delatado para impugná-lo*”, tendo admitido tal proceder para conceder o *habeas corpus*<sup>80</sup> impetrado em favor de Governador de Estado em que se impugnava acordo de colaboração premiada homologado pela justiça de primeira instância e no qual tal agente político fora citado, o que afrontaria a prerrogativa de foro, tendo o órgão fracionário da corte suprema o concedido, embora ressaltando a posição firmada no plenário (HC 127.483) julgado que, na parte que interessa, restou assim ementado:

(...) 4. Acordos de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Estadual e homologados por Juiz de Direito, delatando Governador de Estado.

---

77 ARAÚJO, Gisela Borges de. Da legitimidade do delatado para impugnação do acordo de colaboração premiada. In, **Colaboração premiada: aspectos teóricos e práticos**. CALLEGARI, André Luís (org). São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 136.

78 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 1ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017. P.

79 CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 43.

80 STF - HC 151605, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 22-07-2020 PUBLIC 23-07-2020.

Ilegitimidade e incompetência. 5. Legitimidade da autoridade com prerrogativa de foro para discutir a eficácia das provas colhidas mediante acordo de colaboração realizado sem a supervisão do foro competente. A impugnação quanto à competência para homologação do acordo diz respeito às disposições constitucionais quanto à prerrogativa de foro. Assim, ainda que, ordinariamente, seja negada ao delatado a possibilidade de impugnar o acordo, esse entendimento não se aplica em caso de homologação sem respeito à prerrogativa de foro. Inaplicabilidade da jurisprudência firmada a partir do HC 127.483, rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, julgado em 27.8.2017.

Mais recentemente, tratando do tema com profundidade maior, o Ministro Gilmar Mendes advertiu que *“é chegado o momento adequado para que se repense a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em relação à impossibilidade de impugnação dos acordos por terceiros delatados”*, acrescentando ser evidente *“que o acordo de colaboração premiada acarreta gravoso impacto à esfera de direitos de eventuais corréus delatados”*, destacando, também, que *“o fato de que os coimputados possam, posteriormente, defender-se das declarações dos delatores em exame cruzado na audiência de instrução e julgamento não esvazia a necessidade de controle de legalidade na homologação do acordo. Trata-se de fases diferentes do procedimento probatório: admissibilidade do meio de obtenção e, depois, exercício do contraditório no momento de produção do meio de prova. Portanto, em razão do impacto na esfera de direitos de terceiros e da necessidade de legalidade dos benefícios penais oferecidos pelo Estado, pensa-se que o acordo de colaboração premiada deve ser passível de impugnação e controle judicial”*. Eis a ementa do julgado<sup>81</sup>:

Penal e Processual Penal. 2. Colaboração premiada, admissibilidade e impugnação por corréus delatados. Provas produzidas em razão do acordo e utilizadas no caso concreto. Abusos da acusação e fragilização da confiabilidade. Nulidade do acordo e inutilização de declarações dos delatores. 3. Possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros delatados. Além de caracterizar negócio jurídico entre as partes, o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de provas, de investigação, visando à melhor persecução penal de coimputados e de organizações criminosas. Potencial impacto à esfera de direitos de corréus delatados, quando produzidas provas ao caso concreto. Necessidade de controle e limitação a eventuais cláusulas ilegais e benefícios abusivos. Precedente desta Segunda Turma: HC 151.605 (de minha relatoria, j. 20.3.2018). 4. Nulidade do acordo de colaboração premiada e ilicitude das declarações dos colaboradores. Necessidade de respeito à legalidade. Controle judicial sobre os mecanismos negociais no processo penal. Limites ao poder punitivo estatal. Precedente: “O acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face do cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao

---

81 STF - HC 142205, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 30-09-2020 PUBLIC 01-10-2020.

órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil” (STF, QO na PET 7.074, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.6.2017) (...) 7. Dispositivo. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para declarar a nulidade do acordo de colaboração premiada e reconhecer a ilicitude das declarações incriminatórias prestadas pelos delatores, nos termos do voto.

