



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

LUCAS MENESES LIMA

**COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI Nº 12.850/13: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE QUANDO DA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO**

FORTALEZA

2018

LUCAS MENESES LIMA

COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI Nº 12.850/13: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE QUANDO DA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito. Áreas de concentração: Direito
Processual Penal, Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo
Rebouças

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- L698c Lima, Lucas Meneses.
Colaboração Premiada na Lei nº 12.850/13: Análise da Aplicação do Princípio da Razoabilidade quando da homologação do acordo / Lucas Meneses Lima. – 2018.
51 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças.
1. Colaboração Premiada. 2. Lei nº 12.850/13. 3. Plea bargaining. 4. Princípio da Razoabilidade. 5. Homologação. I. Título.

CDD 340

LUCAS MENESES LIMA

COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI Nº 12.850/13: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE QUANDO DA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito. Áreas de concentração: Direito
Processual Penal, Direito Penal.

Aprovada em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral

Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Thiago do Vale Cavalcante

Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Aos meus amados pais, Eduardo e Adaíla.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de toda minha força, pelo dom da minha vida e por ter me presenteado com a graça de concluir minha graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

A meus pais, Eduardo e Adaíla, que amam e cuidam de mim desde o princípio, e que não mediram esforços para providenciar a melhor educação que eu poderia ter.

A meu irmão, Brenno, pela amizade e ensinamentos, clareando as dúvidas jurídicas cotidianas, inclusive neste próprio trabalho. Obrigado por ser inspiração diária para escolha da minha carreira.

A Andressa, companheira fiel, dedicada, amorosa, paciente e de todos os momentos. Sem seu apoio teria sido muito mais difícil.

A meu padrinho Armando Nóbrega e meus amigos-irmãos, Pedro Henrique, Pedro Telles, Matheus Telles, Kalil Telles, Lucas Ratts, Matheus Ratts, Dellano Ratts e Luiz Augusto, por toda amizade, companheirismo e carinho. Também a Jussara Montenegro e Flávia Quesado. Vocês são reais presentes de Deus em minha vida.

A Erika Haguette, pela amizade que transpassa tempo e distância.

À Comunidade Católica Face de Cristo, na pessoa de seus fundadores, Aluízio e Célia Nóbrega, por ser verdadeiro instrumento do amor de Deus na minha vida, e por continuamente me ensinar a ser um cristão e uma pessoa melhor. Obrigado também ao Ministério de Música dessa Comunidade, que viabiliza o meu serviço a Deus através do dom que Ele me concedeu.

Aos colegas do extinto Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, e agora do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, cuja convivência diária tenho o prazer de desfrutar há mais de três anos. Muito obrigado pelos ensinamentos, vocês foram e continuam sendo fundamentais para a minha formação. Agradeço, sobretudo, aos Conselheiros Pedro Ângelo e Valdomiro Távora, por confiarem no meu potencial e no meu trabalho.

A todos os professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, por terem feito parte diretamente da minha formação acadêmica e por dedicarem tanto tempo e esforço para transmitir seus ensinamentos aos discentes. Em especial, ao Professor Sérgio Rebouças, a quem prezo grande estima e admiração, por ter aceitado orientar este trabalho, e também ao Professor Gustavo Cabral e ao Mestrando Thiago Cavalcante, por integrarem a Banca Examinadora desta monografia, pela atenção e cordialidade de sempre, além das valiosas sugestões e críticas a este trabalho.

A todas as amizades que fiz nesta Faculdade, em especial a Adilania Pinheiro, Cristiano Barreira, Daniel Rocha, Evanildo Júnior, Lucien Almeida, Paulo Albuquerque, Rodrigo Lordão, Thiago Morais e Vinícius Reis e a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para esse momento.

RESUMO

Este trabalho teve como objetivo estudar o instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, hoje disciplinado através da Lei nº 12.850/13, com foco na aplicação do princípio da razoabilidade pelo juiz quando da homologação do acordo firmado entre as partes, a fim de se discernir a respeito do prêmio legal proposto ao colaborador. Após ampla pesquisa bibliográfica, foi analisada a origem histórica do instituto, inclusive a influência do direito negocial norte-americano, em especial da *plea bargaining*, para a elaboração do modelo de colaboração premiada hoje existente no Brasil. Foi estudada ainda a noção geral de princípios, em especial o princípio da razoabilidade, abordando a divergência doutrinária que existe a respeito da diferenciação ou não entre razoabilidade e proporcionalidade. Buscou-se demonstrar, com esteio em construções doutrinárias e analisando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que o magistrado deve se esforçar no sentido de empregar a razoabilidade como equivalência, notadamente no momento da homologação do acordo, evitando a concessão de benefícios que destoem da realidade vislumbrada nos termos pactuados.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Lei nº 12.850/13. Plea bargaining. Princípio da razoabilidade. Benefícios. Homologação do acordo.

ABSTRACT

The article discusses about the Brazilian institute of rewarded collaboration, also referred in North-America as plea bargaining. In Brazil's legal system, it is currently governed by the Law 12.850/13, focusing on the application of the principle of reasonableness by the judge, when homologating the agreement between the parties, in order to discern about the legal prize proposed to the employee. After an extensive bibliographical research, I've analyzed the historical origin of the institute, including the influence of the United States bargaining law, especially plea bargaining, for the elaboration of the rewarded collaboration model that exists today in Brazil. The general notion of principles, in particular the principle of reasonableness, has also been studied, addressing the doctrinal divergence that exists regarding the existence or not of the differentiation between reasonableness and proportionality. It was sought to demonstrate, with focusing in doctrinal constructions and analyzing the understanding established by the Federal Supreme Court, displaying that the magistrate should strive to apply principle of reasonableness as an equivalence, especially at the moment of homologation of the agreement, avoiding granting benefits that disagree with the reality envisaged in the agreed terms.

Keywords: Award-winning collaboration. Law nº 12.850/13. Plea bargaining. Principle of reasonableness. Benefits. Approval of the agreement.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A EVOLUÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO	14
2.1	Breve histórico da colaboração premiada antes da Lei nº 12.850/13	14
2.2	O advento da Lei nº 12.850/13	16
2.2.1	<i>Contexto e relevância</i>	16
2.2.2	<i>Aspectos procedimentais</i>	18
2.2.3	<i>Os benefícios passíveis de concessão ao colaborador e os requisitos necessários</i>	21
2.2.3.1	<i>Possibilidade de perdão judicial do crime e do não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público</i>	22
2.3	A validade da colaboração premiada de réu preso	24
3	A INFLUÊNCIA DO DIREITO NEGOCIAL NORTE-AMERICANO	27
3.1	A origem no <i>common law</i>	27
3.1.1	<i>Plea bargaining – Principais características</i>	28
3.1.1.1	<i>Voluntariedade e Inteligência</i>	30
3.1.1.2	<i>Procedimento</i>	32
3.2	Comparação com o Direito Brasileiro	36
4	A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE PELO JUÍZO QUANDO DA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO	38
4.1	Princípio jurídico – Conceito	38

4.1.1	<i>Razoabilidade X Proporcionalidade</i>	39
4.1.2	<i>Princípio da Razoabilidade</i>	40
4.1.3	<i>Aplicação no Processo Penal</i>	41
4.2	Princípio da Razoabilidade e a Lei nº 12.850/13	42
4.3	Atuação do magistrado na homologação do acordo	44
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho desponta da considerável relevância que assumiu o instituto da colaboração premiada nos últimos anos no Brasil, em especial após a sua regulamentação através da Lei nº 12.850/13, que tratou do crime de organização criminosa, definindo ainda questões sobre investigação criminal e meios de obtenção de prova. Assim, justamente por se tratar de diploma legal ainda recente, carece de maiores debates e estudos sobre o tema.

Não obstante a existência anterior da colaboração premiada no Brasil – ainda que não se utilizando a mesma denominação – foi com a Lei nº 12.850/13 que o instituto ganhou solidez, tendo sido detalhada em seus procedimentos, requisitos, prêmios legais e demais aspectos. Revela-se bastante pertinente, por exemplo, o debate a respeito da possibilidade de colaboração premiada de sujeito preso, tema não abordado na Lei nº 12.850/13, mas que vem sendo alvo de várias críticas doutrinárias, porquanto amplamente utilizada.

Impulsionado, portanto, pela recente introdução da norma em nosso ordenamento jurídico, bem como pela patente necessidade de se discutir as suas inovações, é que o presente trabalho buscou analisar alguns aspectos importantes da Lei nº 12.850/13, notadamente no que diz respeito à possibilidade de aplicação do princípio da razoabilidade, pelo juiz, quando da homologação do acordo de colaboração, ponderando se há equivalência entre o prêmio legal proposto pela autoridade responsável e os possíveis resultados que poderão advir da colaboração prestada.

Logo, realizada a devida pesquisa bibliográfica, observando-se ampla gama de material com vasta análise e estudo sobre o tema, em especial livros, artigos e decisões judiciais, traçando ainda uma comparação com o direito norte-americano, a presente pesquisa buscou fomentar o debate acerca da colaboração premiada em nosso país.

Para tanto, este trabalho foi desenvolvido a partir de três capítulos, aos quais se somam a presente Introdução e as considerações finais.

O primeiro capítulo prestou-se à apresentação da evolução histórica da colaboração premiada no Brasil, abordando toda a sua evolução, passando pelas diversas leis que contemplaram o instituto, ainda que com denominação diversa, até chegar à Lei nº 12.850/13, tendo sido analisado seu contexto e seus principais aspectos.

No segundo capítulo foi analisada a influência do direito norte-americano, fazendo-se um apanhado das principais características da *plea bargaining*, bem como um comparativo entre esse instituto e a colaboração premiada, nos moldes que hoje é praticada no Brasil.

Finalmente, o terceiro capítulo tratou sobre a definição de princípios, com foco no princípio da razoabilidade, e ainda sobre a possibilidade de aplicação da razoabilidade-equivalência pelo magistrado que decide sobre a homologação do acordo de colaboração, com vistas a aferir se está compatível o benefício legal proposto pela autoridade competente, em face dos possíveis resultados oriundos da colaboração.

2 A EVOLUÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Breve histórico da colaboração premiada antes da Lei nº 12.850/13

A colaboração premiada passou a ser tema recorrente nos noticiários brasileiros, não sendo mais novidade as celebrações de acordos entre investigados e o Ministério Público. Pode-se atribuir tal fato à famigerada Operação Lava Jato, ação da Polícia Federal que teve início no ano de 2014, e que até novembro de 2017 motivou a homologação de 293 acordos, segundo dados da Procuradoria Geral da República¹.

Apesar de sua recente “popularização”, a colaboração premiada não é tão nova assim no Direito pátrio, ainda que tenha surgido anteriormente com denominação diversa. Cronologicamente, foi inaugurada em nossa legislação com a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), que em seu art. 8º, parágrafo único, dispôs sobre a redução da pena de um a dois terços para o participante e associado que denuncie à autoridade o bando ou quadrilha, desde que possibilite seu desmantelamento.

Posteriormente, a Lei nº 9.080/95 acrescentou à Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86) e à Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, contra a Ordem Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90) os parágrafos segundo e único, aos artigos 25 e 16, respectivamente. Com redação idêntica e de forma bastante semelhante à inaugurada pela Lei nº 8.072/90, os novos dispositivos também possibilitaram ao coautor ou partícipe revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa, visando reduzir sua pena de um a dois terços.

Pouco depois, a Lei nº 9.269/96 alterou o Código Penal em seu art. 159, §4º, fazendo constar, no que se refere ao crime de extorsão mediante sequestro, a oportunidade, caso o crime tenha sido cometido em concurso, de um dos concorrentes denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, a fim de ver reduzida sua pena de um a dois terços.

Percebe-se que, até então, apesar de não se utilizar a mesma denominação, em sua essência, o instituto era muito assemelhado. Além disso, o benefício limitava-se à redução da pena, diferentemente do atual sistema, que detém gama maior de vantagens a serem concedidas ao colaborador.

Todavia, somente com a Lei de “Lavagem” de capitais (Lei nº 9.613/98) a colaboração premiada passou a tomar os contornos que hoje apresenta, pelo menos no tocante

¹ Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/lava-jato-teve-293-acordos-de-delacao-homologados-diz-pgr.ghml>>. Acesso em 11.mar.2018.

aos objetivos almejados. Isso porque nos dispositivos anteriores a meta traçada pelo legislador detinha-se, basicamente, ao desfazimento da associação criminosa.

