

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS NO ACORDO DE COLABORAÇÃO
PREMIADA**

BEATRIZ COSTA SANTIAGO LIMA

**RIO DE JANEIRO
2019/ 1º SEMESTRE**

BEATRIZ COSTA SANTIAGO LIMA

**A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS NO ACORDO DE COLABORAÇÃO
PREMIADA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.**

**RIO DE JANEIRO
2019/ 1º SEMESTRE**

BEATRIZ COSTA SANTIAGO LIMA

LIMA, Beatriz Costa Santiago

LL732a

A atuação dos magistrados no acordo de colaboração premiada /
Beatriz Costa Santiago Lima. --
Rio de Janeiro, 2019.
64 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Colaboração Premiada no Processo Penal Brasileiro. 2. A influência de um modelo estado unidense e sua compatibilidade com o processo penal brasileiro. 3. Fases do acordo de Colaboração premiada. 4. O princípio da imparcialidade e a colaboração premiada. 5. A atuação do juiz no acordo de colaboração premiada.

I. Santoro, A. E. R. orient. II. Título.

BEATRIZ COSTA SANTIAGO LIMA

**A ATUAÇÃO DOS MAGISTRADOS NO ACORDO DE COLABORAÇÃO
PREMIADA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Prof. Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro**.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2019/ 1º SEMESTRE**

*Há mais coragem em ser justo parecendo injusto,
do que ser injusto para salvaguardar as
aparências da Justiça.*

Pierro Calamandrei

“Eles, os juízes, vistos por nós, advogados”.

AGRADECIMENTOS

A dedicação do meu estudo se volta, antes de tudo, aos meus pais, Francisco e Marli, fonte de estímulo intelectual cuja minha gratidão e carinho são infinitos. Ingrata seria se não reconhecesse a admiração que tenho pelos meus médicos prediletos, profissionais humanos cuja integridade e ética sempre me orientarão no caminho profissional. Aos meus queridos irmãos, Pedro, Lucas e Joana, meu sincero agradecimento por terem construído a base para esta jornada, que não se apagará com o tempo.

De forma alguma posso deixar de enaltecer as amigas que a Faculdade me proporcionou, as quais carregam no coração desde o início da vida acadêmica - mulheres de fibra e independentes - que se tornaram de suma importância nesta jornada e cujo sentimento de irmandade confortou os últimos cinco anos.

Levarei adiante o sentimento que nasceu e cresceu na Faculdade Nacional de Direito, local que me ensinou com primor a lealdade e ética enquanto princípios inquebrantáveis do ofício.

Meu sincero agradecimento ao professor Antonio Eduardo Ramires Santoro, que além de me aconselhar com o devido esmero, deixará sua formação humanista para me orientar no exercício da advocacia plena. Gratifico também os demais mestres e profissionais que tive o prazer de receber os ensinamentos durante o início da carreira jurídica, donos de um compasso moral que sempre me serviu como norte.

Por fim, impossível não mencionar a equipe do Nelio Machado Advogados, profissionais que em épocas sinistras desempenham com honra e glória o múnus advocatício, sem tolerar qualquer violência em desfavor da cidadania. Vocês me ensinaram a responsabilidade de defender um semelhante e que a advocacia não é profissão de covardes.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a atuação de magistrados perante o acordo de colaboração premiada, denunciando a multiplicidade de papéis exigidos pelo legislador, conjuntura que provoca risco a atividade jurisdicional democrática preceituada na Constituição da República. Para tanto, a primeira parte do trabalho busca analisar o conceito e a natureza jurídica da colaboração premiada, seguido de breve exposição acerca da trajetória do instituto na legislação brasileira. Cuidou-se também de analisar a compatibilidade do processo penal brasileiro com o mecanismo americano da *plea bargain*, forte influenciador da colaboração premiada e resultado da expansão da justiça negocial no país. Paralelamente foi preciso delinear as fases da colaboração premiada a partir da perspectiva processual aplica na prática da Operação Lava-Jato. Por fim, quarta parte se dedica analisar o princípio da imparcialidade do juiz e verificar sua coexistência com o novel instituto premial.

