

OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUIZ NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA PREVISTO NA LEI 12.850/13

Marlucia Chianca de Moraes¹

Rogério Montai de Lima²

RESUMO

Este estudo tem por objetivo compreender qual o limite da atuação do juiz na colaboração premiada surgida com advento da Lei 12.850/13 que demonstra a tendência de expansão da justiça criminal negocial no cenário brasileiro. Constatou-se que o ingresso, no ordenamento jurídico pátrio, de um instituto, surgido primeiramente nos Estados Unidos, sistema jurídico no qual vige o princípio da oportunidade da ação penal, introduziu o juízo de discricionariedade a ser exercido pelo Ministério Público. Buscou-se observar, a partir o referencial teórico utilizado, de que forma caberia ao juiz efetuar o controle de fundo sobre o resultado do exercício da discricionariedade técnica quanto ao negócio jurídico formalizado entre o titular da ação penal e o colaborador. Ob-

1 Aluna de Pós-graduação Lato Sensu em Estudos Avançados sobre o crime organizado e corrupção.

2 Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Pós-Doutor em Direito pela UERJ; Pós Doutor em Direito - Linha de Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa; Doutor em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro na linha de pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo; Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Rondônia; Professor Titular do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Rondônia; Professor de Graduação e Programas de Pós-Graduação em Direito; Mestre em Direito dos Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília; Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em Gestão Pedagógica do Ensino Superior pela Faculdade Interamericana de Porto Velho;

jetivou-se compreender de que forma o juiz faria a correta utilização de tal instituto compatibilizando-o com os princípios constitucionais e o sistema penal adotado no Brasil. Perqueriu-se descrever quais os poderes do juiz diante de um instituto com peculiaridades a lhe conferir tamanha autonomia a ponto de que, em certos momentos se vislumbra possibilidade de que a lei 12.850/13 tenha criado um subsistema contido no sistema acusatório e que, no entanto, não se amolda, *prima facie*, nos regimes jurídicos privados e públicos consubstanciando-se em um regime jurídico especial.

Palavras-chave: Colaboração Premiada. Atuação Jurisdicional. Limites.

ABSTRACT

This study aims to understand the limit of the judge's performance in the award – winning collaboration arising. With the advent of law 12.850/13 that demonstrates the trend of expansion of criminal justice negotiations in the Brazilian scenario in the field of criminal procedural law. It was found that the entry into the Brazilian legal system, civil law, of an institute first emerged in the United States, a legal system in which the principle of opportunity of criminal proceedings is included in introducing the judgment of discretion to be exercised by the public prosecutor's office however it is observed that it is up to the judge to carry out the background control over the outcome of the exercise of technical discretion regarding the formalized legal business between the holder of the criminal proceedings and the employee in the correct use of such institute compatibilizing it with the constitutional principles and the penal system adopted in Brazil. This text is the result of research by several indoctrinators from which it was observed that the judge's performance there are several peaceful points, such as the participation in the negotiations, but there is controversy as to when the court may exercise jurisdiction as to the judgment of conduct, compliance with the agreement and enforcement of the sentence. Employee in the correct use of such an institute, making it compatible with the constitutional principles and the law. Criminal system adopted in Brazil. This text is the result of research by several indoctrinators from which it was observed that regarding the performance of the judge there are several peaceful points, such as nonparticipation in the negotiations, but there

is controversy as to when the court may exercise jurisdiction over the judgment of conduct, compliance with the agreement and enforcement of the penalty.

Keywords: Award-winning collaboration. Judicial action. Limits.

1.INTRODUÇÃO

Segundo Frederico Valdez (2016)³, entre os novos desafios do sistema penal das sociedades contemporâneas destacam-se as situações identificadas como criminalidade associativa, estruturada e estável com a finalidade de cometer crimes graves. Nestes casos, o maior empecilho reside no que se denomina de bloqueio na investigação, situação na qual os órgãos de repressão penal, pelos métodos tradicionais de apuração, não conseguem penetrar na estrutura delitiva de modo a colher provas dos fatos cometidos e dos seus participantes. Diante desse contexto, a colaboração premial surge como um mecanismo idôneo a fortalecer a operatividade (eficiência) do sistema penal brasileiro.

Esse novo instituto da colaboração premiada apresenta uma natureza jurídica tríplice, uma vez que sua essência jurídica possui fundamento em três ramos/elementos distintos do Direito: processual penal, material penal e como negócio jurídico-processual.

No âmbito processual, a colaboração premiada apresenta-se como uma técnica especial de investigação, ou seja, um mecanismo, instrumento pelo qual, através dele, permite-se alcançar ou facilitar o alcance do (s) aspecto (s) a que se destinou a colaborar. Por conseguinte, envolve, não só o agente colaborador, mas igualmente os frutos de sua colaboração.

