

**A DERROTABILIDADE DA REGRA DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO  
ÂMBITO DA LEI Nº 12.850/2013  
DEFEASIBILITY OF PLEA BARGAIN LEGAL RULE UNDER LAW LEI Nº  
12.850/2013**

Kennedy Josué Greca de Mattos<sup>1</sup>

**RESUMO**

O escopo do presente artigo é discutir sobre como vem sendo operado o acordo de colaboração premiada previsto pela Lei 12.850/2015, trazendo uma análise à luz da teoria da derrotabilidade das normas jurídicas. Para a contextualização acerca do tema, apresenta-se a teoria da derrotabilidade no ordenamento jurídico moderno e o seu diálogo com teoria da norma jurídica. A conceituação de derrotabilidade, preconizada por Herbert Hart em seu artigo intitulado “The Ascription of Responsibility and Rights”, caracteriza-se como um reconhecimento da existência de condições que poderiam derrotar a previsão de uma norma jurídica, mesmo diante da presença dos seus requisitos necessários e suficientes. A teoria surge para tutelar situações nas quais a dogmática tradicional não consegue dar respostas, ou as dá de maneira insuficiente ou em descompasso com a realidade. A derrotabilidade, parte do pressuposto de que as normas jurídicas condicionais preveem deveres e obrigações “prima facie”. Assim, uma regra jurídica que expressa uma obrigação “prima facie” não exclui a possibilidade de que situações não contempladas anulem o dever estabelecido na regra. A obrigação “prima facie” tem validade jurídica e deve ser reconhecida e cumprida por seus destinatários legais. Ou seja, o fato de que em algum momento esta obrigação possa ser derrotada não lhe retira o caráter patentemente prescritivo. De posse dessas definições da teoria da derrotabilidade, questiona-se se é possível estabelecer outros benefícios penais ou processuais além daqueles previstos expressamente na lei, em verdadeira concretização da derrotabilidade da regra prevista no art. 4º da Lei 12.850/2015.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Teoria da derrotabilidade das normas jurídicas. Relativização da coisa julgada.

**ABSTRACT**

---

<sup>1</sup> Doutorando pelo Centro Universitário Autônomo Do Brasil, no Programa De Pós-Graduação Em Direitos Fundamentais e Democracia.

The scope of this article is to discuss how the plea bargain, provided by Law 12.850 / 2015, has been operated, bringing an analysis in light of the theory of defeatability of legal rules. For the contextualization on the subject, we present the theory of defeatability in the modern legal system and its dialogue with theory of the legal norm. The conceptualization of defeatability, as introduced by Herbert Hart in his article entitled "The Ascription of Responsibility and Rights", is characterized as recognition of the existence of conditions that could defeat the provision of a legal norm even in the presence of its necessary and enough requirements. The theory arises to guard situations in which traditional dogmatics cannot give answers, or give them insufficiently or in disagreement with reality. Defeatability is based on the assumption that conditional legal rules provide for prima facie duties and obligations. Thus, a legal rule expressing a prima facie obligation does not preclude the possibility that situations not covered by this rule will nullify the duty laid down in the rule. The prima facie obligation has legal validity and must be recognized and enforced by its legal addressees. That is, the fact that at some point this obligation can be defeated does not detract from its patently prescriptive character. In possession of the aforementioned theory, it is questioned whether it is possible to establish other criminal or procedural benefits than those expressly provided for in the law, in real fulfillment of the defeatability of the rule provided for in art. 4 of Law 12.850 / 2015.

Keywords: Plea bargain. Theory of defeatability of legal norms. Relativization of the res judicata

## **1. INTRODUÇÃO**

O objetivo do presente artigo é provocar uma discussão sobre como vem sendo operado o acordo de colaboração premiada previsto pela Lei 12.850/2015, trazendo uma análise à luz da teoria da derrotabilidade das normas jurídicas.

Para tanto, inicialmente pretende-se apresentar a teoria da derrotabilidade no contexto de ordenamento jurídico moderno e o seu diálogo com teoria da norma jurídica. Em seguida, será abordada a estruturação da colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2015 e os seus pressupostos legais específicos. Por fim, será demonstrado como a teoria da derrotabilidade vem sendo aproveitada para dar maior alcance às regras da colaboração premiada.