A Lei nº 9.613/98 inovou ao dispor, no §5º, de seu art. 1º, sobre a possibilidade de concessão de benefícios ao autor, coautor ou partícipe que preste esclarecimentos às autoridades de forma a conduzir à apuração de infrações penais; à identificação de outros autores, coautores ou partícipes; e ainda à localização de bens, direitos ou valores objeto do ilícito.

De acordo com Sérgio Rebouças (2017, p. 736), é possível identificar no dispositivo caráter assecuratório e reparatório, no sentido de apreender e desconstituir os proveitos do crime, em contraponto à anterior limitação legal, voltada somente à apuração da materialidade das infrações. Tal inovação revela-se primordial no contexto fático de combate à corrupção, uma vez que, do ponto de vista do anseio social hoje experimentado em nosso país, por mais que existam críticas à colaboração premiada, não há como negar que a devolução de valores desviados de cofres públicos, decorrentes do instituto, é vista com bons olhos.

Ainda na década de 1990, a Lei que estabeleceu o Programa de Proteção a Vítimas, Testemunhas e Colaboradores (Lei nº 9.807/99) também trouxe importantes novidades. A primeira foi o caráter genérico atribuído ao regime de colaboração premiada. A Lei nº 9.807/99 não estabeleceu um âmbito específico de utilização do instituto, abrindo, assim, a possibilidade de sua utilização para qualquer tipo de crime. Rebouças (2017, p.738) critica a opção do legislador, uma vez que, para o autor, por se tratar de técnica eminentemente invasiva, a colaboração premiada deve cingir-se a esferas específicas, cuja gravidade e complexidade sejam peculiares.

Com efeito, a utilização irrestrita do instituto pode ensejar a sua banalização, ao passo em que o investigado por qualquer crime, por mais simples que seja, poderá se sentir estimulado a colaborar visando a concessão de um benefício, muitas vezes distorcendo fatos e atrapalhando as investigações, quando as autoridades poderiam obter as informações mais facilmente por vias ordinárias.

Além disso, a Lei nº 9.807/99 ampliou o rol de benefícios passíveis de concessão ao colaborador, ao prever àqueles primários, ou seja, sem antecedentes criminais, a possibilidade de perdão judicial, observados a personalidade do pretense beneficiado e a natureza, circunstâncias e repercussão social do delito.

Finalmente, já na década de 2000, a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) também previu a colaboração premiada, mas apenas com o benefício de redução da pena, tal qual as leis inaugurais sobre o tema, ao indiciado ou acusado que ajude a identificar os demais coautores e partícipes e recuperar o produto do crime.

2.2 O advento da Lei nº 12.850/13

A Lei que tratou das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13) foi o divisor de águas no tocante à colaboração premiada na legislação brasileira, pois foi tratada de forma ampla e detalhada, e representa o principal e mais completo modelo disponível em nosso país.

Rebouças (2017, p. 740) destaca as principais inovações trazidas pela Lei nº 12.850/13: i) previsão do instituto como técnica especial de investigação e “meio de obtenção de prova”, em caráter típico e nominado; ii) fixação de procedimento vinculado à aplicação do instituto; iii) previsão de aplicabilidade a qualquer momento do prêmio do perdão judicial; iv) previsão de circunstâncias judiciais relacionadas ao prêmio aplicável; v) possibilidade de não exercício da ação penal pública; vi) previsão de direitos do colaborador.

Notório, portanto, que a Lei nº 12.850/13 foi fundamental, diante das várias novidades que seu texto trouxe, para uma introdução real da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 Contexto e relevância

Os escândalos descobertos no meio político brasileiro deram ensejo a uma onda de pressão social sobre o combate à corrupção, e, conseqüentemente, maior atenção das autoridades passou a ser dispendida a respeito.

Sancionada em 02 de agosto de 2013, a Lei nº 12.850/13 definiu organização criminosa no seu art. 1º, §1º, como “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”. É importante esclarecer que somente preenchidos tais requisitos pode o interessado valer-se do instituto da colaboração premiada tal qual o disposto na referida lei. Do contrário, deverá, se for de sua vontade, buscar a possibilidade de colaborar em outro dispositivo legal dentre os já mencionados acima.

No entanto, tendo em vista ser a Lei nº 12.850/13 o diploma mais completo a tratar do procedimento da colaboração premiada, nada obsta que seja aplicada subsidiariamente nos casos lacunosos apresentados pelas demais normas, conforme explica Rebouças (2017, p. 741).

A Lei nº 12.850/13 foi e está sendo amplamente utilizada pelas autoridades, em especial o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, para a celebração de acordos de colaboração premiada. Ainda assim, enfrenta duras críticas de parte da doutrina.

Uma das principais diz respeito ao campo ético. Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014, paginação irregular), por exemplo, entendem que premiar o “traidor” significa manipular os parâmetros punitivos, em dissonância com os fundamentos do direito-dever de punir que o Estado assumiu com a coletividade, e, além disso, julgam ser arriscado apostar em informações oriundas de uma traição que visa o benefício pessoal, para fins de prova quando da elaboração da sentença.

Já Rebouças (2017, p. 733) considera que não se pode conceber “ética” ou “moral” num ambiente que, por si só, carece normativamente de valor. Ou seja, para o autor, a prática de condutas criminosas pressupõe a ausência de qualquer virtude axiológica, devendo, pois, o Estado insurgir-se contra aquele sujeito que cooperou de forma consciente e deliberada para a ação delituosa, em concurso de pessoas.

A princípio, a colaboração premiada não deve ser utilizada como única alternativa para as investigações criminais. Deve, na verdade, ater-se àqueles casos cuja relevância e complexidade a mereçam. Noutras palavras, a colaboração premiada não pode, de fato, cair na banalização, nem tampouco servir para legitimar abusos de autoridade. Respeitados os pressupostos legais, o devido processo legal e o estado democrático de direito, a colaboração premiada revela-se valioso instrumento de persecução criminal, ao passo que possibilita aos investigadores adentrar em densas áreas, as quais, muito possivelmente, não alcançariam sem um instituto como o tal.

Não se diga que as informações obtidas através da colaboração premiada servirão isoladamente para emissão de juízo de valor quando do julgamento da ação penal. Com efeito, o art. 4º, §16, da Lei nº 12.850/13, estabelece que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador”. Nesse mesmo sentido, Marcos Paulo Dutra Santos (2017, p. 98, grifo do autor) entende o seguinte:

Enquanto confissão que é, a delação não arrima, por si só, qualquer sentença penal condenatória, atuando *obiter dictum* (argumento de reforço) e não como *ratio decidendi*. Descabe potencializar o valor da confissão, tratando-a como rainha das provas, como se dá, por exemplo, nos Estados Unidos – *plea of guilty*. Pretender diversamente ofenderia o princípio do livre convencimento motivado do juiz, que possui previsão constitucional – art. 93, IX – e infraconstitucional – art. 155, *caput*, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08. O art. 197 do CPP também relativiza a confissão, ao prescrever que seu valor “se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe

compatibilidade ou concordância”. **Se sobrevier a condenação, estará lastreada nas provas produzidas ao longo da instrução, incluindo as obtidas a partir da colaboração, e não apenas no depoimento do delator**, conforme entendimento firme do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 829), certas técnicas especiais de investigação, quando dotadas de maior grau de invasão na esfera pessoal, deverão ser analisadas, a fim de se aquilatar sua legalidade. Ainda neste aspecto, Rebouças (2017, p.742) afirma que o colaborador não produz prova com suas declarações, mas, na verdade, presta informações, as quais não possuem suficiência probatória por si mesmas, caracterizando assim o que chama de “regra de corroboração”, pela qual devem ser devidamente confirmadas as declarações do colaborador, através de elementos efetivos de prova.

2.2.2 Aspectos procedimentais

Uma das novidades mais importantes trazidas pela Lei nº 12.850/13 foi o procedimento para celebração do acordo de colaboração premiada, inédito até então na legislação.

De acordo com o art. 4º, §6º, do diploma legal, a formalização do acordo de colaboração ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou ainda entre o Ministério Público e o investigado/acusado e seu defensor.

A melhor interpretação da primeira parte do dispositivo, segundo Rebouças (2017, p. 756), é a de que a autoridade policial pode dar início às negociações para a celebração do acordo, mas que a condução dos atos deverá se dar em conjunto com o Ministério Público². Além disso, toda a negociação para a celebração do acordo deverá se dar sem a intervenção do juiz, que atuará somente na fase de homologação.

Caso o acordo reste frutífero, deverá ser lavrado o termo de acordo e, após, será apresentado ao juiz para ser homologado. Nessa fase, a lei traça diferenças com relação aos acordos celebrados por investigados e por acusados. Se o interessado ainda for investigado, o art. 7º da lei estabelece que o acordo deverá ser sigilosamente distribuído ao magistrado. No

² A Procuradoria-Geral da República impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5.508) no Supremo Tribunal Federal em face dos parágrafos 2º e 6º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/13. Sustenta a PGR ser inconstitucional a legitimidade conferida à autoridade policial para firmar acordos de colaboração premiada, sendo imprescindível a participação de representante do Ministério Público em todas as fases do procedimento. A ação está com julgamento suspenso na Suprema Corte, após o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, pela improcedência do pedido, e dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, pela procedência parcial do pleito.

entanto, caso recebida a denúncia, passando então o interessado ao status de acusado, ou ainda se o acordo é celebrado durante o curso da ação penal, o acordo deixa de ser sigiloso, nos termos do §3º do mesmo artigo.

Forçoso destacar que o termo de acordo, por imposição do art. 6º, da Lei nº 12.850/13, deverá ser lavrado contendo desde já, dentre outras informações, o relato da colaboração e seus possíveis resultados (inciso I), bem como as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia (inciso II).

Após recebidas pelo juiz as informações pormenorizadas do acordo, deverá decidir sobre a homologação no prazo de 48 horas, período no qual, de acordo com o §2º, do art. 7º, o acesso aos autos ficará restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, assegurando-se ao advogado do colaborador amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, desde que previamente autorizado pelo magistrado, e ressalvados aqueles referentes a diligências em andamento. O intuito desse dispositivo é resguardar ao máximo as investigações, evitando o vazamento de informações que comprometam todo o processo.

Ao decidir, poderá o juiz homologar ou não o acordo celebrado, verificando o atendimento aos requisitos legais, conforme dispõe o art. 4º, §5º, da Lei nº 12.850/13. Dentre tais requisitos, importante destacar duas expressões fundamentais constantes no caput do art. 4º, quais sejam, “efetiva” e “voluntariamente”.

Sobre a primeira, implica dizer que a colaboração só terá validade se, de fato, apresentar informações concretas e eficazes, de forma a possibilitar que a investigação avance. Para tanto, a própria lei traz critérios objetivos discriminados na forma de resultados, expostos nos incisos do art. 4º da lei.

Configura-se, assim, elemento indispensável para a concessão do prêmio ao colaborador a efetivação de um ou mais dos resultados mencionados. O *caput* do art. 4º é claro ao dispor que basta um dos resultados ser atingido para que o interessado faça jus à concessão do benefício, desde que presentes os demais requisitos, naturalmente. Todavia, é válido ressaltar que à medida que aumente o grau de relevância da colaboração, poderá também melhorar o benefício a ser proposto pela autoridade.

Outro critério fundamental na análise do magistrado para a homologação do acordo é a voluntariedade. Távora e Alencar (2016, p. 949) frisam que a Lei nº 12.850/13 não exigiu do colaborador *espontaneidade*, e sim voluntariedade. Isso quer dizer que não necessariamente a intenção inicial de se firmar um acordo de colaboração premiada deve partir do investigado ou acusado, podendo este assim decidir após sugestão da própria autoridade policial ou do

membro do Ministério Público. Sobre a distinção entre voluntariedade e espontaneidade, Bitencourt e Busato (2014, paginação irregular) observam:

A delação premiada deve ser produto da livre manifestação pessoal do delator, sem sofrer qualquer tipo de pressão física, moral ou mental, representando, em outras palavras, intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso, sendo indiferentes as razões que o levam a essa decisão. Não é necessário que seja espontânea, sendo suficiente que seja voluntária: há espontaneidade quando a ideia inicial parte do próprio sujeito; há voluntariedade, por sua vez, quando a decisão não é objeto de coação moral ou física, mesmo que a ideia inicial tenha partido de outrem, como da autoridade, por exemplo, ou mesmo resultado de pedido da própria vítima.