Assim, tem-se por improcedentes os argumentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal para afirmar que o delatado não possui legitimidade nem interesse jurídico processual para impugnar o acordo de colaboração premiada a partir do qual foram arrecadados elementos probatórios posteriormente utilizados em seu desfavor, equívoco que alguns poucos integrantes da mencionada corte já acenam dever ser corrigido mediante uma revisitação à temática posta, revelando que aos terceiros implicados deve ser reconhecido o direito à, no exercício pleno das garantias constitucionais de natureza processual e mediante provocação judicial, impugnar o sobredito instrumento consensual destinado à obtenção de prova.

#### **4.2. Atipicidade do acordo extralegal e suas consequências.**

##### **4.2.1. Ilicitude das provas obtidas e derivadas: o interesse do implicado.**

Diante do que visto nas seções anteriores é possível perceber que atualmente há uma tendência, manifestada pelos órgãos de persecução, direcionada ao estabelecimento, já no termo de colaboração, das sanções premiaias que deverão alcançar o colaborador em caso de condenação, definindo-se, também de forma antecipada, o seu modo de cumprimento, pressupondo que ordenamento admite que as partes deliberem e possam livremente dispor sobre a incidência de norma cogente, medida que tem sido avalizada por alguns integrantes do Supremo Tribunal Federal quando da homologação de tais pactos.

Tal providência constitui estratégia empreendida pelos órgãos de persecução com três finalidades. A primeira consiste exatamente em ampliar, para além dos limites legais, os prêmios destinados ao colaborador, tornando a cooperação, numa análise pragmática de custo-benefício, uma alternativa processual que tenha aptidão para despertar o interessante daqueles que detenham informações importantes para a investigação, convencendo-os a cooperar. A segunda busca, evitando incertezas, garantir ao pretense colaborador que, em eventual decisão penal condenatória, não lhe seja imposta reprimenda estranha àquela consignada no termo de

colaboração homologado<sup>82</sup>. A terceira, finalmente, objetiva ampliar o poder de barganha do órgão estatal de persecução penal, tornando mais fácil a negociação e, por conseguinte, a aquisição de informações que se mostrem relevantes para o procedimento apuratório.

Inobstante isso, como já esclarecido, as providências investigativas que se destinam à busca da verdade sobre o fato objeto de apuração encontram limites expressamente consignados no ordenamento jurídico nacional, como é ressaltado por Juarez Tavares e Rubens Casara na exata medida em que, discorrendo sobre os limites normativos que se impõem às agências estatais de persecução quanto à atividade de produção probatória, destacam, com indiscutível acerto, que “*no Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios, o que significa dizer que para punir alguém que violou a lei, o Estado não pode igualmente violar a lei e aceitar uma prova produzida ou obtida em violação à legalidade estrita*”<sup>83</sup>.

Portanto, conclui-se ser vedado às agências de investigação criminal prometer, no acordo de colaboração premiada, recompensas não admitidas no texto de expresso da legislação, sob pena de, esvaziando o princípio da legalidade, provocar a desintegração de todo o ordenamento jurídico nacional, razão pela qual o juízo, deparando-se com casos que tais, deve prontamente indeferir o pedido de homologação do instrumento negocial.

Neste passo, o reconhecimento da atipicidade do acordo impõe, por consectário lógico, a descrição dos efeitos dele decorrente, sustentando Vinícius Gomes de Vasconcellos, quanto ao tema, que “*provas obtidas ilicitamente (por coações, promessas ilegais ou acordos abusivos) deverão ser excluídas do processo*”, acrescentando que, “*se houver nulidade do acordo de colaboração premiada, os elementos probatórios produzidos em sua decorrência também restarão contaminados*”<sup>84</sup>.