## **2. TEORIA DA DERROTABILIDADE**

Na trajetória que levou ao enfraquecimento do pensamento positivista, os princípios foram conduzidos ao centro do sistema jurídico, superando-se a crença

anterior de que os mesmos possuíam tão somente uma dimensão axiológica<sup>2</sup>.

Nesse contexto do pós-guerra, as Constituições dos Estados passaram a incorporar um grande número de princípios e direitos fundamentais, impondo aos seus Estados tanto o dever de não intervenção na esfera privada, como o desenvolvimento de políticas públicas em prol da efetivação de ditos direitos<sup>3</sup>. Como afirma Daniel Sarmento, “nesse quadro, a Constituição foi deixando de ser vista como mero repositório de conselhos para os poderes políticos e se convertendo em norma jurídica”<sup>4</sup>.

Portanto, a onipotência do legislador passa a ser recusada em favor de uma “democracia constitucional”, ou seja, uma democracia limitada por uma Constituição liberal na qual os “direitos fundamentais”, como escreve Ferrajoli, são considerados inalienáveis e invioláveis e por isso indecidíveis por parte de qualquer maioria política e de qualquer poder, porque subtraídos a soberania popular. Para a tutela das liberdades, conta menos a rigidez constitucional ou sindicato de constitucionalidade das leis do que uma vigilante opinião pública, um debate político jurídico aberto e competente, uma permanente iniciativa popular que leve, entre

---

<sup>2</sup> Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 327.

<sup>3</sup>Pozzolo, Susanna. *Un constitucionalismo ambiguo*. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

outros, a uma tempestiva renovação legislativa das cartas constitucionais e das declarações dos direitos<sup>5</sup>.

A lei, pela primeira vez nos tempos modernos, passa a ser sujeita a uma relação de adequação e, portanto, de subordinação, a um estrato superior de lei estabelecido pela Constituição<sup>6</sup> e difundida a ideia de que os direitos fundamentais funcionam como um trunfo contra a maioria<sup>7</sup>.

Assim, a nova dogmática jurídica passa a difundir o entendimento de que as normas em geral, em especial as normas constitucionais, enquadram-se em duas espécies diversas: princípios e regras, cuja distinção conceitual estruturou a base da teoria normativo-material dos direitos fundamentais e um ponto de partida para a resposta quanto aos possibilidades e limites da racionalidade no âmbito do direito<sup>8</sup>.

Ronald Dworkin capitaneia a doutrina preocupada com a nova dogmática e estabelece que tanto as regras quanto os princípios “apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem”<sup>9</sup>. Assim, sustenta que as regras, se válidas, são aplicadas ao modo tudo ou nada (all or nothing), ou seja,

---

<sup>4</sup> Sarmento, Daniel. *Umbiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. Revista de Direito do Estado 2, 2006.

<sup>5</sup> ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (ORGS). O estado de direito – história, teoria e crítica, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 03-94.

<sup>6</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

<sup>7</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Trotta: Madrid, 2003, p. 101-135

<sup>8</sup> Virgílio Afonso da Silva alerta que é comum no Brasil que a teoria dos princípios de Robert Alexy e a teoria estruturante de Friedrich Muller sejam defendidas como se fossem compatíveis entre si. No entanto, o autor esclarece que ambas as teorias fundam-se em premissas bastante diversas, pois “Muller defende que a definição do âmbito de proteção de cada direito fundamental é feito de antemão, por intermédio dos procedimentos e métodos de sua teoria estruturante e, principalmente, sem a necessidade de sopesamento; enquanto Alexy defende que não há decisões correeas no âmbito dos direitos fundamentais que não sejam produto de um sopesamento” (Da Silva, Virgílio

sendo válida a regra, a resposta por ela oferecida deve ser aceita. De outro viés, sendo inválida, a regra não poderá ser aproveitada para o resultado da decisão.

Quanto aos princípios, Dworkin esclarece que as consequências jurídicas decorrentes do preenchimento das condições estabelecidas pelos princípios não são verificadas automaticamente<sup>10</sup>. Aliás, nem mesmo as condições que tornam a aplicação dos princípios como necessárias podem ser estabelecidas de forma prévia. Ao contrário, os princípios apenas anunciam “uma razão que conduz o argumento em uma certa direção”, mas (ainda assim) necessitam de uma decisão particular<sup>11</sup>. Os princípios não determinam a decisão, mas somente os seus fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de princípios.

Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (ou importância), demonstrável na hipótese de colisão. Ou seja,

---

Afonso. *Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico*. In: Da Silva, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação constitucional* 1ª ed. – São Paulo: Melheiros, 2005, p. 137.

<sup>9</sup> Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

<sup>10</sup> Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

<sup>11</sup> Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.

quando dois ou mais princípios inter cruzam-se torna-se imperioso avaliar quais deles é mais importante para o caso, mas sem que isso implique na perda da validade daquele princípio que deve ceder. De outro lado, as regras não comportam essa mesma dimensão. Verificado o conflito entre regras, a decisão deverá verificar qual delas é válida e qual delas deve ser abandonada ou reformulada<sup>12</sup>.

No entanto, embora as concepções de Ronald Dworkin tenham sido fortemente aceitas por outros autores, ainda assim pode-se identificar alguns pontos de divergências. Robert Alexy, por exemplo, aproveitou grande parte das considerações quanto a diferenciação entre regras e princípios<sup>13</sup>, mas criticou Dworkin por considerá-lo muito simples<sup>14</sup>. Esse é o ônus de todo aquele que ousa ser o primeiro.

Robert Alexy também diverge de Dworkin por entender que não existe apenas uma diferença gradual entre regras e princípios, mas uma diferença qualitativa. Explica-se. Segundo Alexy, os princípios exigem que algo seja realizado na maior

---

<sup>12</sup> Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Mar002, p. 42 e 43.

<sup>13</sup> Alexy e Dworkin diverge, por exemplo, quanto ao tipo de direitos englobados pelos princípios. Segundo Alexy, os princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a direitos coletivos. A relação dos princípios com direitos coletivos exige a criação ou manutenção de situações que satisfaçam, na maior medida possível diante das possibilidades jurídicas e fáticas, critérios que vão além da validade e satisfação do direito. Sob outro ponto de vista, Dworkin defende que só existem princípios relacionados com direitos individuais. Normas que se referem à direitos coletivos podem ser consideradas como 'políticas'. Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 114/116.

<sup>14</sup> Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 104.

medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Eles não contém um mandamento definitivo, mas somente prima facie (mandamentos de otimização<sup>15</sup>). Já as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam<sup>16</sup>. Elas têm uma determinação da extensão do seu conteúdo em face das circunstâncias fáticas e jurídicas. Se essa determinação não falhar diante das possibilidades jurídicas e fáticas, então as regras assumem um caráter definitivo<sup>17</sup>.

Esse autor estabelece, ainda, que a diferenciação entre regras e princípios também pode ser observada no caso de conflito entre elas. Em poucas linhas pode-se dizer que segundo Alexy, no caso de conflito entre regras a solução somente será alcançada caso se introduza em uma das regras uma **clausula de exceção** que elimine o conflito, ou se uma das regras for declarada inválida. Já em se tratando de colisão entre princípios, o autor entende que um dos princípios em jogo deve ceder, mas sem que isso implique na declaração de invalidade do outro, tão pouco introduzida uma clausula de exceção. Segundo defende, “o que ocorre é que um

---

<sup>15</sup> No mesmo sentido: Silva, Virgílio Afonso da. *"Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia."* (2009). Em sentido oposto segue a teoria estruturante do direito de Friedrich Muller (Muller, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. Madrid: CEPC, 1989).

<sup>16</sup> Para Hesse, a generalidade da lei envolve uma normatividade média, ou seja, é voltada para todos e naturalmente contém uma garantia contra o uso desenfreado do próprio poder legislativo. Em suma, a generalidade da lei é uma garantia da imparcialidade do Estado em relação aos componentes sociais, bem como a sua igualdade jurídica. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

<sup>17</sup> Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90 e 91.

dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”<sup>18</sup>. Isso é o que o autor chama de “lei da colisão”.

Em resumo, segundo Robert Alexy, o conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, enquanto a colisão entre princípios ocorrem na dimensão de peso<sup>19</sup>. No caso de colisão entre princípios, Robert Alexy demonstra existir uma relação de tensão que não se resolve de imediato com a determinação de prevalência de um sobre o outro, mas sim em função da ponderação<sup>20</sup> entre os princípios colidentes, quando um deles, de acordo com o caso concreto, recebe a prevalência sobre o outro e cria uma verdadeira regra<sup>21</sup>. Os princípios possuiriam apenas uma dimensão de peso e não determinariam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Isso faz com que os princípios também sejam aplicados segundo o modo tudo ou nada.