Palavras-chave: Colaboração Premiada; Organização Criminosa; *Plea Bargaining*; Princípio da Imparcialidade; Atuação Jurisdicional.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the performance of magistrates before the award-winning collaboration agreement, denouncing the multiplicity of roles required by the legislator, thus jeopardizing the democratic jurisdictional activity established in the Constitution of the Republic. Therefore, the first chapter of the paper seeks to analyze the concept and legal nature of the award-winning collaboration, followed by a brief exposition about the institute's trajectory in the Brazilian legislation. It also took care of analyzing the compatibility of the Brazilian criminal procedure with the American plea bargain mechanism, a strong influencer of the winning collaboration and the result of the expansion of the negotiating justice in the country. At the same time it was necessary to delineate the phases of the award-winning collaboration from the procedural perspective applied in the practice of Lava-Jet Operation. Finally, part four is devoted to analyze the principle of the impartiality of the judge and verify its coexistence with the premier institute.

Keywords: Colaboração Premiada; Organização Criminosa; *Plea Bargaining*; Princípio da Imparcialidade; Atuação Jurisdicional.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	9
INTRODUÇÃO	10
1 - COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	12
1.1 Conceito e natureza jurídica	12
1.2 Nomenclatura e evolução na legislação pátria.....	16
2 - A INFLUÊNCIA DE UM MODELO ESTADO UNIDENSE E SUA COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	22
2.1 Cenário de expansão.....	22
2.2 <i>Plea bargaining</i> , um modelo falido.....	23
2.3 Justiça criminal negocial à brasileira.....	26
3 - FASES DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA	32
4 - COMENTÁRIOS SOBRE A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ	43
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Como não se desconhece, a Operação Lava Jato nos convida à reflexão acerca do fenômeno processual que é a colaboração premiada. Vivemos numa época em que a reconhecida vontade na sociedade brasileira de investigar e punir a criminalidade tem aparecido no círculo jurídico, ocasionando discussões calorosas sobre a necessidade de respeitar direitos e garantias fundamentais reconhecidas no Estado Democrático de Direito e na Lei Maior - definida por Ulysses Guimarães como Constituição Cidadã.

O cenário atual é marcado pelo clamor punitivo; sentimento que insurge na sociedade civil, a qual se mostra decepcionada com o Poder Executivo, em razão da crise econômica alastrada pelo país, e com o Poder Legislativo, cujos integrantes ocuparam posição de destaque em delitos de cunho econômico cometidos contra o estado e praticados por meio de organização criminosa.

Têm-se, pois, um contexto amplamente favorável ao enaltecimento do Poder Judiciário, até então única estrutura do país ainda não maculada pela delinquência. Alinhado a forças internacionais, o Brasil promulga a Lei nº 12.850/2013, fiel expressão do combate a organizações criminosas, que auxilia na criação de um ambiente onde os aplausos são voltados aos juízes que atuam de acordo com a vontade do povo e, assim, subtraem o caráter democrático da atuação jurisdicional conferido pela Constituição Federal.

Defrontam-se da noite para o dia os operadores do direito com magistrados “erigidos à posição de paladino da justiça e heróis da pátria”¹, de modo que nunca figurou tão oportuno rememorar a fala do Ministro Eros Grau:

Eis porque nos Estados de Direito há, à disposição dos cidadãos, um Poder Judiciário independente, com a função de arbitrar esses conflitos, declarando ao indivíduo quais constrangimentos o ordenamento jurídico o obriga a suportar, quais os que se não lhe pode impor. Isso tem sido, no entanto, ignorado nos dias que correm, de sorte que alguns juízes se envolvem direta e pessoalmente com os agentes da Administração, participando do planejamento das investigações policiais que resultam em ações penais de cuja apreciação e julgamento eles mesmo serão incumbidos, superpondo os sistemas inquisitório e misto, a um tempo só recusando o sistema acusatório².

¹ NETO, João Francisco; FEROLLA, Guido. As Mazelas da Colaboração Premiada. In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Organizadores). **Delação Premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 177-190.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 95.009/SP, Plenário, Relator Ministro Dias Eros Grau, julgado em 06/11/2008, DJE nº 241, divulgado em 18/12/2008.