Rosmar Rodrigues Alencar, em sentido semelhante, acentua que os elementos probatórios colhidos a partir de acordo de colaboração extralegal, aqui denominado aquele cujas cláusulas contemplam a oferta de benefícios penais não previstos na lei específica, traduzem-se, após a homologação judicial do pacto, em provas ilegítimas porque alcançadas mediante abuso do poder barganha:

---

82 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; JR., Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite**: A controvertida justiça negocial made in Brazil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 41.

83 TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 61.

84 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 1ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017, p. 108 e 260.

A ilicitude da vantagem (excessiva, ilegal ou inconstitucional) conferida ao delator, quando homologada pelo juiz, tem como decorrência necessária a criação de prova (ilegítima) contra o corréu, obtida mediante ato configurador de abuso do poder de barganha.<sup>85</sup>

Em texto mais recente Rosmar Rodrigues Alencar, dessa vez acompanhado por Nestor Távora, vai além ao afirmar que a tática utilizada pelas agências de investigação para facilitar à aquisição de provas e consistente na promessa de vantagens ilegais ao investigado colaborador, caracteriza crime de abuso de autoridade, reconhecendo, igualmente, que os elementos informativos desta forma arrecadados constituem prova ilegítima, senão vejamos:

Nesse passo, haverá prova ilegítima, caso se tenha obtido confissão do colaborador sem respeito ao regrado pela lei nº 12.850/2013, a exemplo de promessas de benefícios que estejam além dos limites da lei. No ponto, enxergamos também crime de abuso de autoridade, disposto no art. 25, da Lei nº 13.869/2019, que tipifica a conduta de proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação, por meio manifestamente ilícito.<sup>86</sup>

Essa é a posição que mais se aproxima do processo penal de cariz democrático, na medida em que não observada a legalidade do método de formação da prova<sup>87</sup> que se mostra indispensável ao reconhecimento de sua licitude e legitimidade. Os meios sub-reptícios, capciosos<sup>88</sup>, enganosos, ardilosos e manipuladores utilizados com a precípua finalidade de vencer a resistência defensiva do investigado para, assim, fazê-lo colaborar com a apuração de delitos constituem, na dicção de Manuel da Costa Andrade, os métodos que “*mais podem comprometer a liberdade de declaração*”<sup>89</sup>, o que parece se aplicar à hipótese em que a vontade e o interesse do agente em firmar acordo de cooperação tenham decorrido exatamente da oferta, pelos órgãos de persecução, de benefícios não admitidos.

De fato, a partir da compreensão de que o processo penal constitui instrumento destinado à contenção do exercício arbitrário do poder punitivo estatal, guiando-se por uma diretriz democrática e humanizada, tem-se que tanto as regras quanto as formas nele

---

85 ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória. In **Revista Parahyba Judiciária** / Seção Judiciária da Paraíba – v. 11, n. 11. João Pessoa, 2018, p. 428.

86 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1.018.

87 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 572.

88 Idem, p. 560.

89 ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Reimpressão. [S/L] Coimbra Editora, 2006, p. 235.

estabelecidas pelos órgãos legislativos competentes estão sempre direcionadas à proteção da liberdade do homem, direito fundamental de primeira geração da maior envergadura, tornando imperiosa sejam elas rigorosamente observadas, é dizer, todos os intervenientes no procedimento de persecução devem atentar, quando da prática de atos processuais, para o modelo definido na texto positivo, atuando dentro dos limites por ele impostos.

Nesse contexto, quando os órgãos de investigação executam diligências destinadas à aquisição de elementos probatórios sem atentar para a rigorosa observância das regras legais que as disciplinam e que visam proteger garantias fundamentais, o ato aquisitivo haverá de ser considerado como atípico, cabendo ao magistrado avaliar sua extensão e profundidade, isto como providência necessária à consequente definição relativa à invalidação do ato processual viciado, sua convalidação ou saneamento, apresentando fundamentação para cada uma destas etapas de formação da norma jurídica individual e concreta, a decisão.