Deve-se ressaltar, portanto, que, por mais que não seja necessariamente um ato espontâneo do investigado ou acusado, a colaboração deve ser voluntária, ou seja, não pode decorrer de coação, ameaça, ou qualquer atitude por parte das autoridades que tolha a liberdade e a vontade do indivíduo, forçando-o a firmar o acordo. Se o magistrado conseguir identificar traços de coação durante o processo de homologação, deve decidir pela não validade do trato.

Admitindo-se a hipótese de atendimento aos requisitos legais, o juiz homologará o acordo de colaboração premiada, que passará à fase de execução. De acordo com o art. 4º, §9º, da Lei nº 12.850/13, o agora denominado colaborador poderá ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações, desde que acompanhado pelo seu defensor.

Finalmente, há que se destacar a carência de técnica por parte do legislador ao dispor sobre o art. 4º, §14º, da Lei nº 12.850/13. Segundo o dispositivo, o colaborador deverá renunciar ao direito ao silêncio quando prestar depoimentos, sujeitando-se ao compromisso legal de dizer a verdade. Para Rebouças (2017, p. 759), o que ocorre é o não exercício de tal direito, e não a sua renúncia. O autor afirma ainda que o direito ao silêncio é forma de não autoincriminação do investigado ou acusado, integrando a própria ampla defesa, garantia constitucional – art. 5º, inciso LXIII, Constituição Federal de 1988 –, insuscetível, portanto, de ser simplesmente abdicado.

Sobre a autodefesa, também conhecida como princípio da inexigibilidade de autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), Távora e Alencar (2016, p. 76) entendem que:

O princípio da inexigibilidade de autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* (também denominado de princípio da “autodefesa” pelos Tribunais), que assegura que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, tem pontos de contato com o princípio da presunção de inocência e com o direito ao silêncio assegurado pela Constituição. A ideia é a de limitação do poder de punir do Estado, importando, sob esse enfoque, em caracterização de uma certa desigualdade processual penal.

Assim, conforme explicado por Rebouças, não há que se falar em renúncia ao direito ao silêncio, por se tratar de garantia constitucional irrenunciável, e sim em renúncia ao seu exercício, que decorre de uma premissa lógica: se a parte se dispõe a colaborar com as investigações, certamente não deverá fazê-lo através do silêncio.

2.2.3 Os benefícios passíveis de concessão ao colaborador e os requisitos necessários

A Lei nº 12.850/13 estabeleceu, em seu art. 4º, *caput*, os seguintes benefícios como possibilidade de concessão ao colaborador: i) redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços); ii) substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos; iii) perdão judicial. Além dos três benefícios descritos no *caput* do art 4º, o §4º do mesmo artigo ainda dispõe sobre o não oferecimento de denúncia ao coautor que não for líder da organização criminosa, desde que seja o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Com relação à redução da pena, Rebouças (2017, p. 746) defende que, apesar de o texto legal ter trazido a expressão “em até 2/3”, o mínimo passível de redução não passa pela discricionariedade do juiz, mas, na verdade, está vinculada à fração de 1/6, a menor constante no Código Penal brasileiro. Dessa forma, tomando como base a Lei nº 12.850/13 e o Código Penal, a pena do colaborador poderá ser reduzida pelo magistrado de 1/6 a 2/3.

Já no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, deve-se destacar que a concessão do benefício independe do preenchimento das condições dispostas no art. 44, do Código Penal, que trata dos casos em que as penas restritivas de direito substituirão as privativas de liberdade. De acordo com Rebouças (2017, p. 746-747), isso ocorre justamente como estímulo ao ato de colaborar, uma vez que, se presentes as hipóteses do referido dispositivo do Código Penal, poderá ser mais benéfico ao investigado/acusado aguardar pela sentença sem colaborar, fazendo jus à substituição ordinária da pena. O autor explica que o estímulo premial à colaboração “só existe se consistir em algo que o colaborador não poderia obter em condições normais”, nesse caso, através da aplicação do próprio Código Penal.

Conforme já mencionado, os incisos do art. 4º, da Lei nº 12.850/13, estabelecem os resultados almejados pela investigação, a fim de que se possa conceder os benefícios legais ao colaborador. São eles: i) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; ii) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; iii) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; iv) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito

das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e v) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Todavia, mesmo que o colaborador preste com êxito uma ou mais das informações acima, o §1º, também do art. 4º, impõe ainda que o magistrado, ao conceder o benefício, leve em consideração a personalidade do colaborador, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Percebe-se, assim, que há duas exigências legais para a concessão do benefício ao colaborador. A primeira, que seja prestada uma ou mais das informações contidas nos incisos do art. 4º, da Lei nº 12.850/13, e a segunda que os requisitos do §1º, relativos a critérios fáticos do caso concreto e do investigado/acusado, são adequados à concessão de um eventual benefício. Apenas se presentes as duas exigências, cumulativamente, poderá o colaborador receber o benefício legal.

2.2.3.1 Possibilidade de perdão judicial do crime e do não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público

Por se tratarem de benefícios consideravelmente mais relevantes do que os tratados acima, inclusive por suportarem críticas doutrinárias, o perdão judicial e o não oferecimento de denúncia merecem um pouco mais de atenção.

Igualmente previsto no *caput* do art. 4º, da Lei nº 12.850/13, o perdão judicial consiste na extinção da punibilidade, ou seja, no fim da possibilidade de o Estado impor uma punição pela prática do delito. Tal extinção decorre de força legal, e está prevista, inclusive, no Código Penal, em seu art. 107, inciso IX.

Guilherme Nucci (2015, p. 652) assim descreve o perdão judicial:

É a clemência do Estado para determinadas situações expressamente previstas em lei, quando não se aplica a pena prevista para determinados crimes, ao serem preenchidos certos requisitos objetivos e subjetivos que envolvem a infração penal. Trata-se de uma autêntica escusa absolutória, que não pode ser recusada pelo réu.

O perdão judicial, no âmbito da Lei nº 12.850/13, poderá ser requerido a qualquer tempo pelo Ministério Público, e nos autos do inquérito pelo delegado de polícia, com a manifestação do *parquet*, ainda que não tenha sido previsto no acordo inicial, e desde que não seja após a execução da sentença, conforme se depreende dos parágrafos 2º e 5º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/13.

Para Santos (2017, p. 172), foi imprópria a opção do legislador em mencionar o delegado de polícia como possível requerente do perdão judicial. Isso porque, segundo o autor, cabe ao Ministério Público, titular da pretensão punitiva e pactuante no acordo de colaboração, requerer ou não o benefício. Tal previsão, contudo, não macula o dispositivo, conforme defende uma parte da doutrina. Ainda de acordo com Santos, nada obsta que o delegado possa sugerir a concessão do perdão judicial, já que o próprio juiz poderia concedê-lo de ofício. O que não haveria, no caso, seria a obrigatoriedade de o magistrado analisar o pedido, ao contrário de quando requerido pelo próprio Ministério Público.

Ainda sobre o perdão judicial, mesmo extinta a punibilidade do colaborador, após a devida sentença penal transitada em julgado, este permanece obrigado, por força do art. 4º, § 12, da Lei nº 12.850/13, a ser ouvido pela autoridade judicial, seja por iniciativa desta, ou a requerimento das partes. Neste caso, poderá ser responsabilizado por eventual falsidade na prestação da informação, nos termos do art. 342, do Código Penal.

Finalmente, o não oferecimento de denúncia está previsto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13, podendo ser concedido ao colaborador que reúna, além dos requisitos do *caput*, os dispostos nos incisos do mencionado parágrafo, quais sejam: não ser o líder da organização criminosa (inciso I) e ser o primeiro a prestar a efetiva colaboração (inciso II). Vale frisar que, com relação ao segundo requisito, perfaz valioso instrumento para o curso da investigação, ao passo que a organização criminosa, cujos integrantes possam estar atormentados com a desconfiança interna de ver-se traído a qualquer momento por um comparsa visando obter um importante benefício legal, estaria fadada ao insucesso em suas empreitadas, facilitando, assim, o trabalho das autoridades.

Santos afirma que, em se deixando de oferecer denúncia em face do colaborador, caso suas informações não sejam confirmadas em juízo, não haveria que se falar em impunidade. Isso porque, de acordo com o autor (2017, p. 171, grifo do autor):

[...] se as informações disponibilizadas pelo delator desafiarem ratificação em juízo, a inoportunidade desta ou a retratação traduzem provas (fatos) materialmente novas, a viabilizar o oferecimento da denúncia em face do colaborador, se ausente a prescrição.

Em outras palavras, nos casos em que o Ministério Público firme acordo para deixar de oferecer denúncia, e, constatando-se que as informações fornecidas pelo colaborador carecem de materialidade, pode o *parquet* denunciar o investigado, por terem se caracterizado fatos novos, capazes de ensejar a denúncia.

A principal crítica ao presente benefício é a mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, estampada no art. 129, I, da Constituição Federal de 1988. Para Santos (2017, p. 168), confere-se demasiada margem de atuação ao membro do Ministério Público, na medida em que a lei não estabelece critérios objetivos, no tocante ao que se está buscando em termos de resultado da colaboração para que se deixe de oferecer a denúncia. Entende Santos que tal amplitude de atuação do promotor configura-se como oportunidade regrada, racional, ou motivada, e, para o autor, acaba afastando os representantes do *parquet* da estrita legalidade, sobretudo no sentido da possibilidade de ferimento à isonomia, ao dar azo a tratamento desigual a situações que possam ser bastante similares, ficando ao crivo do titular da ação penal tal juízo.

Ainda segundo Santos, deparando-se o magistrado com um caso concreto no qual esteja o Ministério Público propondo o não oferecimento de denúncia em face do colaborador, e considerando haver exagero por parte do promotor, poderá o juiz, à luz do que dispõe a parte final do §2º, do art. 4º, da Lei 12.850/13, aplicar o art. 28 do Código de Processo Penal, remetendo o processo à consideração do Procurador-Geral competente. É provável que o legislador tenha concedido tal faculdade ao juiz a fim de atenuar tão ampla margem concedida ao membro do *parquet*, visando evitar eventuais excessos por parte desses agentes públicos. Insistindo o Chefe do Ministério Público no não oferecimento da denúncia, fica o magistrado quedado a homologar o acordo nestes termos, arquivando a investigação.

Rebouças (2017, p. 749) entende que não há, no tocante ao não oferecimento da denúncia nos termos do §4º, do art. 4º, da Lei 12.850/13, qualquer desrespeito ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, uma vez que o art. 129, inciso I, da Constituição Federal, dispõe que a ação penal de iniciativa pública poderá ser exercida pelo Ministério Público, *na forma da lei*, podendo, portanto, lei ordinária mitigar o exercício da ação penal nas hipóteses em que se entenda cabível.

2.3 A validade da colaboração premiada de réu preso

No Brasil, o Ministério Público, em especial aquele que atua no âmbito Federal, vem sendo alvo de críticas doutrinárias, em virtude da celebração de acordos de colaboração premiada com sujeitos presos, em especial aqueles que o estão cautelarmente.

Para alguns desses críticos, o Ministério Público estaria se utilizando desses pedidos de prisões para forçar o acusado/réu a firmar um acordo de colaboração premiada, tolhendo,

assim, o requisito da voluntariedade da colaboração, ao passo em que o colaborador somente o estaria fazendo por estar sofrendo o martírio do cárcere.

Para Gustavo Badaró (2015, *online*), não há voluntariedade na colaboração premiada firmada por quem esteja preso, requisito fundamental para a validade do acordo. Segundo o autor, a prisão revela-se forma de coação, citando inclusive o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988, no qual a Lei Maior estabelece a possibilidade de concessão de *habeas corpus* para aquele que sofra “coação em sua liberdade de locomoção”.