Já em relação ao Direito Penal Material, abarca os reflexos jurídico-penais que o acordo de colaboração poderá trazer para o acusado-colaborador, quando da dosimetria da pena, podendo este substituir, reduzir ou isentar a pena, alterar o regime prisional de cumprimento da reprimenda, servir de perdão judicial ou até mesmo como uma espécie de imunidade, implicando no não oferecimento da denúncia (SOARES, Renner Araújo, 2016).

3 PEREIRA Frederico Valdez. Delação premiada: legitimidade e procedimento, 2016, p.213

Por fim, tem-se a natureza jurídica de negócio jurídico processual público, cujos elementos de legalidade e legitimidade, quer sejam a existência, validade e eficácia do negócio (SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di, 2018), devem ser entendidos sob uma lógica de direito público-penal e não sob a lógica de direito privado. Isso porque há a necessidade de adequação e (re) modulação de tudo que for importado ao Direito Penal lato sensu (DUCLERC, Elmir, 2016).

Tais aspectos retratam as fases previstas na Lei de Colaboração Premiada eis que nas tratativas realizadas entre o colaborador e o órgão titular da ação são apresentados os meios de obtenção de prova nesta fase investigativa são realizadas atividades preliminares de coleta de elementos que são dirigidos ao Ministério Público para que nas negociações avaliará a diversidade de fatores a serem levados em conta. Em seguida ocorre a fase em que o acordo é submetido à homologação perante o juízo. Por fim há a fase em que é avaliada a eficácia da colaboração do arrendido e lhe é concedida a premiação pela delação.

Em cada uma dessas fases o juiz tem um papel diferenciado e importante uma vez que sua atividade é imprescindível para a utilização de tal instituto em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

A natureza complexa da colaboração premiada tem gerado posicionamentos divergentes na doutrina e na jurisprudência notadamente quanto a natureza do instituto e o limite de atuação do juiz em cada um dos estágios da colaboração.

Há alguns que entendem que se trata de negócio jurídico e como tal não cabe ao juiz intervir devendo somente atuar na superfície das cláusulas acordadas sem interferir no ajuste pois o titular da ação teria o poder de dispor com liberdade máxima na concessão do prêmio a ser conferido ao colaborador de acordo com seu juízo discricionário⁴.

No sentido oposto⁵, há entendimento de que não foi dado ao titular da ação penal tamanha discricionariedade eis que ainda que se admita a natureza negocial do acordo de colaboração premiada tal negócio é de natureza pública competindo ao juiz fiscalizar e analisar

4 Ver o embate entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento de Questão de Ordem na Petição 7074 DF

5 idem

profundamente suas cláusulas pois não a lei não conferiu ao Ministério Público o poder de legislar em concreto ou de agir em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente.

Diante desse contexto, esse estudo se propõe a avaliar quais os limites da atuação do juiz na colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013, nos seus três estágios, se justifica ante a relevância social na correta utilização de tal instituto compatibilizando-o com os princípios constitucionais e o sistema penal adotado no Brasil.

Busca-se compreender qual o real papel do magistrado nessa relação negocial penal implantada por esse novo regramento frente ao ordenamento brasileiro levando em consideração às tensões com o devido processo legal previsto na ordem constitucional.

2.HISTÓRICO E CONCEITOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Vinicius Vasconcellos⁶ assevera que “inicialmente, a doutrina brasileira costumava conceituar a colaboração (ou delação) premiada com um enfoque eminente em sua natureza penal material”. Tal instituto era consagrado na legislação brasileira e configurava-se integrante do direito material pois preenchidos determinados requisitos previstos em lei poderia o imputado ser beneficiado pela autoridade judicial com redução de pena ou perdão judicial.

Nesse sentido, Walter Bittar⁷⁸ leciona que se tratava de “instituto de Direito Penal que garantia ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária”.

Tal visão se justificava no fato de que o legislador brasileiro previu, do instituto, seus requisitos e consequências, todavia não havia previsão procedimental de seu caráter processual.⁸

6 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. 2 ed. São Paulo: : Thomson Reuters, 2018, p.59.

7 BITTAR, Walter Barbosa. Observações necessárias. In : BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). Delação Premiada, direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 p.05 ⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado. (Lei

8 12.850/13. Revista Custos Legis, v.4, 2003, p.2.

Tal fundamento era utilizado, pela doutrina brasileira, para se estabelecer a distinção entre o mecanismo de delação premiada e os institutos de barganha, pois aquela seria implementado em âmbito do direito material (reduzindo-se as penas) enquanto a barganha teria impacto processual, com concessões oriundas do próprio processo⁹.