---

<sup>18</sup> Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 92 e 93.

<sup>19</sup> Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 94

<sup>20</sup> O conceito de ponderação para os efeitos aqui estudados pode ser resumido como “ a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. In: Barroso, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil* – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 262.



É dentro desse contexto que se insere a tese da derrotabilidade das normas jurídicas. Conforme bem resumiu Fernando Andreoni Vasconcellos, “a ideia intuitiva de derrotabilidade reside no reconhecimento de que a norma jurídica pode possuir exceções (explícitas ou implícitas) não identificáveis de antemão”<sup>22</sup>. Ou seja, diante um determinado fato concreto, é possível identificar cláusulas de exceção que autorizam o afastamento de uma norma jurídica.

A conceituação de derrotabilidade iniciou-se no artigo de Herbert Hart intitulado “The Ascription of Responsibility and Rights”, com o reconhecimento da existência de condições que poderiam derrotar a previsão de uma norma jurídica, mesmo diante da presença dos seus requisitos necessários e suficientes<sup>23</sup>. Segundo Herbert Hart:

“quando o estudante aprende que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ele ainda tem que aprender o que pode derrotar a reivindicação de que há um contrato válido quando todas essas condições são satisfeitas -, daí porque, ‘o estudante tem ainda que aprender o que pode seguir as palavras ‘a menos que’, as quais devem acompanhar a indicação dessas condições’.

---

<sup>21</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 102.

<sup>22</sup> Vasconcellos, Fernando Andreoni. *Hermeneutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 75

<sup>23</sup> VasconcelloS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

Anos mais tarde, Hart mudou sua ideia inicial, especialmente quando escreveu a obra "O Conceito de Direito", no qual desenvolveu a lição segundo a qual a regra que conclui com a expressão "a menos que..." continua sendo uma regra"<sup>24</sup>. Tal obra é de grande significado histórico para o Direito, principalmente pela proposta consoante a qual a presença de uma exceção pode fazer com que, mesmo preenchidos os requisitos necessários e suficientes da norma jurídica, os seus efeitos jurídicos podem não se dar ou podem quedar-se afastados<sup>25</sup>.

Assim, observa-se que a derrotabilidade está intrinsicamente ligada às normas jurídicas como gênero e não somente aos textos legais em si inseridos no direito positivo.

Aliais, quando tratamos da norma jurídica, automaticamente a atrelamos a um dever-ser, um modal deôntico que liga um fato da vida a um efeito jurídico, mediante aquilo que se convencionou chamar de imputação. Tal norma jurídica hipotético-condicional, possui uma estrutura bimembre, ou seja, é formada por "antecedente" e "consequente". O primeiro, representando a descrição de um evento necessariamente factível no mundo fenomênico, o segundo, prevendo os efeitos que a ocorrência de tal evento produz perante o Direito<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Vasconcellos, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>25</sup> Vasconcellos, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>26</sup> Vasconcellos, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

No que concerne a teoria da derrotabilidade, esta surge para tutelar situações nas quais a dogmática tradicional não consegue dar respostas, ou as dá de maneira insuficiente ou em descompasso com a realidade. A derrotabilidade, parte do pressuposto de que as normas jurídicas condicionais preveem deveres e obrigações “prima facie”. Assim, uma regra jurídica que expressa uma obrigação “prima facie” não exclui a possibilidade de que situações não contempladas anulem o dever estabelecido na regra. A obrigação “prima facie” tem validade jurídica e deve ser reconhecida e cumprida por seus destinatários legais. Ou seja, o fato de que em algum momento esta obrigação possa ser derrotada não lhe retira o caráter patentemente prescritivo<sup>27</sup>.

Assim, quando inúmeras vezes, advogados, promotores e juízes, consciente ou inconscientemente, defendem uma solução excepcional a determinado caso concreto, ou seja, por meio de uma forma diversa daquela prevista literalmente no direito positivo para aquela situação, resultando, assim, a derrotabilidade da resposta oferecida pelo legislador<sup>28</sup>.

Como veremos, é justamente o que ocorre quando da celebração de acordos de colaboração premiada, em substituição ou não a anterior, especialmente quando prevista a antecipação da pena do colaborador.