O autor chega a propor que, estando o Ministério Público diante da situação em que um indivíduo preso deseje colaborar, e, entendendo o Órgão que o conteúdo da colaboração possa ser relevante para o deslinde processual, deve ser postulado em juízo a soltura deste, para que então goze o sujeito da voluntariedade necessária à condição de colaborador, a qual lhe faltava quando detido. Trata-se de atitude arriscada, que poderia ensejar em grande leva de colaborações frágeis e inconsistentes, deturpando e banalizando o instituto, na medida em que presos cautelarmente passariam a enxergar a colaboração premiada como o caminho mais simples para obter sua liberdade.

Em esteira semelhante à de Badaró, Bruno Espiñeira Lemos e Felipe Machado Caldeira (2016, p. 84-89 *apud* SANTOS, 2017, p. 147) entendem estar viciada a vontade do colaborador ao prestar informações com o fim de ver-se livre da prisão cautelar em que se encontra, o que invalidaria o pacto de colaboração.

Por sua vez, Santos (2017, p. 147) entende não se tratar de coação prisão cautelar legal e fundamentadamente determinada pelo juízo competente. O autor constrói o raciocínio segundo o qual o ato de colaborar – nos termos da Lei nº 12.850/13 – é uma opção defensiva, sendo manifestação da autodefesa e, ao se pretender retirar tal alternativa de sujeitos presos, estaria se ferindo a isonomia.

Santos ressalva os casos em que seja reconhecida a ilegalidade da prisão cautelar, por força de quaisquer outros motivos (ausência de motivação idônea, incompetência do juízo, excesso de prazo etc.), hipótese na qual, de fato, restaria viciada a vontade de colaborar do réu/acusado, salvo se desejasse ratificá-la posteriormente.

Ainda sobre o tema, convém destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.372/16, de autoria do Deputado Federal Wadih Damous, que pretende, dentre outras modificações que não interessam ao presente trabalho, acrescentar o §3º ao art. 3º da Lei nº 12.850/13. A inserção desse dispositivo objetiva restringir a homologação de acordos de colaboração premiada apenas a acusados ou indiciados que estejam respondendo em liberdade ao processo ou investigação instaurados em seu desfavor.

Na justificação do projeto, o autor defende que tal medida preserva o caráter voluntário do instituto, e ainda evita “que a prisão cautelar seja utilizada como instrumento psicológico de pressão sobre o acusado ou indiciado o que fere a dignidade da pessoa humana, alicerce do estado democrático de direito”. O projeto encontra-se pendente de análise da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados³.

³ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077165>>. Acesso em: 04.mai.2018.

3 A INFLUÊNCIA DO DIREITO NEGOCIAL NORTE-AMERICANO

3.1 A origem no *common law*

Antes de iniciar a análise das características da *plea bargaining*, é importante destacar alguns pontos referentes ao *common law*, sistema em que foi concebido o instituto, que difere do *civil law*, predominante em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Oriundo da Inglaterra, o *common law* remonta ao século XI, e neste sistema, nas palavras de Santos (2017, p. 32), não há preocupação em teorizar o Direito, mas sim sistematizar sua aplicação aos casos concretos. Para Santos, as normas jurídicas surgem a partir do enfrentamento do *leading case*, e servirão como base para a análise de demandas similares.

Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 33) explica que, no *common law*, os precedentes, ao lado da lei e dos costumes, constituem fonte de direito, cabendo ao juiz afirmar o *common law*, devendo atuar de forma a complementar a atividade legislativa. Ainda segundo o autor, no *common law* inglês, o Parlamento tradicionalmente levava em consideração as decisões proferidas pelas Cortes para, a partir destas, elaborar a lei decorrente da vontade comum. Afirma ainda o autor, traçando comparações com o *civil law*:

No direito inglês não houve necessidade de elaborar o dogma da aplicação estrita da lei ou de imaginar que o juiz apenas poderia atuar mediante a mera descrição dos termos da lei. O *common law* não precisou negar a natureza das coisas ou criar uma vedação que somente pode ser compreendida como uma dessas regras que advém das utopias de uma revolução. O juiz inglês não só interpretava a lei, como extraía direitos e deveres, a partir do *common law*. Mas – é importante frisar – estava submetido ao *common law*; sempre atuava à luz e a partir de um direito. (MARINONI, 2013, p. 34, grifo do autor)

Não é difícil perceber, portanto, que no *common law* prevalece um intenso apreço aos precedentes judiciais, também chamado de *stare decisis*, ou eficácia vinculante dos precedentes. É nesse contexto que Santos (2017, p. 33) explica ser inapropriado conceber os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade da ação penal pública no ordenamento processual norte-americano, que adota o sistema do *common law*, uma vez que se orienta, na verdade, na discricionariedade dos promotores. Visa-se, através de tal discricionariedade, relevar certos crimes de menor gravidade, para concentrar forças no combate aos delitos de maior vultuosidade.

Como se observa, é conferida elevada importância à promotoria no que tange aos rumos do processo criminal nos Estados Unidos. Ocorre que, conforme já comentado neste trabalho, quando conferida tamanha margem de atuação aos responsáveis pela acusação, não é

raro que se depare com casos nos quais pessoas em situações bastante semelhantes, ou até idênticas, acabem suportando tratamento diferenciado, ferindo a isonomia.

É nessa conjuntura que deve ser analisada a influência do direito norte-americano, em especial da *plea bargainig*, para o desenvolvimento e atual aspecto da colaboração premiada em nosso ordenamento jurídico.

3.1.1 *Plea bargaining* – Principais características

Plea bargaining, de acordo com Santos (2017, p. 40) é o nome atribuído ao procedimento negocial deflagrado entre a promotoria e a defesa, podendo resultar em acordo para que seja cumprida uma pena mais branda pelo acusado, que confessa sua culpa. Ainda segundo o autor, não existem requisitos objetivos para a negociação, que alcançam qualquer infração penal – ao contrário do que acontece com a colaboração premiada da Lei nº 12.850/13 – bastando para tanto a vontade das partes.

Douglas Maynard (1984, p. 77-78) ressalta que já na década de 1980 havia forte entendimento entre pesquisadores da área, no sentido de que a *plea bargaining* seria um procedimento deflagrado entre promotoria e defesa, em casos criminais, no qual, após as devidas negociações, as partes realizariam uma troca⁴. Era comum, portanto, afirmar que os acusados que se declaravam culpados após acordo com a promotoria, recebiam tratamento diferenciado do Estado, que, em contrapartida, gastaria menos tempo e dinheiro do que um julgamento comum reclamaria.

No entanto, segundo Maynard, utilizava-se o termo *plea bargaining* de forma demasiadamente genérica, de forma a abranger qualquer negociação em processo criminal, o que não seria o mais correto. Para o autor:

[...] such a definition does not cover the gamut of activities that actually occur as part of plea bargaining (Feeley, 1979a: 199-200). For example, the definition covers situations in which charges and/or sentences are reduced in exchange for guilty pleas. But district attorneys and defense lawyers also use the term to refer to negotiating charge dismissals continuances, and trials, where a consideration or concession is not traded for a guilty plea (McDonald, 1979: 289; Feeley, 1979b: 462). The definition also fails to capture distinctions between (a) perfunctory discussions in which there is an exchange that is standard or routine procedure but where no overt discussion of the

⁴ O autor menciona autores como Alschuler, Baldwin e McConville, Bottoms e McClean, Feeley, Grosman, Klein e Miller. Dentre esses, Maynard faz questão de destacar que há americanos, canadenses e ingleses, o que leva a crer que o consenso unia pesquisadores de diversos países.

offense and the offender occurs (Feeley, 1979c: 190), and (b) protracted negotiations in which seemingly adversarial sides are taken on these issues before an agreement is reached (e.g., Buckle and Buckle, 1977: 86; Eisenstein and Jacob, 1977: 32).

Rebouças (2017, p. 732) explica que o surgimento da *plea bargaining* está relacionado com a consolidação do julgamento do júri como sistema adversarial, ante à presença não só do magistrado, mas também da acusação e da defesa, o que tornou mais complexo, e, conseqüentemente, mais demorado o curso processual. Dessa forma, pode-se afirmar que a *plea bargaining* desenvolveu-se no direito norte-americano como um mecanismo de celeridade processual e, em decorrência disso, de economia de gastos para o Estado e para a própria defesa do acusado.

Importante destacar que a *plea bargaining*, ao contrário da colaboração premiada, não visa a condenação de outros corréus, mas sim a autoincriminação do acusado que celebra o acordo, com o intuito primeiro de diminuir o curso processual. Não há, portanto, obtenção de informações ou outros resultados que visem a instrução probatória do processo, nem tão pouco a indicação de atuação por parte de outros agentes criminosos.

Santos (2017, p. 34) destaca alguns inconvenientes relacionados ao instituto, dentre eles, o “problema do inocente”, situação em que o suspeito, pressionado pela promotoria, acaba aceitando o acordo, com receio de que em julgamento acabe recebendo pena mais gravosa, mas, na verdade, não praticou qualquer delito, tendo sido erroneamente acusado.⁵ Para o autor, a celebração de um acordo pode servir, inclusive, para que defensores despreparados tecnicamente ocultem tal deficiência, evitando o embate processual, fragilizando, assim, o exercício da ampla defesa. Outra desvantagem realçada pelo autor diz respeito à forte influência da mídia no curso da negociação, com vazamento de informações obtidas das autoridades, ainda que sem o devido suporte probatório, gerando, assim, uma superexposição negativa do acusado, forçando-o a selar o acordo.

Ainda de acordo com Santos (2017, p. 35-36), apesar das críticas direcionadas à *plea bargaining*, a Suprema Corte norte-americana já deu respaldo ao instituto, entendendo que a liberdade da qual desfruta a promotoria é guiada por referências estritamente técnicas, gozando, assim, de presunção de correção. Para macular o negócio firmado, os membros

⁵ Santos cita em sua obra a lembrança que Lucian E. Derwan e Vanessa A. Edkins fizeram em *The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem*, sobre o caso de John Dixon, denunciado por roubo e abuso sexual em Nova Jersey, no ano de 1990. Após sofrer pressão dos promotores, declarou-se culpado, mediante acordo com a acusação, tendo recebido uma sanção de 45 anos de prisão. Decorridos 10 anos, foi demonstrada a inocência de John, após realização de exame de DNA.

daquela Corte entendem que é preciso demonstrar, ao menos através de uma dúvida razoável, o “impacto” e o “escopo discriminatórios”.

3.1.1.1 Voluntariedade e Inteligência

Como um dos requisitos para a efetivação da *plea bargaining*, a Regra Federal – *Rule* – nº 11, (b), (2)⁶, estabelece que a declaração de culpa ou de não contestação deve ser necessariamente voluntária, ou seja, fruto da livre manifestação de vontade do acusado, devendo este ser indagado pessoalmente pelo juiz em audiência se foi alvo de coação, ameaças ou promessas outras que não as já ajustadas em acordo.

Segundo Santos (2017, p. 40-41), a interpretação que a Suprema Corte norte-americana dá ao requisito da voluntariedade é restritiva, ou seja, somente será invalidada uma declaração de culpa ou *nolo contendere* (não contestação das acusações) se restar demonstrado que o acusado tenha sido física ou emocionalmente coagido, ou ainda que houve má fé da promotoria, através de promessas impossíveis de serem realizadas. O autor tece duras críticas ao entendimento daquela Suprema Corte, porquanto estaria consentindo com práticas duvidosas da promotoria, mas que possuem respaldo legal, citando o exemplo da *overcharging*, quando os responsáveis pela acusação deliberadamente “sugerem” ao interessado o ajuizamento de ação consideravelmente mais gravosa, caso não seja aceito o acordo proposto⁷. De acordo com o autor:

A tolerância com as estratégias desenvolvidas pela promotoria para a obtenção de acordos, a maioria consistente em manipular as alternativas de imputação delituosa comportadas pela legislação, de modo a convencer o acusado a aceitar a avença proposta, sob pena de veicular-se uma acusação mais severa, salta aos olhos. Mal comparando, é como se a Suprema Corte enviasse à promotoria o seguinte recado: “mostra-se legítima a chantagem contra o réu para se alcançar um acordo, desde que o mal nela embutido tenha guarida legal”.