No entanto, a Lei 12.850/13 alterou drasticamente tal panorama diante de introdução, quase que em sua totalidade, de matéria processual. Corroborando tal afirmação temos a introdução de espaços de não obrigatoriedade (como o art. 4º, §4º) e benefícios concedidos a partir da lógica do direito adjetivo.¹⁰

Importante mencionar que a Colaboração Premiada é um instituto que, ideologicamente amolda-se ao movimento de política criminal Lei e Ordem (Law and Order) inspirado no modelo norte-americano. É uma ferramenta do plea bargaining¹¹, própria de um sistema processual penal inteiramente pautado na barganha, em que a reprimenda aplicada ao agente espelha não necessariamente a efetiva reprovabilidade da conduta, e sim a maior ou menor capacidade de negociação com o Estado de modo que a pena imposta ao delator tornase menor do que a fixada aos demais réus, ainda que a censurabilidade destes últimos seja menor¹².

Nesse contexto, a colaboração premiada surge como mais um mecanismo da denominada justiça penal consensual – consenso sobrepondo-se à coercitividade enquanto ferramenta de solução de conflitos. No entanto, com viés diverso daqueles institutos de composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo pois estes são negócios jurídicos processuais despenalizadores, ao passo que a colaboração premiada embora também negocial, possui veia punitiva perseguindo-se através dela, a condenação do maior número de agentes inclusive do colaborador. Excepcionalmente agracia-se com o

9 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. 2 ed. São Paulo: : Thomson Reuters, 2018. p.60.

10 SILVA, Eduardo Araújo da. Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014. p.62.

11 Plea bargaining pode ser definido como o processo legal pelo qual o acusado renuncia a seu direito de ser submetido a julgamento, confessando sua culpa, em troca da redução da imputação que lhe é feita e / ou da pena a ser aplicada, ou de uma recomendação a ser dirigida pelo Ministério Público ao magistrado para atenuar a situação do réu, evitando, assim, a realização do processo. Em geral o termo é utilizado para designar a negociação entre o promotor (órgão do Ministério Público) e defendant (réu) em torno da confissão de culpa deste, em troca de concessões do Estado (...)

12 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. 3.ed. Salvador: Juspodium. 2019. p.38.

perdão judicial ou, até ministerial (não oferecimento da denúncia) mas, em regra, reserva-lhe punição mais branda¹³.

3. DA NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE

Segundo o escólio de Maria Helena Diniz, a natureza jurídica pode ser tida como:

“(...) afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação”.¹⁴ Seria, em outras palavras, um “atividade lógica de classificação, pela qual se integra determinada figura jurídica no conjunto mais próximo de figuras existentes no universo do Direito, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais.”¹⁵

É de extrema relevância analisar a natureza jurídica atribuída ao instituto eis que a partir daí extrai-se diversas e importantes consequências jurídicas. Ademais é a natureza de um instituto que determina os efeitos que dele podem irradiar.

Nesse diapasão, Marcus Vinicius Lopes da Silva aduz:

À primeira vista, a discussão quanto a natureza jurídica de um novo direito possa parecer desnecessária, mas, na verdade, a partir do conhecimento ou estabelecimento de sua natureza jurídica é que se conhece a amplitude de seu alcance, a sua área do direito, e, como consequência, as normas interpretativas às quais estará submetida¹⁶.

¹³ Ibid.p.39.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena (2005). Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva. P.66.

¹⁵ Disponível em :https://pt.wikipedia.org/wiki/natureza_jur%C3%AD_dica#cite_note-3> Acesso em 25/10/2019

¹⁶ CALLEGARI, André Luiz. Colaboração Premiada: aspectos teóricos e práticos. Coord.de André Luiz Callegari. São Paulo : Saraiva.2019

Conforme o ângulo que se examine, a colaboração premiada assumirá diversas conotações.

Primeiramente, aponta-se sob uma perspectiva processual como meio de obtenção de prova. Tal caracterização advém do art.1º da Lei 12.850/13 e da doutrina (NUCCI,2016 p.702).

Convém estabelecer a distinção entre meio de obtenção de prova e meio de prova:

Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática(p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública) os meios de obtenção de provas (p. ex. uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos. (BADARO, 2012,P.270)

Tais elementos informativos possuem diferentes finalidade, locus e autoridades destinatárias:

Os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo. Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo). (GOMES FILHO, 2005,p.308/309).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.483/PR reconheceu que a colaboração premiada:

Seria meio de obtenção de prova, destinado a aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não constituiria meio de prova propriamente dito. Outrossim, o acordo de colaboração não se confundiria com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Estes seriam, efetivamente meio de prova, que somente se mostraria hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser corroborado por outros meios idôneos de prova¹⁷.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n.796, de 24/08/2015. Disponível em :< [http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/796#cabimento de HC em face de decisão de Ministro e colaboração premiada](http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/796#cabimento%20de%20HC%20em%20face%20de%20decis%C3%A3o%20de%20Ministro%20e%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada)> acesso em 26/10/2019.

Noutro prisma, é pacífico o entendimento de que o referido instituto afeta não apenas o direito processual penal, mas também, e diretamente, o objeto material do direito penal: a pena. Materialmente a delação premiada pode traduzir: perdão judicial, substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, fixação de regime inicial aberto ou semiaberto, progressão de regime, causa de redução da pena e causa de exclusão ou atenuação dos efeitos da sentença penal condenatória.