### **3. A COLABORAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Com o advento da Lei 12.850/2013, a colaboração premiada passou a ser interpretada como meio de prova<sup>29</sup> que autorizada o imediato reconhecimento da culpa aplicação da sanção através de homologação do acordo pelo juiz, que não

---

<sup>27</sup> Vasconcellos, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

está vinculado aos seus termos, tão pouco dando ensejo a formação de um direito subjetivo das partes à homologação<sup>30 31</sup>.

Outrossim, apesar de não existir um procedimento uniforme para cada uma das hipóteses legais em que se reconhece a possibilidade de aplicação da colaboração premiada, constata-se que é possível identificar que o instituto vem sendo interpretado pelos tribunais superiores e pela doutrina especializada sob duas correntes distintas: uma com visão conservadora e outra com visão mais arrojada.

Segundo a visão mais arrojada, que vem sendo aplicada especialmente nos

---

<sup>28</sup> Vasconcellos, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>29</sup> Mendonça, Andrey Borges de Mendonça. A colaboração premiada e a nova lei de crime organizado (Lei 12.850/2013). In: *Custos legis*. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao\\_Criminal/Artigos\\_e\\_Noticias/Colaboracao\\_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica\\_Custus%20Legis\\_Andrey\\_A%20delacao\\_premiada.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf). Acesso em: 22. Ago. 2019.

<sup>30</sup> Mendonça, Andrey Borges de Mendonça. A colaboração premiada e a nova lei de crime organizado (Lei 12.850/2013). In: *Custos legis*. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao\\_Criminal/Artigos\\_e\\_Noticias/Colaboracao\\_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica\\_Custus%20Legis\\_Andrey\\_A%20delacao\\_premiada.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf). Acesso em: 22. Ago. 2019.

<sup>31</sup> Em sentido oposto, entendendo que o magistrado está vinculado ao acordo firmado entre as partes para que não se instaure um clima de insegurança jurídica: DA SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*, p. 63.

processos envolvendo a “Operação Lava-Jato”, a colaboração premiada assume a função de “acordo de reconhecimento de responsabilidade penal e cumprimento de pena”, nos moldes do “plea bargain”<sup>32</sup> do direito norte-americano<sup>33</sup>. Em qualquer dessas visões exige-se que o acordo seja capaz de alcançar: a identificação de coautores e partícipes; revelar a estrutura hierárquica e divisão de tarefas da organização criminosa; prevenir outras infrações criminais; recuperar total ou parcialmente o produto ou proveito das infrações; e localizar eventual vítima.

Assim, para que a colaboração seja aproveitada em favor do colaborador não basta que a mesma seja celebrada entre as partes, sendo essencial que haja eficácia na colaboração. Ou seja, “não basta a boa vontade do agente em contribuir, sendo a colaboração uma “obrigação de resultado”, por assim dizer, de sorte que somente se os resultados efetivamente forem atingidos é que o colaborador poderá ser beneficiado com os prêmios legais”.<sup>34</sup>

Porém, a questão que fomentou o presente artigo e que vem sendo observada quando da utilização da Lei 12.850/2015, diz respeito a possibilidade de aplicação

---

<sup>32</sup> Nos Estados Unidos, a “plea bargain” é concebido como um gênero que comporta várias espécies de acordo, todos envolvendo o reconhecimento de culpa (“guilty plea”) ou o compromisso de não contestar a imputação (“plea of nolo contendere”).

<sup>33</sup> Cavali, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visão “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013. In: Colaboração Premiada [livro eletrônico]. 1. ed. Em e-book baseada na 1ª ed. Impressa. Coord. MORA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo, Cruz. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017.

de outros benefícios legais além daqueles previstos, em uma verdadeira novel expressão da teoria da derrotabilidade.

#### **4. A DERROTABILIDADE DOS BENEFÍCIOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA**

A Lei 12.850/2015 estabelece no art. 4º quais os benefícios poderão ser concedidos em favor do colaborador elencando a possibilidade de: a) Concessão de perdão judicial; b) Redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços) ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; c) Deixar de ser oferecida a denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração; d) Quando a colaboração for depois à sentença, a pena pode ser reduzida até a metade ou estabelecida a progressão do regime, mesmo ausente os requisitos objetivos.