⁶ (2) *Ensuring That a Plea Is Voluntary. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement).*

⁷ O autor cita o caso *Bordenkircher v. Hayes* (1978), valioso precedente da Suprema Corte norte-americana. Hayes foi acusado de falsificar e colocar em circulação o valor de \$ 88,30, delito cuja pena varia de dois a dez anos de reclusão. A promotoria afirmou que, caso não se declarasse culpado, seria qualificado como delinquente habitual, tornando a pena perpétua, tudo dentro da lei do estado de Kentucky. O acusado não aceitou o acordo, e a promotoria cumpriu sua afirmação, ao passo que Hayes foi a julgamento e acabou condenado a prisão perpétua por ter falsificado e colocado em circulação \$ 88,30. Tendo o recurso chegado à Suprema Corte, esta entendeu que não houve irregularidade na conduta do promotor, que se utilizou de estratégia lícita para a obtenção do acordo.

Além da *overcharging*, os promotores norte-americanos também praticam, com a chancela da Suprema Corte, os chamados *package deals* – numa tradução livre, “acordos em pacote”. Caso haja mais de um réu em concurso, a promotoria oferece um acordo único, válido para todos os corréus, mas apenas se todos o aceitarem. Ou há um consenso entre os acusados para que se aceite a proposta global, ou não há acordo. Para Santos, tal prática revela verdadeira manipulação dos acusados por parte da promotoria, ao passo em que os réus mais relutantes em anuir com os termos propostos muito provavelmente serão pressionados pelos acusados que desejam aceitar o acordo⁸.

De acordo com Santos, portanto, a jurisprudência das Cortes norte-americanas, inclusive a Suprema, é firme no sentido de tolerar a declaração de culpa ou de *nolo contendere* obtida através de coerção psicológica exercida pela promotoria sobre o réu, na ânsia de se conseguir um acordo, desde que esteja amparada em bases legais, podendo a acusação, dentro desse espectro legal, valer-se de todos os meios que encontrar.

Já o requisito da inteligência – *knowing and intelligent factor* – está disposto também na *Rule* nº 11, (b), (1)⁹, que traça uma série de questionamentos a serem necessariamente feitos pelo juízo ao acusado, em pessoa, a fim de que tenha este plena

⁸ Santos menciona mais um precedente – *U.S. v. Pollard* (1992) –, desta vez da Corte do Circuito da Capital (D.C.Cir.), no tocante aos *package deals*, na qual se acusou o réu de conspiração internacional, por ter passado informações confidenciais do Departamento de Defesa norte-americano ao Governo de Israel. A mulher do réu também foi acusada, como partícipe, por ter sido conivente com o marido. O réu aceitou a proposta da promotoria para se declarar culpado, juntamente com sua esposa, desde que esta, enferma, suportasse ônus criminal menor por parte da acusação, o que para o autor representou uma exploração, por parte da promotoria, da situação de doença da mulher do réu, a fim de conseguir um *package deal*. O réu buscou impugnar tal declaração de culpa, alegando ter sido fruto de coação mental e emocional realizada pelos promotores, no que obteve resposta negativa do Tribunal, que entendeu ter sido a manifestação de vontade perfeitamente livre, uma vez ausentes ameaças ilícitas, abusivas, violentas, ou mesmo falsas promessas.

⁹ (1) *Advising and Questioning the Defendant*. Before the court accepts a plea of guilty or *nolo contendere*, the defendant may be placed under oath, and the court must address the defendant personally in open court. During this address, the court must inform the defendant of, and determine that the defendant understands, the following: (A) the government's right, in a prosecution for perjury or false statement, to use against the defendant any statement that the defendant gives under oath; (B) the right to plead not guilty, or having already so pleaded, to persist in that plea; (C) the right to a jury trial; (D) the right to be represented by counsel—and if necessary have the court appoint counsel—at trial and at every other stage of the proceeding; (E) the right at trial to confront and cross-examine adverse witnesses, to be protected from compelled self-incrimination, to testify and present evidence, and to compel the attendance of witnesses; (F) the defendant's waiver of these trial rights if the court accepts a plea of guilty or *nolo contendere*; (G) the nature of each charge to which the defendant is pleading; (H) any maximum possible penalty, including imprisonment, fine, and term of supervised release; (I) any mandatory minimum penalty; (J) any applicable forfeiture; (K) the court's authority to order restitution; (L) the court's obligation to impose a special assessment; (M) in determining a sentence, the court's obligation to calculate the applicable sentencing-guideline range and to consider that range, possible departures under the Sentencing Guidelines, and other sentencing factors under 18 U.S.C. §3553(a); (N) the terms of any plea-agreement provision waiving the right to appeal or to collaterally attack the sentence; and (O) that, if convicted, a defendant who is not a United States citizen may be removed from the United States, denied citizenship, and denied admission to the United States in the future.

consciência do conteúdo e das consequências que advirão da celebração do pacto (Santos, 2017, p. 44).

Sobre tal requisito, Santos destaca que é fundamental a higidez mental do acusado, a fim de que tenha plena compreensão dos seus atos e dos desdobramentos que uma eventual anuência com o acordo proposto pela promotoria e sua declaração de culpa podem significar. Doutrina e jurisprudência norte-americanas chamam esse fator de *competency to plead guilty*, ou seja, para que o acusado queira declarar-se culpado, ele deve estar em plena saúde racional, de modo que entenda verdadeiramente do que se trata.

Interessante destacar o posicionamento adotado pelas Cortes norte-americanas no tocante ao conhecimento, por parte do acusado e de sua defesa, do acervo probatório que detém a promotoria do caso. A jurisprudência se sedimentou no sentido de que o acesso às provas que sustentam a tese acusatória deve ficar adstrito apenas àquelas favoráveis ao réu, não sendo obrigação dos promotores revelarem, caso existam, as provas mais robustas em desfavor do acusado. A Suprema Corte foi ainda além sobre o tema, entendendo que o acordo estará viciado apenas se o acusado conseguir provar que não o teria celebrado caso tivesse conhecimento das provas que lhes eram favoráveis. Santos (2017, p. 47) critica tal posicionamento, porquanto submete o acusado a uma condição de manifesta inferioridade na celebração do negócio.

3.1.1.2 Procedimento

A *Rule* nº 11, (c), (1)¹⁰ dispõe também sobre o procedimento para realização da *plea bargaining* que, de acordo com Santos (2017, p. 48), tem início no chamado *pretrial*, ou seja, num momento “pré-julgamento”, com o nítido intuito de se evitar que o processo desagüe em seu curso natural, qual seja, o julgamento convencional. A *Rule* prevê que o procedimento deve ser gravado¹¹, devendo constar na gravação, inclusive, as indagações feitas pelo juízo diretamente ao acusado quanto à voluntariedade e à inteligência de sua declaração.

¹⁰ (c) PLEA AGREEMENT PROCEDURE. (1) *In General*. An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions. If the defendant pleads guilty or nolo contendere to either a charged offense or a lesser or related offense, the plea agreement may specify that an attorney for the government will [...]

¹¹ (g) RECORDING THE PROCEEDINGS. The proceedings during which the defendant enters a plea must be recorded by a court reporter or by a suitable recording device. If there is a guilty plea or a nolo contendere plea, the record must include the inquiries and advice to the defendant required under Rule 11(b) and (c).

Além disso, a *plea bargaining* não terá seu acordo anulado nos casos em que meras formalidades deixem de ser observadas, se disso não resultar em prejuízo ao acusado¹², referindo-se a norma à afetação de direitos substanciais – *substantial rights*.

É vedada a participação do juiz nas discussões referentes aos termos do acordo, papel restrito às partes envolvidas na negociação (promotoria e acusado), conforme disposto na *Rule* nº 11, (c), (1) – *The court must not participate in these discussions*. O acordo será então levado à Corte e, salvo em casos excepcionais, revelado em audiência pública. A homologação dependerá do juízo, que analisará a existência de eventual arquivamento de imputações ou indicação de condenação específica, e, caso haja no acordo pedido de condenação, mesmo que o negócio seja recusado pelo Tribunal, deve o réu ser alertado que não haverá retratação¹³. Da mesma forma, não haverá retratação – exceto por justas razões – após a devida celebração do acordo, ocasião em que o juiz alertará ao réu que o negócio comporá a sentença condenatória¹⁴.

Sendo, contudo, rejeitado pela Corte o acordo, serão as partes informadas em audiência pública, oportunidade na qual o réu, em não se tratando de mera recomendação ou pedido de sentença condenatória específica, poderá retirar sua declaração de culpa¹⁵. Caso opte por ratificar os termos já dispostos na *plea bargaining* rejeitada, deve também ser alertado de que o julgamento final poderá ser mais severo do que o pretendido quando pactuado com a promotoria¹⁶. Santos (2017, p. 50) critica fortemente a norma neste aspecto, entendendo que, ao não trabalhar com a lógica inversa, ou seja, com a possibilidade de a pena pactuada pelas partes ser desproporcional em relação ao delito, demonstra-se que o dispositivo foi criado para reprimir o acusado.

¹² (h) HARMLESS ERROR. A variance from the requirements of this rule is harmless error if it does not affect substantial rights.

¹³ (B) To the extent the plea agreement is of the type specified in Rule 11(c)(1)(B), the court must advise the defendant that the defendant has no right to withdraw the plea if the court does not follow the recommendation or request.

¹⁴ (4) *Accepting a Plea Agreement*. If the court accepts the plea agreement, it must inform the defendant that to the extent the plea agreement is of the type specified in Rule 11(c)(1)(A) or (C), the agreed disposition will be included in the judgment.

¹⁵ (5) *Rejecting a Plea Agreement*. If the court rejects a plea agreement containing provisions of the type specified in Rule 11(c)(1)(A) or (C), the court must do the following on the record and in open court (or, for good cause, in camera): (A) inform the parties that the court rejects the plea agreement; (B) advise the defendant personally that the court is not required to follow the plea agreement and give the defendant an opportunity to withdraw the plea;

¹⁶ (C) advise the defendant personally that if the plea is not withdrawn, the court may dispose of the case less favorably toward the defendant than the plea agreement contemplated.

Ainda de acordo com a *Rule* nº 11, (f)¹⁷, desta vez combinada com a *Rule* nº 450, (a)¹⁸, não serão usadas contra o réu as suas declarações durante o processo de negociação com a promotoria, seja em demanda cível ou criminal. Segundo Santos (2017, p. 50), o intuito é claramente o de estimular a realização dos acordos de *plea bargaining*, em detrimento da opção pelo curso normal de julgamento.

Com relação à defesa técnica, Santos (2017, p. 50-51) afirma que a maioria dos Tribunais não permitem ao acusado que participe das negociações entre a promotoria e sua defesa, em virtude da visão de que a *plea bargaining* é um procedimento negocial travado entre advogados, não havendo, portanto, direito ao contraditório, nem tampouco, por conseguinte, de que o acusado esteja presente nos debates. Tal entendimento ressalta imensamente a importância do advogado na celebração dos acordos, recaindo tão somente sobre o causídico a responsabilidade pelo êxito de panorama favorável ao seu cliente.

Após a homologação do acordo pela Corte, não haverá retratação por parte da promotoria, ficando vinculada àquilo que foi disposto, sob pena de romper os termos contratuais com o réu¹⁹. Antes da chancela do pacto, todavia, não há vinculação a este por parte dos promotores, que poderão alterar suas disposições, dando o curso que entenderem às negociações, ainda que já tenha sido aceito pelo acusado²⁰.

Santos (2017, p. 52) traça ainda um paralelo entre as consequências de descumprimento do acordo por parte da promotoria, e por parte do acusado. Para o autor, doutrina e jurisprudência norte-americanas ainda não chegaram a um consenso sobre o assunto, no tocante ao não cumprimento do pacto por parte da promotoria.

Há quem sustente que o inadimplemento do acordo pelos promotores apenas anula a declaração de culpa, restando ao réu aceitar a nova proposta ou encarar o julgamento²¹. Santos critica duramente tal entendimento, porquanto estaria incentivando a promotoria a descumprir

¹⁷ (f) ADMISSIBILITY OR INADMISSIBILITY OF A PLEA, PLEA DISCUSSIONS, AND RELATED STATEMENTS. The admissibility or inadmissibility of a plea, a plea discussion, and any related statement is governed by Federal Rule of Evidence 410.

¹⁸ (a) Prohibited Uses. In a civil or criminal case, evidence of the following is not admissible against the defendant who made the plea or participated in the plea discussions [...]