Veja que a Lei n. 12.850/13, desde que considerada a colaboração “efetiva e voluntária”, traz cinco consequências possíveis ao acusado:

1. Redução de um a dois terços na pena (art.4º, caput)
2. Perdão judicial (art. 4º, caput)
3. Conversão da pena em restritiva de direitos (art.4º, caput)
4. Redução de até a metade ou progressão de regime, se a colaboração for durante a fase de execução (art. 4º§5º)
5. Não oferecimento da denúncia, se antes da propositura da ação penal (art.4º,§4º).

Por outro ângulo, do direito material, entende-se que a colaboração premiada seja negócio jurídico personalíssimo. Com isso necessariamente incidiria sobre o instituto a normatização pertinente aos negócios jurídicos previstos na parte geral do Código Civil, notadamente dos requisitos de existência, validade e eficácia dos atos negociais.

Nessa linha, temos a lição extraída da mesma decisão do STF que considerou que:

Colaboração premiada seria negócio jurídico processual (...) por sua vez, esse acordo somente será válido se :a) a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má – fé; b) o seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha manifestado seu entendimento quanto a natureza jurídica do instituto, tal posição não está isenta de críticas da doutrina.

Marcos Santos (2019) aduz que:¹⁸

Reduzir a colaboração premiada ao status de negócio jurídico processual, significa não a contemplar em toda sua dimensão, haja vista as consequências materiais do instituto: a depender da hipótese, não é razoável que a extinção da punibilidade, a redução da pena, o regime prisional inicial e / ou a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos estejam à mercê, inarredavelmente de um prévio acordo entre o acusado e o Ministério Público, carente de chancela jurisdicional, mesmo quando presentes os requisitos legais respectivos. Aplicação da pena e declaração de extinção da punibilidade são matérias com reserva de jurisdição, norteadas pelo princípio da legalidade, logo não lhes pode dispensar visão tão privatista.

Não por outro motivo Humberto Dalla Bernadina de Pinho e José Roberto Sotero de Mello Porto classificam tais acordos como *ultra partes*, não se consubstanciando negócio jurídico processual propriamente porquanto os contratantes não fixam os efeitos, ante a desvinculação do juiz as benesses enumeradas. A única hipótese de negócio jurídico processual corresponde ao §4º do art. 4º consistente no não oferecimento da denúncia como contrapartida à cooperação, hipótese na qual os pactuantes têm ingerência sobre a avença como um todo, incluindo os desdobramentos¹⁹.

Marcos Vinicius da Silva (2019)²⁰ aponta que ao conceituar como negócio jurídico processual, busca -se sair de um cenário dominado pelo princípio da legalidade estrita para um no qual sobressai a autonomia da vontade, dessa forma possibilita-se validar os meios e a forma dos acordos já celebrados e os que tem por vir.

18 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. 3 ed.. Salvador: Juspodium. 2019. p.99/100.

19 Colaboração Premiada: Um negócio jurídico processual?

20 CALLEGARI, André Luiz. Colaboração Premiada: aspectos teóricos e práticos. Coord. de André Luiz Callegari. São Paulo : Saraiva. 2019. p.207/206.

Em seu brilhante magistério, Silva ressalta que ao observar os arts 190.191 e 373, §3º do Código de Processo Civil verifica-se que para que se possa plenamente exercer a autonomia da vontade no negócios jurídicos há que se observar ao menos dois parâmetros base: que tenham exclusivamente efeito processual e respeito ao princípio do devido processo legal.

Ainda, segundo o escólio do citado autor, a lógica contratual para o direito processual penal demandaria, também, considerar os institutos correlatos a exemplo da teoria da lesão contratual, teoria da imprevisibilidade, onerosidade excessiva, vício redibitório, adimplemento substancial e outros. O que claramente não se aplica ao instituto da colaboração premiada eis que nem sequer o Ministério Público pode assegurar que o acordo será homologado nos exatos termos em que foi celebrado.

No entanto, apesar de críticas e de características que não lhe permitem o traslado do conceito de negócio jurídico processual diretamente do direito civil e processo civil para o penal, este é o tratamento que lhe foi conferido pela jurisprudência e diante desse cenário é que se propõe elucidar os poderes do juiz nesta complexa e multifacetada função de fiscalizar a celebração e execução da colaboração premiada em suas fases.

4. A ATUAÇÃO DO JUIZ NO CONTROLE JURISDICIONAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA

É indiscutível que diante da grande autonomia conferida as partes na colaboração premiada com relação as penas a serem fixadas bem como a outros benefícios estabelecidos no acordo fez com que o juiz tivesse seu poder jurisdicional com contornos diferentes dos previstos no processo penal comum.