Isto porque, não obstante tratar-se de tudo aquilo que possa demonstrar a ocorrência de um fato relevante, contribuindo para a formação do convencimento do magistrado, a prova penal somente poderá assim ser compreendida e admitida “*se passar pelo filtro normativo-constitucional*”<sup>90</sup>, ou seja, se o procedimento probatório, visto em todas as suas dimensões e etapas, for compatível com os ditames legais e constitucionais que o regem e controlam, sendo imperioso mencionar, quanto à questão específica da colaboração premiada, que os limites consignados no texto da Lei Federal nº. 12.850/2013 constituem expressão de um “*autêntico dirigismo estatal que deve constranger os órgãos de persecução penal a somente elaborar cláusulas previstas na lei*”, esta que assume a condição e a importantíssima função de “*barreira protetora das garantias dos imputados envolvidos*”<sup>91</sup>.

Note-se, que a atipicidade do acordo de colaboração premiada que prevê a concessão de benefícios penais não admitidos pela legislação decorre de defeito que incide diretamente sobre os elementos estruturais do pacto de cooperação, assim entendidos aqueles que se referem à sua regularidade, legalidade e voluntariedade (art. 4º, § 7º, da Lei Federal nº. 12.850/2013), representando, assim, uma clara hipótese de vício de inexistência jurídica que, conforme adverte Rosmar Rodrigues Alencar, “*constitui óbice à configuração mínima do ato para, conforme a finalidade para o qual foi editado, ser assim entendido pelo sistema*”<sup>92</sup>.

---

90 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 790.

91 Idem, p. 1.015/1.016.

92 ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 193

De efeito, constitucionalmente assegurado e inserido dentre as garantias da ação e da defesa, o direito à prova não é absoluto, encontrando limites na própria Constituição Federal de 1988, cujo art. 5º, LVI, dispõe que “*São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”, ou seja, é a própria carta política que estabelece a sanção a ser imposta à prova obtida ou produzida por meio ilícito. E quando essa ilicitude decorre de violação a preceito constitucional, seja de caráter substantivo ou eminentemente processual, sua utilização se revela inadmissível, pois, como leciona Luiz Francisco Torquato Avolio, “*os preceitos constitucionais com relevância processual possuem natureza de normas de garantia*”<sup>93</sup>, isso porque, como adverte César Dario Mariano da Silva, “*a violação de qualquer norma constitucional leva à nulidade absoluta do ato*” e “*sendo a prova nula, não poderá produzir nenhum efeito*”<sup>94</sup>.

Portando, a atipicidade do acordo de colaboração premiada, esta representada pelo reconhecimento da incompatibilidade havida entre as sanções premiais ofertadas e o texto legal atinente ao instituto, reclama a imposição da sanção de invalidação do pacto formulado, isto porque o defeito verificado incide sobre elemento estrutural de sua regularidade material (legalidade das cláusulas), tendo como efeito consequente a declaração de inadmissibilidade de todos os elementos probatórios a partir dele angariados e daqueles obtidos por derivação, impondo-se a determinação de seu desentranhamento.

#### 4.2.2. Manutenção dos benefícios acordados: o interesse do colaborador.

A problemática é igualmente robusta quanto aos efeitos que a invalidação do acordo de colaboração fará incidir sobre a situação jurídica do colaborador, aquele que, confiando na correção da conduta das agências estatais de persecução e, portanto, agindo de boa-fé, se põe a confessar delitos e a apresentar informações contra terceiros, sobretudo quando o faz tento em conta decisão judicial que, a exemplo de outras proferidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, homologa o pacto, declarando-o regular, legal e voluntário, a despeito de incompatível, no que se refere às sanções premiais ofertadas, com o texto normativo.