¹⁹ Santos (2017, p. 51) menciona o caso *Santobello v. New York* (1971), no qual a Suprema Corte anulou a declaração de culpa do acusado, por ter vislumbrado ofensa ao devido processo legal, na medida em que o promotor que sucedeu aquele responsável pelas negociações, após a homologação do acordo, propôs pena máxima de um ano a ser cumprida pelo réu, desrespeitando o pacto, que não previa recomendação expressa de sanção pela promotoria.

²⁰ Santos (2017, p. 51-52) também comenta o caso *Mabry v. Johnson* (1984), tendo decidido a Suprema Corte ser plenamente legal e possível a promotoria retirar uma proposta já aceita pelo acusado, propondo-lhe outra, inclusive mais gravosa, desde que seja antes da homologação do acordo pelo júízo.

²¹ O Tribunal do 3º Circuito Federal decidiu desta forma no caso *United States v. Moscahlaidis* (1989).

acordos cujos termos possam posteriormente se arrepender, evidenciando, para o autor, mais um exemplo de como a cultura jurídica norte-americana vislumbra a *plea bargaining* como procedimento a serviço exclusivo da acusação. Por outro lado, há também aqueles que entendem ser direito do réu executar o acordo previamente estabelecido, desde que esteja dentro da legalidade²².

Se foi o acusado a descumprir o acordo celebrado, as consequências são outras. Conforme precedente da Suprema Corte²³, será anulada a declaração de culpa, submetendo-se o acusado ao julgamento convencional.

Ainda tratando das repercussões da homologação judicial do acordo travado entre defesa e promotoria, Santos (2017, p. 53) destaca que somente poderá haver impugnação do pacto pelo réu após esta fase em três hipóteses, quais sejam: i) se o acordo não tiver sido firmado voluntária e conscientemente; ii) se tiver havido quebra de acordo por parte da promotoria ou inobservância deste pela Corte; e iii) se ocorridos vícios na fase de pré-julgamento que tenham comprometido a validade da declaração de culpa.

O autor explica, todavia, que a jurisprudência norte-americana desencoraja o réu a valer-se de tais impugnações. A Suprema Corte firmou²⁴ que a *double jeopardy clause*²⁵ - espécie de proibição de *reformatio in pejus* indireta - não se aplica à *plea bargaining*, e, sendo assim, caso a condenação criminal com base em declaração de culpa do acusado seja impugnada, nada impede que a promotoria ofereça denúncia mais gravosa em desfavor do réu.

²² Assim entendem os autores Charles H. Whitebread e Cristopher Slobogin (Santos, 2017, p. 52).

²³ Trata-se do caso *Ricketts v. Adamson* (1987). Na oportunidade, o réu que negociou com a promotoria comprometeu-se a depor contra os demais, e, em troca, seria denunciado por homicídio de segundo grau, em vez de primeiro. Os demais réus conseguiram anular suas condenações, após apelarem, e Adamson recusou-se a depor contra os restantes, sob o argumento de que o acordo firmado com a promotoria só seria válido para o primeiro julgamento, propondo a sua soltura após o julgamento e a condenação dos outros réus como condição para depor. Os promotores enxergaram quebra do acordo inicial, tendo-o denunciando por homicídio de primeiro grau. Adamson foi condenado à pena de morte, e a Suprema Corte manteve a condenação, ratificando a tese da promotoria de que a negativa do acusado em depor no segundo julgamento representou inadimplemento do negócio processual.

²⁴ Também em *Ricketts v. Adamson* (1987).

²⁵ A *double jeopardy clause* é oriunda da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos - *Fifth Amendment*. Nas palavras de Santos (2017, p. 53), a *double jeopardy clause* “impõe que, uma vez anulada a condenação emanada de um julgamento (*trial conviction*) em função do provimento do apelo da defesa, ao réu não poderá ser dirigida, no novo julgamento, uma imputação mais grave, pois o primeiro veredito descartou, de forma implícita, qualquer outra capitulação mais gravosa que se pudesse dar à conduta supostamente implementada pelo acusado.” Percebe-se, portanto, a enorme semelhança com o que doutrina e jurisprudência brasileiras chamam de proibição de *reformatio in pejus* indireta, já sedimentada inclusive em julgados do Supremo Tribunal Federal (HC 107.731/PE e HC 109.298/DF) e do Superior Tribunal de Justiça (HC 177.808/TO).

Para Santos (2017, p. 54), a condenação que provém de uma declaração de culpa é idêntica à de um julgamento convencional, não havendo razão em mitigar a *double jeopardy clause*.

3.2 Comparação com o Direito Brasileiro

Analisadas as principais características da *plea bargaining* norte-americana, necessária se faz uma breve comparação com o instituto da colaboração premiada.

Para a deflagração do procedimento da *plea bargaining*, como dito, não é necessário qualquer requisito objetivo, bastando a vontade das partes – promotoria e defesa. O mesmo já não acontece na colaboração premiada, na qual, para que seja concedido o benefício ao colaborador, por vontade do legislador, devem ser alcançados determinados resultados através das informações prestadas, e, além disso, deve ainda o magistrado levar em consideração aspectos subjetivos do colaborador, tais como personalidade, gravidade e circunstâncias do fato criminoso, além da eficácia da colaboração.

Ademais, apesar do imbróglio em torno da constitucionalidade da Lei nº 12.850/13 quanto à legitimidade do delegado de polícia para deflagrar acordos de colaboração premiada, o certo é que a lei assim autorizou, sendo, portanto, mais um ponto destoante do que acontece na *plea bargaining*, na qual somente a promotoria – que, no Brasil, corresponderia ao Ministério Público – e a própria defesa podem negociar os termos do acordo.

Quanto à participação do juiz nas negociações, os institutos se assemelham, na medida em que tanto a *Rule* nº 11, (c), (1), quanto o art. 4º, §6º, da Lei nº 12.850/13, veda a atividade do magistrado nas fases de negociação, que é restrita às partes interessadas. Outro ponto de convergência entre os institutos é a voluntariedade do acusado, ou seja, para que seja firmado o acordo, a *Rule* nº 11, (b), (2), e o art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, exigem que o pacto seja voluntariamente aceito pela parte, livre de ameaças, coação ou imposição da promotoria/Ministério Público.

Ainda tratando das similaridades, a *plea bargaining* e a colaboração premiada exigem, para efeitos de homologação judicial do acordo, que haja o devido suporte probatório. Não havendo provas que embasem a declaração de culpa, ou as declarações do acusado, o juiz não poderá homologar os acordos, conforme se depreende da *Rule* nº 11, (b), (3), e do art. 4º, *caput* e §16, da Lei nº 12.850/13.

Tratando, noutra sorte, das diferenças entre os institutos, provavelmente a maior delas consista nos requisitos de cada um. Como já discorrido, enquanto que para a celebração

de um acordo de *plea bargaining* a única exigência imposta seja a própria vontade das partes e a declaração de culpa ou de não contestação do acusado, não havendo, portanto, qualquer contraprestação por parte deste para que faça jus à proposta de penalização mais branda da promotoria, na colaboração premiada o réu/acusado deve, como o próprio nome sugere, colaborar com a investigação, prestando uma ou mais das informações dispostas ao longo dos cinco incisos, do art. 4º, da Lei nº 12.850/13, de forma relevante e/ou eficaz para a investigação.

Portanto, ainda que o objetivo precípua de ambos os institutos seja a economia processual, com o maior encurtamento possível do litígio, há, na colaboração premiada, nítido caráter de meio de obtenção de prova, o qual, inclusive, perfaz condição para a concessão da benesse. Por outro lado, prevalece fortemente na *plea bargaining* o cunho contratual do negócio, com intensa liberdade de barganha, especialmente para a promotoria.

Tratando da atuação da promotoria, um dos prováveis motivos para que seja tão grande a discricionariedade dos promotores norte-americanos é a inexistência de um órgão próprio de acusação, tal qual o Ministério Público no Brasil. Nos Estados Unidos, quem faz as vezes de acusação não são funcionários públicos de carreira, mas sim escritórios particulares de advocacia.

Assim, atuando isoladamente cada responsável pela acusação, não há que se falar, por exemplo, em normas e diretrizes internas, comuns em órgãos de representatividade pública, as quais poderiam tornar menos desarmônica a atuação dos promotores, visando, dessa forma, diminuir os casos de tratamento anti-isonômico.

Tal discricionariedade não encontra tanto terreno no ordenamento jurídico brasileiro, que, apesar de conferir certa margem razoável de atuação aos membros do Ministério Público, não pode ser comparada com a que gozam os promotores norte-americanos.

4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE PELO JUÍZO QUANDO DA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO

4.1 Princípio jurídico – Conceito

Antes de abordar o cerne deste trabalho – análise da aplicação do princípio da razoabilidade no momento da homologação do acordo – é preciso trazer, de forma bastante sucinta, o conceito de princípio jurídico, essencial para a total compreensão deste capítulo.

Robert Alexy (2012, p. 90-91, grifo do autor), firme nas considerações de Ronald Dworkin, assim descreve os princípios, ao diferenciá-los de regras:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Princípios, portanto, nas palavras de Alexy, são normas cuja característica predominante é estabelecer que algo seja cumprido da forma mais completa possível no caso concreto – mandamentos de otimização –, respeitado o respectivo cenário fático e jurídico.

O autor continua explicando que, por se revestirem de tal caráter de otimização, os princípios não possuem mandamento definitivo, mas tão somente um caráter *prima facie*. Dessa forma, não há que se falar que aquilo que um princípio exija, em um determinado caso, seja necessariamente o resultado a ser aferido. Isso porque, os princípios “representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas”, não dispendo, assim, “da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas” (Alexy, 2012, p. 104).

Sobre o tema, Humberto Ávila (2015, p. 163-165) traça a diferença entre postulados e os demais tipos normativos. Segundo o autor, postulados são condições essenciais às quais está submetida a interpretação de qualquer objeto cultural, sendo normas que orientam a aplicação de outras e que são dirigidas ao intérprete e ao aplicador do Direito. Na mesma linha, Gisela Gondin Ramos (2012, p. 54) define postulado como:

[...] uma convenção básica, necessária e prévia para a ordenação sequencial de fatos ou argumentos, embora ela própria não possa ser demonstrada, mas simplesmente aceita como verdadeira, mas que servem à compreensão das normas jurídicas pela apreensão do sentido destas em conformidade com o ordenamento.

Ambos os autores classificam a razoabilidade, portanto, não como princípio, mas como postulado.

Apesar de parecer coerente tal raciocínio, não se adotará aqui o termo “postulado”, e sim “princípio” da razoabilidade, uma vez que este último se apresenta mais comumente utilizado na doutrina e na própria jurisprudência dos Tribunais, tornando mais clara a abordagem do presente trabalho.

4.1.1 Razoabilidade X Proporcionalidade

Importante também se faz mencionar a divergência doutrinária no tocante à diferenciação (ou não) entre razoabilidade e proporcionalidade.

Távora e Alencar (2016, p. 73), apesar de reconhecerem que tal campo de estudo está mais aprofundado no direito constitucional, ao tratarem do princípio da proporcionalidade, identificam a dissonância na doutrina entre aqueles que defendem a sinonímia entre os termos, e aqueles que os difere. Para os autores, o princípio da razoabilidade “representa uma norma jurídica consistente em um cânone interpretativo que conduza o jurista a decisões aceitáveis”, enquanto que o princípio da proporcionalidade, por sua vez, trata-se de “procedimento de aplicação/interpretação de norma jurídica tendente a concretizar um direito fundamental em dado caso concreto”.

Adentrando na seara constitucional, Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 691), referindo-se ao princípio da razoabilidade, entende que proporcionalidade ou proibição de excesso também seriam nomenclaturas apropriadas para designar o mesmo princípio. Segundo o autor, no tocante à terminologia, “os americanos usam o qualificativo *razoabilidade*; os alemães, *proporcionalidade*; os europeus, proibição de excesso”.

Nesse mesmo sentido postula Luís Roberto Barroso (2013, p. 277), para quem, apesar da origem e do desenvolvimento diversos, razoabilidade e proporcionalidade “abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos”, e, em razão disso, aproximam-se ao ponto de serem “intercambiáveis”.