A extensão do poder jurisdicional em face do acordo celebrado entre o colaborador e o Ministério Público ainda fomenta debates intensos na doutrina e diante da recente mudança de paradigma ainda não se pode afirmar de forma peremptória que se tenha jurisprudência consolidada sobre o tema.

No entanto, apesar de tantas divergências com relação a qual seja o limite de atuação jurisdicional no procedimento da colaboração premiada, não se pode esquecer do comando constitucional da inafastabilidade do controle judicial previsto no art.5º, XXXV .

A propósito é de bom alvitre transcrever o excerto do discurso do ministro do STJ Cordeiro Nefi ²¹ quanto a necessária observância dos princípios já consolidados no ordenamento jurídico:

“ (...)É imprescindível a observância dos princípios constitucionais da Administração Pública, dos princípios jurídicos, das regras dos negócios jurídicos, das regras dos contratos administrativos e da inafastabilidade de jurisdição.”

Nessa toada, considerando que apesar de não vigorar em nosso ordenamento jurídico o plea bargain, é que se faz necessário que o judiciário tenha o protagonismo na fase de admissão, corroboração e valoração do acordo, nos quais num primeiro momento faz-se uma análise de legalidade e voluntariedade do ajuste pactuado, num segundo ocorrerá a análise das provas de corroboração e no terceiro a verificação na efetividade da colaboração sendo então proferida a sentença.

Doravante far-se-á uma análise mais acurada da atividade jurisdicional em cada uma das fases da colaboração premiada.

4. 1 Controle judicial nas fases de negociações e formalização

Em regra, o controle judicial dos atos praticados na fase de negociações será posterior pois a lei estabelece que o juiz não participará das negociações (art.4º, parágrafo 6º da lei 12.850/13).

Contudo isso não implica que os atos praticados nessa fase estejam imunes ao controle judicial, mas somente que o magistrado não será parte das tratativas pois tal prática é vedada em nosso sistema acusatório.

21 A afirmação é do ministro **Nefi Cordeiro**, do STJ. Durante evento promovido na última sexta-feira, 11, pela Enfam – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados em parceria com o STJ, a AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros e a Ajufe – Associação dos Juizes Federais do Brasil. <https://www.migalhas.com.br/quentes/Colaboracao_premiada_esta_sendo_transformada_em_plea_bargain_sem_apoio_em_lei> Acesso em 27/10/2019.

O afastamento do magistrado da etapa das negociações, portanto, encerra norma que francamente homenageia o sistema processual acusatório, sobretudo na vertente do *nullum iudicium sine accusatione* que expressa a separação das funções de julgamento e acusação.²²

Ainda nessa fase é possível que o juízo tenha que decidir a respeito de cautelares pessoais ou reais. Ressalta-se que além da análise quanto a eventual concessão de cautelares o juiz poderá analisar a violação de qualquer direito uma vez que malgrado não tenha atuação ativa não lhe é permitido se desincumbir de tal dever.

Cabe frisar que o juiz pode fazer o exame quanto a decisão do Ministério Público em oferecer denúncia contra o colaborador. Caso o magistrado não concorde com a deliberação adotado pelo parquet, deve-se valer, por analogia, do previsto no art.28 do código de processo penal.

Ainda na fase das tratativas ainda pode ser submetido ao escrutínio do juízo eventual ruptura de pré-acordo donde se prevê a inutilização dos elementos de informação já colhidos eis que não houve a homologação do acordo de colaboração (art.4º,§10 da lei 12.850/13).

4. 2 Controle judicial na fase de homologação

O art.5º da lei 12.850/13 estabelece que:

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

Decorre da leitura do dispositivo mencionado que o controle judicial recaíra tanto sobre o ocorrido nas fases de tratativa e formalização, restringindo-se à análise de regularidade, legalidade dos atos praticados pelas partes e voluntariedade do colaborador. Entretanto, nesta fase não se pode realizar o exame da veracidade e autenticidade das informações fornecidas.

22 MASSON, Cleber Rogério; MARÇAL, Vinícius. Crime organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.p.178.

O juízo de admissibilidade em sendo positivo haverá a homologação do acordo. Porém se for negativo não será homologado pela ausência dos requisitos de validade ou existência.

Nesta fase não há de ser emitida valoração a respeito do conteúdo das declarações prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público sendo descabido aferir a idoneidade do colaborador ou a veracidade de suas declarações.

Nessa seara entendeu o Supremo Tribunal Federal:

Homologar o acordo não implicaria dizer que o juiz admitira como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa.²³

Assim deixa-se o exame de mérito para a fase posterior.

Em um extraordinário estudo Moraes (2018.p.) aduz que nesse momento pode-se até valer-se do confronto entre os termos de declaração e o de colaboração buscando por contradições, pode consultar o registro audiovisual visando a aferição do grau de voluntariedade do colaborador por meio do seu comportamento ou ouvir o colaborador em juízo a fim de ratificar suas declarações, entre outras medidas, tudo com a finalidade de avaliar os requisitos de validade e existência do acordo²⁴.