Tratando sobre a questão, Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa propõem que em casos dessa natureza, nos quais o acordo fora firmado seguindo a mesma linha de entendimento preteritamente manifestado em decisões monocráticas proferidas por alguns integrantes do Supremo Tribunal Federal, haja uma espécie de modulação dos efeitos

---

93 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas** – interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P. 86.

94 SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. 2ª edição. São Paulo: Universitária de Direito, 2001. P. 29.

decorrentes da invalidação do pacto premial, mantendo válidas as cláusulas estipuladas para não “surpreender os delatores que negociaram de boa-fé”<sup>95</sup>.

Ainda que seja discutível a existência de uma boa-fé no atuar daquele que, assistido por advogado, deve saber quais os benefícios penais cuja oferta é admitida pela legislação, não há como deixar de ponderar, quanto à situação jurídica do colaborador, a proposta de modulação dos efeitos da invalidação do acordo de delação premiada, sobretudo quando homologado judicialmente, o que não impede, no entanto, e agora quanto ao implicado, que as provas produzidas a partir do acordo invalidado sejam desentranhadas porque avaliadas como inadmissíveis, eis que obtidas por meio ilícito.

Nesta direção, em atenção à segurança jurídica e a previsibilidade, fatores compreendidos como fundamentais aos mecanismos da justiça penal negociada, o Supremo Tribunal Federal, a despeito de anular acordo de colaboração extralegal, manteve em favor do agente colaborador as sanções premiaias não admitidas pela legislação de regência mas ofertadas no pacto homologado<sup>96</sup>.

---

95 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; JR., Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite**: A controvertida justiça negocial made in Brazil. Florianópolis: EMais, 2018, p. 124.

96 STF - HC 142205, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 30-09-2020 PUBLIC 01-10-2020.

## **5. CONCLUSÃO.**

A partir da pesquisa implementada conclui-se que, incentivados pelos reclames sociais de combate à impunidade e ao eficientismo penal, as agências estatais a que fora atribuída competência de persecução criminal tem ultrapassado os limites legais impostos ao procedimento de produção de prova, limites estes que cumprem a missão de proteger o direito fundamental de liberdade ameaçado por atos arbitrários patrocinados pelo Estado. Expressão dessa violação às barreiras consignadas no texto positivo é a tática de ofertar sanções premiais mais benevolentes do que aquelas legalmente previstas, muitas das quais incompatíveis com normas cogentes, providência implementada com a finalidade de vencer a resistência defensiva do investigado e convencê-lo a cooperar, firmando acordos de colaboração.

A atipicidade de acordos que tais, porque resultante de defeito incidente sobre elemento estrutural de sua legitimidade, impõe a invalidação do instrumento negocial com a consequente declaração de inadmissibilidade de todos os elementos de prova adquiridos a partir dele, inclusive os colhidos por derivação, devendo ser desentranhados.

Entretanto, para que esta medida seja verdadeiramente possível, impõe-se que aos terceiros implicados ou delatados sejam reconhecidas a legitimidade e interesse processual para impugnar os acordos de colaboração premiada e as decisões homologatórias, providência que, a despeito de traduzir-se em clara expressão das garantias constitucionais de natureza processual, ainda tem sido rejeitada por parte considerável da jurisprudência, inclusive por integrante do Supremo Tribunal Federal, isto a partir de argumentos de todo improcedentes, entendimento que necessita ser revisitado com maior verticalidade.

Diante disso, é possível concluir que somente se admite, no âmbito de acordo de colaboração, a promessa de concessão das específicas sanções premiais expressamente dispostas na legislação aplicável, bem como que a atipicidade de benefícios ofertados acarreta a invalidação do pacto e, conseqüentemente, na inadmissibilidade dos elementos probatórios a partir dele arrecadados, inclusive os derivados. Ademais, considerando a amplitude da garantia do direito de defesa também conclui-se que o terceiro implicado possui legitimidade e interesse para impugnar a avença formalizada.