Todavia, questiona-se se é possível estabelecer outros benefícios penais ou processuais além daqueles previstos expressamente na lei, em verdadeira concretização da derrotabilidade da regra prevista no art. 4º da Lei 12.850/2015. Para aqueles que refutam essa possibilidade o fazem ao argumento de que o acordo firmado pelas partes não pode, por exemplo, prever a prévia fixação de um quantum de pena ao colaborador sob pena de imiscuir-se na atividade do julgador. Nesse sentido alerta o próprio “Manual da Colaboração Premiada” editado pelo Ministério

---

<sup>34</sup> Mendonça, Andrey Borges de Mendonça. A colaboração premiada e a nova lei de crime organizado (Lei 12.850/2013). In: Custos legis. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao\\_Criminal/Artigos\\_e\\_Noticias/Colaboracao\\_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica\\_Custus%20Legis\\_Andrey\\_A%20delacao\\_premiada.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf). Acesso em: 22. Ago. 2019.

Público Federal<sup>35</sup>:

Importante ressaltar que não deve o magistrado homologar propostas que tragam preestabelecido o quanto de redução de pena. De um lado, porque não incumbindo ao Ministério Público ou ao delegado de polícia proferir sentença, não podem prometer algo que não podem cumprir; de outro porque, acaso tal cláusula fosse homologada nesse momento, tal proceder implicaria duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal: a) o juízo de condenação e b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena.

Desta forma, não se poderia privar ao colaborador a observância do devido processo legal prévio, à aplicação de sua pena. A celebração do acordo não pode afastar a necessidade de obediência ao devido processo legal através do oferecimento de denúncia e processamento de toda a instrução processual necessária para aferir a culpabilidade do agente, o que pode resultar, até mesmo, na absolvição do colaborador-denunciado, ter a sua pena reduzida ou fixada em um patamar inferior àquele constante no acordo<sup>36</sup>.

Por outro lado, a defesa quanto a possibilidade do que se denomina de derrotabilidade da regra da colaboração, também vem apoiada por fortes argumentos. O que se argumenta é que, não havendo proibição expressa no ordenamento jurídico, não há óbice para que sejam ofertados e celebrados acordos “ampliados” que sejam mais favoráveis ao réu (colaborador) e dentro de uma ótica

---

<sup>35</sup> Manual da Colaboração Premiada. Disponível em: <file:///D:/Usuarios/109449670337/Downloads/Manual%20-%20Colaboracao%20Premiada%20-%20jan14.pdf>

<sup>36</sup> Disponível em: <file:///D:/Usuarios/109449670337/Downloads/Manual%20-%20Colaboracao%20Premiada%20-%20jan14.pdf>

da proporcionalidade<sup>37</sup>. Assim, questiona-se sobre a possibilidade de que, uma vez firmado o acordo e cumpridas as obrigações por parte do colaborador, se seria possível o reexame da validade de suas cláusulas?

Defensores da possibilidade de realização desse tipo de acordo, pensam que se deve aplicar ao caso o mesmo entendimento sobre os efeitos da homologação da transação (art. 76 da Lei 9.099/95) e da suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei 9.099/95). Ou seja, esse tipo de acordo homologado pelo juiz não dá ensejo à formação da coisa julgada material, logo autoriza que, uma vez descumpridas suas cláusulas retome-se a situação anterior possibilitando ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante o oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial<sup>38</sup>.

Em verdade, na homologação do acordo de colaboração premiada não se estaria diante de uma sentença penal propriamente dita, mas sim “uma proposta de sentença, não totalmente rígida, a ser modelada pelo juiz, ao término do processo, conforme a eficácia da colaboração prestada”<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Mendonça, Andrey Borges de Mendonça. A colaboração premiada e a nova lei de crime organizado (Lei 12.850/2013). In: Custos legis. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao\\_Criminal/Artigos\\_e\\_Noticias/Colaboracao\\_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica\\_Custus%20Legis\\_Andrey\\_A%20delacao\\_premiada.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20-%20Revista%20Eletronica_Custus%20Legis_Andrey_A%20delacao_premiada.pdf). Acesso em: 22. Ago. 2019.

<sup>38</sup> SÚMULA VINCULANTE 35.