Quanto a análise da legalidade do acordo de colaboração premiada, discute-se na doutrina acerca de uma incompatibilidade da ampla discricionariedade do órgão acusatório no oferecimento do acordo.

Alega-se que no Brasil não se admite a atuação do órgão ministerial brasileiro fora dos limites normativos, na proposição de cláusulas com benefícios extralegais. Sobre o assunto, Thiago Bottino assevera:

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 127483/PR Relator: Min. Dias Toffi, Tribunal Pleno, julgado em 27.08.2015. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo> n. 796 htm> Acesso em 27/09/19

24 MORAIS, H.D. Regime jurídico da colaboração premiada: direitos e deveres das partes e poderes do juiz. Dissertação (Mestrado de Pós- Graduação em Direito) Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. 2018.

Se é certo que tudo aquilo que a lei não proíbe é lícito ao indivíduo realizar, também é certo que os agentes públicos só podem atuar nos limites que a lei estabeleceu. Entretanto, as cláusulas acima mencionadas fogem completamente aos limites estabelecidos pela lei 12.850/13 e a discricionariedade com que foram redigidas tais cláusulas não possui previsão legal. Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos²⁵.

Amanda Almeida afirma que o membro do Ministério Público deve agir em conformidade com o princípio da legalidade, não dispondo da ampla discricionariedade inerente ao public prosecutor norte – americano. Cabendo ao juiz analisar a legalidade do acordo não podendo este dispor de forma contrária ao texto legal. Nessa linha, impende transcrever suas considerações:

Por fim, destaca-se que o referido ativismo traz riscos que envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e fragilidade da separação dos três poderes.

O limite da atuação dos agentes públicos nos termos da lei, surgiu da necessidade de proteger a coletividade dos comandos dos governantes em épocas que o controle do Estado e da coisa pública se confundia com a vontade pessoal destes. Com isso surgiram as constituições como forma de controlar as injustiças advindas do poder ilimitado do Estado.

Nesse sentido, é imperativo o controle quanto ao uso da colaboração premiada como instrumento para privilegiar alguns facultando-lhes benesses que sequer constam no ordenamento jurídico. De outro Norte, não se pode negar o benefício aquele que queira colaborar e preencha os requisitos nem se pode deixar de investigar fatos

25 BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. In: V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 2016, Montevideu. Criminologias e política criminal I. Florianópolis: Conpedi, 2016. P. 41-61

noticiados simplesmente porque “corre-se o risco de melindrar alguém cujo apoio é importante”²⁶.

Conforme previsto no art.4º, parágrafo 8º, o juiz poderá recusar a homologação a proposta que não atende aos requisitos legais ou adequá-la ao caso concreto.

O que significa dizer que far-se-á um confronto entre as cláusulas do acordo e o ordenamento jurídico e pode ser feita a exclusão ou adaptação destas cláusulas caso estejam em desconformidade com o direito.

Em suma nesta fase homologatória além de avaliar acerca da capacidade das partes e voluntariedade há que se analisar se o conteúdo é lícito. Todavia tal licitude abarca não só o aspecto da legalidade civil (onde se permite o que não é vedado) mas também, e principalmente, a legalidade do direito público (é lícito o que está prescrito na lei).

Superada esta análise adentra-se no mérito do acordo e no controle de sua eficácia o que se dará na fase seguinte.

4. 3 Controle judicial nas fases de corroboração e valoração e sentença

Após a homologação do acordo de colaboração premiada inicia-se o processo criminal, com instrução probatória, visando dentre outras coisas corroborar as declarações prestadas pelo colaborador. Ao final do procedimento profira-se sentença condenatória ou absolutoria na qual se avalie a eficácia dos benefícios propostos sem, contudo, se furtar da dosimetria das penas.

O art.4º da Lei 12.850/13 é taxativo ao preceituar que :

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura

26 <https://theintercept.com/2019/06/18/lava-jato-fingiu-investigar-fhc- apenas-para-criar-percepcao-publica-deimparcialidade-mas-moro-repreendeu-melindra-alguem-cujo-apoio-e-importante/>

hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Não é exigido, pois, a presença concomitante dos resultados elencados nos incisos de I a V do art. 4º. Para que o colaborador faça jus a algum dos prêmios legais, basta que alcance apenas um deles. No entanto, não sendo alcançado nenhum dos resultados esperados, o acordo será inadimplido não permitindo a incidência do prêmio. Nesse sentido, é a orientação do STF:

[...] a aplicação da sanção premial prevista no acordo dependeria do efetivo cumprimento, pelo colaborador, das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos resultados legais (lei 12.850/13, art. 4º, I a V) . Caso contrário, o acordo estaria inadimplido, e não se aplicaria a sanção premial respectiva.²⁷

No entanto, é peremptório que se prove por meio de elementos apurados na investigação a conduta atribuída ao delatado. Nestes termos, é imperativo que se cumpra a regra da corroborative evidencie e a corroboração recíproca ou cruzada.