Noutra perspectiva, Humberto Ávila e Ingo Sarlet defendem a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, tratando-os como princípios diversos. Ávila (2015, p. 201) explica que, enquanto “a aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim”, a razoabilidade, a seu turno, não promove tal relação de causalidade. Para o autor, há de haver uma medida concreta “destinada a realizar uma finalidade”, a fim de que seja verificada a proporcionalidade. Já Sarlet (2016, p. 219) afirma que:

A estruturação da metódica de aplicação da proporcionalidade em três níveis (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), tal como desenvolvida na Alemanha e amplamente recepcionada, não se confunde com o raciocínio (embora haja pontos de contato) utilizado quando da aplicação da razoabilidade.

Percebe-se, portanto, que a própria doutrina não é uníssona ao dispor sobre a validade de diferenciação entre razoabilidade e proporcionalidade. Para fins de desenvolvimento do presente trabalho, adotar-se-á a tese de que o juiz deverá aplicar o princípio da *razoabilidade* ao homologar o acordo de colaboração premiada, por entender tratar-se de hipótese que se encaixa no emprego da razoabilidade como equivalência, desenvolvido por Humberto Ávila, o que será explorado a seguir.

4.1.2 Princípio da Razoabilidade

Tratando, portanto, especificamente do princípio da razoabilidade, Gisela Ramos explica que este exige a efetuação de um acomodamento entre os fatos e circunstâncias em que determinado evento tenha acontecido, a situação pessoal do sujeito envolvido e as normas passíveis de aplicação no caso concreto, a fim de que se alcance o senso comum (2012, p. 144). Luís Roberto Barroso, por sua vez, entende que o princípio da razoabilidade é “um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça” (2013, p. 281).

Ainda nessa esteira, Bulos entende que a razoabilidade é um “mecanismo de controle da discricionariedade administrativa e legislativa, permitindo ao Judiciário invalidar as ações abusivas ou destemperadas dos administradores e dos legisladores” (2015, p. 691). Para o autor, o princípio está implícito na Constituição Federal de 1988, podendo ser depreendido dos dispositivos que tratam do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*).

Mas é Humberto Ávila quem se debruça com bastante ímpeto sobre o tema. Para o autor, existem três acepções para a razoabilidade. Na primeira delas, referente à razoabilidade como equidade, exige-se a “harmonização da norma geral com o caso individual” (2015, p. 195-197). Nesse contexto, a razoabilidade servirá como “instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral”.

Em segundo lugar, a razoabilidade como congruência “exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”, devendo haver uma “correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada” (2015, p. 198-200).

Já o terceiro aspecto proposto por Ávila – e aquele que mais interessa ao presente trabalho – é o da razoabilidade como equivalência. Segundo o autor, a razoabilidade exige ainda “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona” (2015, p. 200 e ss). Como exemplo, cita a aplicação de penas no processo criminal, cuja fixação deve ocorrer de acordo com a culpabilidade do réu. Ávila menciona ainda julgado do Supremo Tribunal Federal, no qual o Relator, Ministro Luiz Fux, reconhece a razoabilidade como equivalência entre medida adotada e critério que a dimensiona²⁶. Nesse mesmo sentido, Gisela Ramos explica que a razoabilidade-equivalência exige que seja estabelecida uma relação de correspondência entre duas grandezas (2012, p. 144).

4.1.3 Aplicação no Processo Penal

Delimitados os principais contornos do princípio da razoabilidade, importante analisar brevemente como se dá sua utilização no âmbito do processo penal, em especial na sentença condenatória.

Como se sabe, o juiz, ao proferir sentença penal condenatória, deverá valer-se do sistema trifásico, conforme disposto no art. 68, *caput*, do Código Penal brasileiro²⁷. Assim, o magistrado cumprirá três fases para a aplicação da pena: a) a fixação da pena base; b) análise das atenuantes e agravantes; e, finalmente, c) as causas de diminuição e aumento da pena.

Tratando especificamente da fixação da pena base, tem-se que o art. 59²⁸, do mesmo Código, estabelece as chamadas “circunstâncias judiciais”, que servirão como norte para a individualização da pena do condenado pelo magistrado. Rebouças explica que tais circunstâncias deverão ser objeto de motivação específica na sentença condenatória, porquanto passam pelo juízo discricionário do magistrado, que fará o cotejo analítico de eventuais circunstâncias concorrentes. Consequência disso, para o autor, é que terá de incidir, nesse contexto, o critério da razoabilidade (2017, p. 1021).

²⁶ STF, Plenário, ADC 29, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.02.2012, DJe 29.6.2012, p. 18. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4065372>>. Acesso em: 12.mai.2018.

²⁷ Art. 68. “A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

²⁸ Art. 59. “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Bastante clara se demonstra a aplicação do princípio da razoabilidade quando analisado o critério da culpabilidade para fins de fixação da pena base, nos moldes do art. 59, *caput*, do Código Penal. Conforme explica Rebouças, o grau de culpabilidade é que será determinante para a fixação da pena, e não a sua mera existência, sendo certo que, se não houvesse culpabilidade, não haveria sequer que se falar em condenação (2017, p. 1021-1022).

Nas palavras do autor:

Nesse momento, não se está cogitando mais sobre se o sujeito é culpável, questão já respondida no início do dispositivo da sentença, pela procedência do pedido. Cogita-se, diversamente, de que nível foi a culpabilidade, como parâmetro para a quantificação da pena em concreto aplicável.

Nessa fase será observada, portanto, o nível de reprovação social que o crime cometido alcançou, não sendo difícil perceber a proximidade de tal análise com o conceito proposto por Humberto Ávila para o princípio da razoabilidade como equivalência. Conforme já mencionado, a razoabilidade-equivalência pressupõe a relação de paridade entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. No caso específico do exame da culpabilidade para fins de fixação de pena, Ávila (2015, p. 201) afirma que “a culpa serve de critério para a fixação da pena a ser cumprida, devendo a pena corresponder à culpa”

Verifica-se, portanto, que o magistrado, ao condenar o réu, deverá valer-se do princípio da razoabilidade – mais especificamente da razoabilidade como equivalência, conforme dispõe Humberto Ávila – para fixar a pena a ser suportada pelo condenado. Não havendo equivalência entre a culpabilidade do réu, constatada durante o processo pelo juiz, e a pena por este aplicada na sentença, estar-se-ia de frente a um arbítrio da autoridade judicante, passível de reforma pelas vias cabíveis.

4.2 Princípio da Razoabilidade e a Lei nº 12.850/13

Analisada a lógica da aplicação do princípio da razoabilidade como equivalência no processo penal, em especial no momento da fixação da pena, passa-se ao seu exame no âmbito próprio da Lei nº 12.850/13.

Távora e Alencar (2016, p. 949) afirmam que o juiz concederá o benefício em favor do colaborador, levando em consideração o maior ou menor grau da colaboração prestada, em

decisão fundamentada, e com esteio no princípio da proporcionalidade²⁹, sem os quais “o deferimento estará sujeito à invalidação”. Apenas devidamente reconhecida a efetiva colaboração do interessado é que será aplicado o benefício, respeitando-se a proporção adequada (2016, p. 950).

Ainda na mesma esteira, para Rebouças (2017, p. 744) “Quanto mais relevante e eficaz for a colaboração, melhor poderá ser o prêmio a ela associado, o que, a propósito, deverá ser considerado como circunstância judicial, nos moldes do art. 4º, §1º, da Lei nº 12.850/13 [...]”. Rebouças entende que deve ser verificado o grau de eficácia da colaboração, o qual funcionará justamente como circunstância judicial para fins de definição do prêmio a ser concedido.

Fica nítida, portanto, a semelhança entre a concessão do benefício oriundo de colaboração premiada, nos moldes da Lei nº 12.850/13, e a fixação da pena em sentença condenatória, abordada anteriormente no presente trabalho. Como visto, quando o magistrado procede à fixação da pena base, o faz mediante análise do grau de culpabilidade do condenado no caso concreto, estabelecendo a relação de equivalência entre a pena fixada – medida adotada – e referida culpabilidade – critério que dimensiona a medida –, perfazendo assim as exigências de Humberto Ávila para que se configure a aplicação da razoabilidade como equivalência.

O legislador, ao elaborar a Lei nº 12.850/13, parece também ter tido a intenção de prestigiar a aplicação, pelo magistrado, do princípio da razoabilidade, em moldes parecidos àqueles dispostos no art. 59, do Código Penal, que trata da fixação da pena base.

É o que se depreende, por exemplo, dos parágrafos 1º e 2º, do art. 4º, da referida lei. Tais dispositivos determinam que o juiz leve em consideração, ao conceder o benefício, aspectos como a personalidade do colaborador, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, eficácia e relevância da colaboração prestada.

Dessa forma, também se evidencia, no texto da Lei nº 12.850/13, raciocínio semelhante ao que ocorre quando da fixação da pena base na sentença condenatória: o juiz, ao decidir sobre a homologação do acordo firmado, observa o possível grau de eficácia da colaboração – critério que dimensiona a medida –, analisando os possíveis resultados da colaboração (art. 6º, I), bem como todos os aspectos descritos nos parágrafos 1º e 2º, do art. 4º,

²⁹ Conforme já explicado, há divergências doutrinárias quanto à terminologia empregada. Távora e Alencar optaram por adotar o princípio da proporcionalidade como balizador, mas os efeitos práticos são basicamente os mesmos daqueles que se obteria caso adotado o termo “princípio da razoabilidade”.

e, a partir daí, consente ou não com o benefício proposto, analisando se está adequado ao caso concreto – medida adotada.

4.3 Atuação do magistrado na homologação do acordo

Realizadas as considerações anteriores, faz-se necessária uma reflexão acerca de como pode atuar o juiz, na oportunidade em que for homologar o acordo de colaboração.

Importante lembrar que a atuação judicial na colaboração premiada, nos termos da Lei nº 12.850/13, ocorre somente após a celebração do acordo entre o membro do Ministério Público ou delegado de polícia e o colaborador, sendo expressamente vedado ao magistrado intervir durante as negociações do acordo, conforme dispõe o §6º, do art. 4º, da referida lei.

Sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal se manifestou em 29 de junho de 2017, no julgamento da Questão de Ordem em Petição nº 7074. Na oportunidade, a Corte Suprema entendeu, por maioria, que, no momento da homologação da colaboração premiada, o juiz ficará adstrito à análise da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo firmado. O exame dos termos do acordo, seu cumprimento e sua eficácia somente se darão quando da prolação da sentença, sob pena de estar o judiciário interferindo na colaboração, em dissonância com o §6º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/13.

COLABORAÇÃO PREMIADA. I. DECISÃO INICIAL DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL: LIMITES E ATRIBUIÇÃO. REGULARIDADE, LEGALIDADE E VOLUNTARIEDADE DO ACORDO. MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA. PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR. RISTF. PRECEDENTES. II. DECISÃO FINAL DE MÉRITO. AFERIÇÃO DOS TERMOS E DA EFICÁCIA DA COLABORAÇÃO. CONTROLE JURISDICIONAL DIFERIDO. COMPETÊNCIA COLEGIADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Nos moldes do decidido no HC 127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 3.2.2016, reafirma-se a atribuição ao Relator, como corolário dos poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo Regimento Interno do STF, para ordenar a realização de meios de obtenção de prova (art. 21, I e II do RISTF), a fim de, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se restringe ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença, nos limites do art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013. 2. O juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4º, § 11, da Lei n. 12.850/2013, dá-se por ocasião da prolação da sentença (e no Supremo Tribunal Federal, em decisão colegiada), não se impondo na fase homologatória tal exame previsto pela lei como controle jurisdicional diferido, sob pena de malferir a norma prevista no § 6º do art. 4º da referida Lei n. 12.850/2013, que veda a participação do juiz nas negociações, conferindo, assim, concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito. (STF, 2017, *online*)

O Ministro Gilmar Mendes, que votou contra a tese vencedora, entende ser poder-dever do juiz aprofundar a avaliação da legalidade do acordo, inclusive quanto à extensão dos

benefícios prometidos. Segundo Mendes, a homologação do acordo não goza de eficácia preclusiva completa, capaz de afastar totalmente sua revisão na ocasião do julgamento definitivo³⁰.