<sup>39</sup> Cavali, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visão “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013. In: Colaboração Premiada [livro eletrônico]. 1. ed. Em e-book baseada na 1ª ed. Impressa. Coord. MORA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo, Cruz. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017



Mas, esse entendimento não é imune a críticas, visto que, diferentemente do que ocorre com a transação penal e a suspensão condicional do processo, concebidas como medidas despenalizadoras, a colaboração premiada é tratada pela Lei 12.850/2013 como um instrumento de justiça penal negociada<sup>40</sup>.

Ou seja, não seria possível a revisão do acordo em que tenha sido prevista a prévia fixação da pena, uma vez que, tendo o mesmo sido homologado judicialmente surge para o colaborador uma expectativa legítima de serem garantidos os benefícios pactuados, o que deve ser assegurado pelo Estado-Juiz, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da moralidade administrativa<sup>41</sup>. Nesse sentido, o STF já se posicionou<sup>42</sup>:

---

Como consignado em julgado do STF, “ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados

<sup>40</sup> Cavali, Marcelo Costenaro. *Duas faces da colaboração premiada: visão “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013*. In: *Colaboração Premiada* [livro eletrônico]. 1. ed. Em e-book baseada na 1ª ed. Impressa. Coord. MORA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo, Cruz. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017

<sup>41</sup> Cavali, Marcelo Costenaro. *Duas faces da colaboração premiada: visão “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013*. In: *Colaboração Premiada* [livro eletrônico]. 1. ed. Em e-book baseada na 1ª ed. Impressa. Coord. MORA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo, Cruz. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>42</sup> HC 99.736/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Ayres Britto, j. 27.04.2010, DJe 21.05.10.

embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal, a contrapasso do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade”

Essa expectativa, só poderia restar frustrada caso se admita a derrotabilidade dos efeitos da sentença que homologa o acordo de colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como se vê, a questão é deveras complexa e demanda forte e acalorado debate, que infelizmente não pode ser esgotado nas poucas linhas de um artigo acadêmico. No entanto, o maior intento do presente ensaio, mais do que proporcionar um estudo exaustivo sobre o tema, é trazer à baila o modo como os acordos de colaboração premiada vem sendo celebrados e homologados no país para possibilitar uma análise acadêmica e, talvez, até mesmo estimular mudanças legislativas para melhorar a utilização do referido instrumento processual.

## **REFERÊNCIAS**

Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. In: Barroso, Luís Roberto. *Constituição democrática do direito público no Brasil* – Rio de Janeiro: Renovar, 2007

Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

Cavali, Marcelo Costenaro. *Dois aspectos da colaboração premiada: visão “conservadora” e “progressiva”*. 12.850/2013. In: *Colaboração Premiada* [livro eletrônico]. 1. ed. Em e-book baseada na 1ª ed. L&L, 2013.

ria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo, Cruz. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017.

Da Silva, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 1*

Da Silva, Virgílio Afonso. *Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico*. In: Da Silva, Virgílio Afonso. *Interpretação constitucional* 1ª ed. – São Paulo: Melheiros, 2005.

Dipp, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação constitucional*. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>. Acesso em 22.Ago. 2019.

Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1992.

Manual da Colaboração Premiada. Disponível em: [file:///D:/Usuarios/109449670337/Download/Manual da Colaboração Premiada%20-%20jan14.pdf](file:///D:/Usuarios/109449670337/Download/Manual%20da%20Colaboracao%20Premiada%20-%20jan14.pdf)

Mendonça, Andrey Borges de Mendonça. *A colaboração premiada e a nova lei de crime organizado*. Custos legis. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: [http://www.mpsp.org.br/revista/Investigacao\\_Criminal/Artigos\\_e\\_Noticias/Colaboracao\\_Premiada/10%20-%20Revista%20-%20Andrey\\_A%20delacao\\_premiada.pdf](http://www.mpsp.org.br/revista/Investigacao_Criminal/Artigos_e_Noticias/Colaboracao_Premiada/10%20-%20Revista%20-%20Andrey_A%20delacao_premiada.pdf). Acesso em: 22. Ago. 2019.

Pozzolo, Susanna. *Um constitucionalismo ambiguo*. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. 2003.

Robert, Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Sanchís, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta: Madrid, 2003,

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Trotta, 2003.

Sarmiento, Daniel. *Umbiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. Revista de Direito do E

Vasconcellos, Fernando Andreoni. *Hermeneutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 201

Zolo, Danilo. *Teoria e crítica do estado de direito*. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (ORGS). *O estado de direito: teoria e crítica*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.