Conforme previsto no art. 4º, parágrafo 16 de lei 12.850/13 há que se corroborar todos os elementos fornecidos pelo colaborador haja vista que não se admite prolação de decisão condenatória baseada unicamente nas declarações do colaborador.

Tal regra foi confirmada pelos Tribunais Superiores.²⁸

27 Excertos do Informativo 796 STF, de 24 a 28 de agosto de 2015.

28 Apenas a título exemplificativo, veja a seguinte decisão do STJ: “PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELAÇÃO. CONDENAÇÃO DE CORRÊU. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LASTRO PROBATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para que haja a condenação do corrêu delatado é necessário que o lastro probatório demonstre ter este participado da empreitada delituosa, sendo insuficiente a simples palavra do comparsa. 2 Recurso Especial conhecido e provido para absolver o recorrente” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.113.882/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, julgado em 08/09/2009, publicado no DJe em 13/10/2009) Disponível em :<https://ww2.stj.jus.br/>> Acesso em 26/10/19

A ausência de lastro probatório mínimo e insuficiência de elementos que corroborem as informações prestadas pelo colaborador podem inclusive ensejar a rejeição da denúncia.

Nesse sentido, Gustavo Badaró entende que não se admite sequer que se considere conjuntamente suficientes para a condenação do delatado a corroboração recíproca ou cruzada de duas ou mais delações.

“ Se assim é, se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostenta a mesma debilidade ou inferioridade?

Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste. Como em outros casos, deve-se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas.²⁹

Se, ao revés, houver a corroboração por meio de elementos colhidos na fase extrajudicial corroborando as declarações do colaborador será então proferida a sentença com o devido exame da efetividade da colaboração concedendo-se então os prêmios ao colaborador .

Nesta fase também há a possibilidade de o juiz verificar a impossibilidade de conceder alguns benefícios propostos.

Vale rememorar, outrossim, que na sentença ocorre a dosagem da pena em concreto, considerando além das circunstâncias previstas na parte geral do Código Penal, os parâmetros definidos pela norma especial, quais sejam a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração conforme previsão do art.4º,§1º da lei 12.580/13.

29 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada : sobre o §16 do art. 4º da lei 12.850/13. Disponível em : < http://badaroadvogados.com.br/o_valor_probatorio_da_delação_premiada_sobre_o_§16_do_art.4º_da_lei_12.850/13.html.. Acesso em .26/10/19.

Outro ponto que merece destaque é a necessidade de haver sentença condenatória para que se confirme os benefícios.

Sobre esse aspecto Heráclito Mossin aduz que a sentença a que alude o regramento da colaboração premiada deve ser de nível condenatório pois se a decisão for de natureza absolutória não terá cabimento o fim colimado que é o perdão judicial ou a redução da pena privativa de liberdade³⁰. O mencionado autor afirma ainda que o juiz que proferirá a sentença não está vinculado a conceder a benesse legal uma vez que se isso fosse a regra a homologação teria eficácia definitiva não necessitando obviamente de nova apreciação no final da instrução criminal³¹.

O ponto pacífico nesta fase é o de que há que se verificar a eficácia da colaboração das informações prestadas. Entretanto Rodrigo Capez afirma que se por qualquer motivo uma sanção premial atípica não for glosada na fase de homologação essa cláusula não deverá ser sindicada na fase do julgamento da sentença. Nessa hipótese se o colaborador houver adimplido suas obrigações há que se reconhecer o seu direito subjetivo à obtenção da sanção premial atípica, ressalvada flagrante teratologia, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e proteção da confiança³².

Há, por assim dizer, uma vinculação judicial ao benefício acordado em caso de cumprimento integral da avença. Eduardo Silva enfatiza que se do contrário fosse a noção de processo colaborativo restaria esvaziada e haveria um clima de indesejável insegurança jurídica do instituto, pois o Ministério Público não teria como cumprir a sua obrigação no acordo, ante a possibilidade de o juiz não conceder o perdão judicial na sentença³³.

Por derradeiro convém mencionar que ainda nesta fase poderá ser avaliado o caso de proposta de acordo de imunidade, em que não exista processo. Nessa situação se o juiz não concordar com a opção eleita pelo Ministério Público, deverá se valer da regra contida no art.28 do CPP, remetendo os autos ao PGJ para possível designação

30 MOSSIN, Heráclito Antonio. *Delação Premiada: Aspectos Jurídicos*. 2ed. São Paulo: JHMI-zun, 2016. P.202/203.

31 idem

32 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. Et. Al. São Paulo : Thomson Reuters. 2017. p.235.

33 SILVA, Eduardo Araujo da . *Organização criminosas: aspectos penais processuais da lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p.63.

de outro Procurador ou Promotor para elaboração de novo acordo ou denúncia criminal.