Consequência lógica do entendimento vencedor no Plenário do Supremo Tribunal é a de que o magistrado, também somente na fase de decisão definitiva sobre o acordo de colaboração firmado, poderá decretar qual será o benefício a ser concedido ao colaborador, uma vez que para tanto, como já visto, é necessário que se examine uma série de fatores, dentre eles a eficácia, relevância e o cumprimento dos termos do acordo de colaboração premiada. Sendo assim, não caberia ao magistrado analisar, em fase de homologação do acordo, se o benefício proposto ao colaborador é, de fato, o mais adequado.

Rebouças vai além nesse aspecto. Para o autor, ainda que o juiz não deva, por força de lei, envolver-se nas negociações entre as partes, poderá intervir “na escolha do prêmio aplicável e concretamente adequado, de acordo com as circunstâncias especificadas no art. 4º, §1º, da Lei nº 12.850” (2017, p. 753).

O autor entende que o benefício proposto ao colaborador, nas negociações do acordo, não vincula a decisão do juiz, que poderá entender que, no caso em análise, o prêmio aplicável deve ser outro, diverso daquele acertado entre as partes, citando a parte final do §8º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/13, que dispõe sobre a possibilidade de o juiz adequar a proposta ao caso concreto³¹. De acordo com Rebouças (2017, p. 753-754, grifo do autor):

De nossa parte, parece-nos que a adequação diz respeito exclusivamente ao prêmio legal ajustado à natureza e às características do acordo proposto, uma vez que, nesse âmbito, há discricionariedade de escolha do juiz, nos moldes do art. 4º, §1º, da Lei nº 12.850/13. Assevere-se, porém, que o juiz não poderá, claro, impor aos pactuantes (Ministério Público e potencial colaborador) a aceitação do prêmio alternativo. A melhor solução, a nosso sentir, é que o juiz recuse a homologação, fixando na decisão o prêmio que lhe parece adequado (art. 4º, §1º), de modo que as partes, se for o caso, cheguem a novo acordo. Nesse particular, é inaceitável que o juiz homologue a proposta e, após cumprido o acordo, resolva aplicar prêmio diverso, a pretexto de avaliação das circunstâncias do art. 4º, §1º, da Lei nº 12.850. Isso subtrairia a segurança jurídica do acordo, para o colaborador. Quando o dispositivo (art. 4º, §1º) alude à “eficácia da colaboração” como circunstância judicial, isso deve ser compreendido como um condicionamento da aplicação *do prêmio adequado* ao grau de eficácia proposto no acordo homologado.

Assim, para Rebouças, o magistrado deverá, antes de homologar o acordo, avaliar se o prêmio legal proposto está adequado. Caso entenda que está, chancelará a avença. Do

³⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo870.htm>>. Acesso em: 19.mai.2018.

³¹ §8º “O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”.

contrário, negará a homologação do acordo, oportunidade na qual consignará qual benefício considera o mais adequado, a fim de que as partes, querendo, celebrem novo acordo, desta vez com o prêmio legal adequado ao caso concreto.

Ainda segundo o autor, passada a fase de homologação, e cumpridos os termos do acordo pelo colaborador, não será possível ao juiz conceder benefício menos favorável com relação àquele pactuado, sob o pretexto de, somente na fase de decisão definitiva, avaliar as circunstâncias judiciais do art. 4º, §1º, da Lei nº 12.850/13.

A tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de prestigiar o caráter negocial da colaboração premiada, não parece ser a mais eficaz, inclusive do ponto de vista da economia processual. Isso porque, negando ao magistrado a análise dos termos do acordo, na fase de homologação, nega-se também o próprio exame do preenchimento dos requisitos impostos pela lei para que se concedam os benefícios.

Tome-se por base a imposição legal do §1º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/13: segundo a tese vencedora na Suprema Corte, o juiz responsável por homologar o acordo observará apenas os aspectos de sua regularidade, legalidade e voluntariedade, os quais, estando legítimos, implicarão a homologação do acordo.

Ocorre que, não analisando os termos do acordo – inclusive o prêmio legal proposto – o juiz poderá estar homologando um pacto cujos aspectos peculiares do caso concreto (personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do crime) não se adequam à concessão do benefício acordado.

Muito embora a colaboração premiada se revista de caráter eminentemente negocial – decorrente da influência da *plea bargaining* – e, em razão disso, a interferência do juiz na fase de discussão sobre os termos do acordo não seja cabível, o fato é que foi vontade do legislador fazer constar o §8º, do art. 4º, na Lei nº 12.850/13, que conferiu ao magistrado a prerrogativa de adequar a proposta ao caso concreto. Tal dispositivo não é letra morta, motivo pelo qual deve ser aplicado pelo juiz, quando necessário. Mitiga-se em parte, assim, o caráter de total e irrestrita liberdade de negociação entre as partes, concedendo – ainda que pequena – certa margem de intervenção do magistrado nos termos acordados entre os pactuantes.

É possível que o legislador tenha assim optado justamente para inibir que fossem firmados acordos de colaboração cujo benefício proposto pela autoridade fosse manifestamente inadequado aos resultados que pudessem advir das informações prestadas pelo colaborador, sem que pudesse o juiz sequer agir a respeito. O Estado, através da tutela judicial, resguarda inclusive o princípio da obrigatoriedade da ação penal, evitando que o prêmio legal do perdão

judicial seja indiscriminadamente utilizado pelo Ministério Público, especialmente nos casos em que se verifique não ser proporcional a concessão desse benefício.

Assim, tendo em vista que o juiz não pode, como visto, impor aos pactuantes que aceitem o benefício que entende ser mais adequado ao caso concreto, a melhor solução, portanto, parece ser a proposta por Rebouças, e, por essa razão, filia-se aqui à tese adotada pelo autor.

O magistrado deve se valer da aplicação do princípio da razoabilidade-equivalência, conferindo se os possíveis resultados oriundos da colaboração – possíveis resultados estes que devem constar expressamente já no acordo a ser homologado, por força do inciso I, do art. 6º, da Lei nº 12.850/13 – são compatíveis com o benefício proposto pela autoridade correspondente.

Firme nessas razões, entende-se que, ao receber o acordo de colaboração para a devida homologação, o juiz deverá analisar, nos termos do §6º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/13, a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo firmado, mas, respaldado pelo §8º do mesmo artigo, também observará os termos do acordo, notadamente no tocante ao prêmio legal que figura na proposta, a fim de que se resguarde, desde já, o que dispõe o §1º, do art. 4º, da mesma lei, ao passo em que se demonstrou o caráter contraproducente de se restringir totalmente a análise de tais requisitos quando da homologação do acordo.

Em caso positivo, homologa-se o acordo, mas, caso verifique a discrepância entre o prêmio legal proposto e a possível contribuição do colaborador para a investigação, o magistrado, como não pode forçar as partes a aceitar o benefício que reputa adequado, deve negar a homologação do pacto, fazendo menção ao prêmio alternativo, para que, querendo, os pactuantes celebrem um novo acordo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 12.850/13 representou valioso avanço no sistema processual penal brasileiro, ao passo em que conferiu à colaboração premiada – que já era timidamente utilizada em nosso país – consistência no tocante ao seu procedimento e requisitos, garantindo-lhe aplicabilidade segura e confiável, além de confirmá-la como importante meio de obtenção de prova para o deslinde processual.

Não obstante a importância do diploma legal, percebe-se que ainda existem temas que geram debates, críticas doutrinárias, e até Ação Direta de Inconstitucionalidade por parte da Procuradoria Geral da República, no tocante à legitimidade conferida à autoridade policial para firmar acordos de colaboração premiada. Dentre as críticas doutrinárias, destaca-se aquela referente ao campo ético, segundo a qual seria um desvirtuamento conceder prêmios legais a “traidores”. Ainda que válidas as críticas a respeito, não se pode olvidar a enorme contribuição que o instituto vem prestando a investigações de organizações criminosas minuciosamente articuladas.

No tocante ao direito norte-americano, é possível notar relevante influência do instituto da *plea bargaining* para o desenvolvimento da colaboração premiada nos moldes da Lei nº 12.850/13, em especial o requisito da voluntariedade, que consiste no ato voluntário de colaborar, livre de qualquer coação, ameaça ou intimidação por parte da autoridade sobre o réu/acusado. Ressalte-se apenas que voluntariedade não se confunde com espontaneidade, sendo certo que a intenção de firmar o acordo pode partir da autoridade competente, desde que não exceda os limites da liberdade concedida ao interessado de não desejar aceitar o trato. Além disso, os institutos se assemelham na medida em que vedam expressamente a participação do juiz na fase de negociação do acordo, que é restrita às partes que firmam o pacto.

Quanto às diferenças, destaca-se a desnecessidade, na *plea bargaining* de que seja alcançado um resultado específico, referente à investigação criminal. Na verdade, o objetivo principal desse instituto é a economia e celeridade processual, bastando, para sua consecução, que as partes assim o desejem e cheguem a um interesse comum no tocante aos termos propostos. Por outro lado, a colaboração premiada, como o próprio nome revela, pressupõe a realização de determinados objetivos impostos por lei, que serão devidamente analisados em juízo, e, somente se alcançados, concederão ao pactuante o direito ao prêmio legal firmado com a autoridade.

Com relação ao princípio da razoabilidade, há na doutrina bastante divergência no que tange à necessidade de sua diferenciação do princípio da proporcionalidade. Alguns autores

entendem que razoabilidade e proporcionalidade são princípios diferentes, enquanto outros afirmam que, apesar de sua origem distinta, são, em sua essência, idênticos. Adotou-se a tese de que os princípios não se confundem, muito em função do enquadramento que se fez com relação à aplicação, na colaboração premiada, do princípio da razoabilidade como equivalência, assemelhando-se à fixação da pena na sentença penal condenatória.

No que concerne à análise dos termos da colaboração quando da homologação do acordo pelo magistrado, segundo julgado do Supremo Tribunal Federal, o juiz deve se ater, na homologação, à análise da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, não devendo analisar os termos firmados entre as partes, que somente serão examinados na fase de decisão definitiva (sentença). Restringir totalmente tal análise, contudo, não parecer ser a melhor alternativa, tendo em vista o risco de casos nos quais a homologação, sem exame dos termos do acordo (aí incluído o prêmio legal proposto), poderia gerar a concessão de benefícios incompatíveis àqueles que não cumprem, por exemplo, os requisitos do §1º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/13.

Em razão disso, seguiu-se a tese segundo a qual, uma alternativa viável para o caso de se constatar um acordo cujo prêmio legal proposto esteja destoante dos possíveis resultados oriundos da colaboração – que devem constar do termo de acordo, por obrigação do art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13 –, seria a não homologação do pacto, e, como não pode o magistrado impor aos pactuantes que aceitem o benefício que acredita ser mais apropriado, deixaria consignado tal sugestão na decisão, para que, querendo, as partes celebrem um novo acordo nestes termos. Esta prática estaria plenamente respaldada no §8º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/13, que permite ao magistrado adequar a proposta ao caso concreto.

Referida análise, por parte do juiz, deverá ser feita aplicando o princípio da razoabilidade-equivalência, de forma a sopesar se o provável grau de eficácia da colaboração – depreendido dos termos do acordo, na seção reservada aos possíveis resultados oriundos dos relatos – está compatível com o prêmio legal proposto pela autoridade ao colaborador.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Quem está preso pode delatar? **JOTA**, São Paulo, Brasil. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015>>. Acesso em: 21.mai.2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 27.mai.2018.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e procedimento criminal; altera o Decreto-lei n. 2.248 de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> Acesso em 21.mai.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição nº 7.074-DF. Requerente: Reinaldo Azembuja Silva. Advogado: Gustavo Passarelli da Silva. Requerido: Ministério Público Federal. Procurador: Procurador Geral da República. Relator: Ministro Edson Fachin. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 30 de junho de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=85&dataPublicacaoDj=03/05/2018&incidente=5205403&codCapitulo=5&numMateria=60&codMateria=1>>. Acesso em 21.mai.2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Criminal Procedure. Rule 11. **Pleas**. Washington, 21 de março de 1946. Última emenda em 16 de abril de 2013, efetivada em 1 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em 27.mai.2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAYNARD, Douglas W.. **Inside plea bargaining: The language of negotiation**. Nova Iorque: Springer Science & Business Media, 1984. Disponível em:

<https://books.google.com.br/books?id=z1-9K6yLH9IC&hl=ptBR&source=gbs_navlinks_s>. Acesso em: 11 jun. 2018

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.