## 6. REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: em conformidade com a teoria do direito. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2022.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória. *In Revista Parahyba Judiciária / Seção Judiciária da Paraíba* – v. 11, n. 11. João Pessoa, 2018.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2016.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Reimpressão. [S/L] Coimbra Editora, 2006.

ARAÚJO, Gisela Borges de. Da legitimidade do delatado para impugnação do acordo de colaboração premiada. *In, Colaboração premiada: aspectos teóricos e práticos*. CALLEGARI, André Luís (org). São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas** – interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Bauru, SP: Edipro, 2011.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito, doutrina e jurisprudência**. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes, BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal**: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de legislação e de jurisprudência*. Ano 146, nº. 4000. Setembro – Outubro, 2016.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal: parte geral**. 7ª ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; JR., Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. **Delação premiada no limite** : A controversa justiça negocial made in Brazil. Florianópolis : EMais, 2018.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. **Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013)**: natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. *Civil Procedure Review*, v.7, n.2, maio-ago. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Que se entende por crime organizado (Parte 3)**. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2104274/que-se-entende-por-crime-organizado-parte-3>. Acesso em 23.05.2022.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. Vol. 1. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal** – Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vol. I. Tomo I. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JARDIM, Afranio Silva. **Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites?** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 1. Janeiro a Junho de 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23110/16462> Acesso em: 08.10.2018

JR., Aury Lopes. **Introdução crítica ao processo penal**: (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JÚNIOR, Miguel Reale. **Fundamentos de direito penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional** : a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo : Saraiva, 2012.

MALATESTA, Nicola Framario dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2013.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e as ações constitucionais**. 32ª ed. Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. **Colaboração premiada: aspectos controvertidos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado: Lei 13.694, de 24.12.2019**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. **Juízo e prisão: ativismo judicial no Brasil e nos EUA**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROBERTO, Welton. **Paridade de armas no processo penal**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas**. 2ª edição. São Paulo: Universitária de Direito, 2001.

STF - HC 94163, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851.

STF - ARE 1092752 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 31/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-129 DIVULG 13-06-2019 PUBLIC 14-06-2019.

STF - ARE 1214154 / SE. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 12/06/2019 Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-132 DIVULG 17/06/2019 PUBLIC 18/06/2019.

STF - HC 112182, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 30-05-2018 PUBLIC 01-06-2018.

STF - HC 127483, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

STF - HC 129646 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 06-10-2020 PUBLIC 07-10-2020.

STF - HC 142205, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 30-09-2020 PUBLIC 01-10-2020.

STF - HC 151605, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 20/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 22-07-2020 PUBLIC 23-07-2020.

STF - HC 69859, Relator(a): CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/12/1992, DJ 29-09-2006 PP-00046 EMENT VOL-02249-08 PP-01526 RTJ VOL-00202-02 PP-00660.

STF - Inq 4405 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 04-04-2018 PUBLIC 05-04-2018.

STF – PET 5.244/DF. Relator TEORI ZAVASKI. Decisão monocrática de 19.12.2014.

STF – PET 7.265/DF. Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Decisão monocrática de 14.11.2017.

STF - Rcl 24473, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 05-09-2018 PUBLIC 06-09-2018.

STF - RE 349703, Relator(a): CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675.

STF - RE 580252, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017.

STF - RE 597270 QO-RG, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458.

STF - RE 641320, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016 RTJ VOL-00237-01 PP-00261.

STJ - HC 124.253/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/02/2010, DJe 05/04/2010.

STJ - HC n. 307.152/GO, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator p/ o acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 15/12/2015

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Colaboração premiada no processo penal**. 1ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2017.

ZILLI, Marcos. O acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual - o controle judicial em face dos operadores legisladores. *In Colaboração premiada: perspectiva de direito comparado*. Kai Ambos, Marcos Zilli, Paulo de Sousa Mendes (org.). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.