Sobre o tema, Souza (2016), citada por Vasconcelos (2018) assevera:

[...] após o encerramento do período de suspensão, deve haver o pedido de arquivamento da investigação para possibilitar o controle judicial sobre a concessão do benefício verificando a efetividade da colaboração. Existindo discordância sobre o arquivamento, deve-se remeter o caso ao PGJ, para controle interno no âmbito do MP em analogia ao art.28 do CPP³⁴

4. CONCLUSÃO

Apresentados os contornos do instituto da colaboração premiada em nosso ordenamento jurídico, constatou-se que ele é regido por um feixe normativo que contempla normas e princípios do direito penal, processual penal, civil, processual civil e administrativo.

Constata-se uma certa singularidade pois tal instituto advém e integra uma justiça penal negocial que diverge do nosso sistema penal acusatório.

Embora se tenha permitido o ingresso de tal instituto em nosso ordenamento, sua integração e operacionalização têm gerado discussões na doutrina. Dentre os temas que têm gerado conflitos nos debates doutrinários e no STF os limites da atuação do juiz nas fases da colaboração premiada é um dos quais merecem atenção.

Eis que o juiz exerce um papel singular eis que embora se admita uma liberdade na avença quanto as cláusulas que integrarão o acordo e do qual será fixado o prêmio, tal liberdade é limitada pelo controle judicial que ocorrerá em cada fase da colaboração.

Observou-se que o poder exercido pelo magistrado em cada uma das fases procedimentais da colaboração premiada varia quanto a intensidade e o objeto.

34 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. 2 ed. São Paulo: : Thomson Reuters, 2018. p.24/249..

Com relação a fase de homologação verificou-se que há consenso quanto a impossibilidade de análise do mérito havendo que ser sindicado os aspectos de validade, voluntariedade e legalidade.

Segundo referencial teórico utilizado no presente estudo constatou-se o entendimento quase que unânime de que no momento de prolatar a sentença o juiz está vinculado ao acordo que homologou do contrário estar-se-á a ferir os princípios da segurança jurídica e da confiança .

No entanto, não ficou claro quando, de fato, haverá a análise de mérito do acordo de colaboração haja vista que na fase de homologação é vedada e na sentença se diz que o juiz está vinculado ao acordo. Resta assim uma contradição a ser superada pois ainda que se admita o caráter negocial no ajuste tal negócio seria de natureza pública havendo a necessidade de ser sindicado. Ocorre que não se verifica no atual contexto, em que momento isso deva ocorrer tal lacuna deve ser superada com o aperfeiçoamento do instituto.

Apesar das mencionadas contradições, entendo que tal instituto deve ser compreendido como um subsistema do processo penal clássico se consubstanciando um regime jurídico especial brilhantemente descrito por MORAIS(2018) no qual se permite que o Ministério Público e o colaborador estabeleçam as condições limitando-se o juiz a verificar alguns requisitos mas sem interferir no acordo firmado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Walter Barbosa. Observações necessárias. In : BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). Delação Premiada, direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro:Lumen Juris,2011.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. In: V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI,2016, Montevídeu. Criminologias e política criminal I. Florianópolis: Conpedi,2016

CALLEGARI, André Luiz. Colaboração Premiada: aspectos teóricos e práticos.Coord.de André Luiz Callegari. São Paulo : Saraiva.2019.

DUCLERC, Elmir. Introdução aos fundamentos do direito processual penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MASSON, Cleber. VINICIUS, Cleber. Crime Organizado. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo : Método. 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado. (Lei 12.850/13. Revista Custos Legis, v.4, 2003.

MORAIS, H.D. Regime jurídico da colaboração premiada: direitos e deveres das partes e poderes do juiz. Dissertação (Mestrado de Pós-Graduação em Direito) Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. 2018.

MOSSIN, Heráclito Antonio. Delação Premiada: Aspectos Jurídicos. 2ed. São Paulo: JHMizun, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da. Guia compacto do processo penal conforme a Teoria dos Jogos. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 293.

SOARES, Renner Araújo. Delação Premiada. Âmbito Jurídico, Rio Grande jun 2016. Disponível <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/delacao-premiada/> acesso em 19 de agosto de 2019.

SPIRITO, Marco Paulo Denucci Di. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. In: Revista de Processo, São Paulo. p. 141-172. Acesso em: 19 de agosto de 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

Ver decisões de 2008 e 2009 em recurso especial (Resp): REsp 863.939 - RJ (DJe 24.11.2008) e REsp 945.055 - DF (DJe 20.8.2009).

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada : sobre o §16 do art. 4º da lei 12.850/13. Disponível em : < <http://badaroadvogados.com.br/o-valor-probatório-da-delação-premiada-sobre-o-§16-do-art-4º-da-lei-12-850-13.html>.. Acesso em . 26/10/19.