A importância de se analisar o tema gravita em torno da aplicação quotidiana da colaboração premiada, cuja vulgarização derruba sua credibilidade. O instituto premial tal como é interpretado hoje advém de um longo histórico legislativo e, ainda, não é por completo compreendido no que concerne seu aspecto processual.

Este trabalho almeja, através da interpretação doutrinária e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, analisar a atividade jurisdicional, a colaboração premiada e como ambas se relacionam.

1 - COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1.1 Conceito e natureza jurídica

No início da empreitada, uma vez tecidos os comentários introdutórios, é preciso conceituar o instituto da colaboração premiada. Trata-se, portanto, de um negócio jurídico processual capaz de conceder determinados benefícios ao sujeito - então denominado colaborador - que se disponha a cooperar com a perquirição penal. Nesse sentido, a exposição de Vasconcelos³ trata de descrever o instituto:

Logo, a colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à conduta delitiva.

Noutro turno, permeados por um viés combativo, afirmam os causídicos Neto e Ferolla⁴:

O referido instituto surge no ordenamento jurídico pátrio com o objetivo de auxiliar os órgãos de repressão no combate à criminalidade, `premiando` o infrator da lei penal que contribui delatando outros supostos participantes do esquema tido como criminoso com benefícios que vão desde o perdão judicial à redução de penas, a depender da eficiência da colaboração.

Em outras palavras, defende Walter da Rosa⁵:

A colaboração premiada é uma forma de o Estado premiar o agente que participou de uma organização criminosa e decide colaborar com a Justiça, oferecendo provas e informações sobre crimes dos quais o Estado não só não logrou êxito em previni-los ou reprimi-los. Para tanto, o agente deve colaborar eficazmente com as investigações, fornecendo informações, elementos ou provas capazes de dismantelar a organização ou permitir o descobrimento de outros crimes.

Para além do conceito do instituto, é indispensável entender onde este pacto *suis generis* está localizado no âmbito processual penal brasileiro, pois, seguindo o ensinamento de Badaró,

³ GOMES DE VASCONCELLOS, Vinícius. **Colaboração Premiada**. 1 Ed em e-book baseada na 1 ed. Imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p. 62

⁴ NETO, João Francisco; FEROLLA, Guido. As Mazelas da Colaboração Premiada. In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Organizadores). **Delação Premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 179.

⁵ WALTER DA ROSA, Luísa. **Colaboração Premiada: A possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador**. Florianópolis: Editora Emais, 2018, p. 24.

classificar ou incluir um instituto numa ou noutra categoria é relevante, uma vez que a partir disso é que se determinam as normas gerais de sua regência ⁶.

Isto posto, antes de mais nada, devemos rememorar conceitos preliminares a respeito da Teoria Geral da Prova. Partindo da premissa de que o processo penal, em essência, atua enquanto mecanismo para reconstrução de fatos ocorridos em momentos pretérito – como se máquina do tempo fosse⁷ - é por meio de elementos probatórios que o legislador criou recursos para que o julgador exerça sua capacidade cognitiva, para ao fim expor em sentença a narrativa que mais lhe convença. Sobre o tema, Prado⁸ assinala:

A verdade perseguida no curso do processo penal como meta na ultrapassagem de um estado de incerteza para o de certeza não tem uma <natureza ontológica>, tampouco encontra-se acessível para, como em um passe de mágica, conduzir ao sujeitos processuais a uma viagem no tempo, ao passo, para perceber os fatos como na realidade ocorreram.

Nesse prisma, ainda sobre a terminologia da prova, é fundamental estabelecer as distinções entre meios de prova e meios de obtenção de prova. O primeiro pode ser definido enquanto instrumento que viabiliza a extração de informações de uma determinada fonte de prova, as quais serão passíveis de valoração pelo magistrado. Ainda sobre meios de prova, é considerável ressaltar seu caráter endoprocessual – o que implica que no momento da produção de prova, esta é submetida ao contraditório direto.

Por outro lado, os meios de obtenção de prova, também denominados meios de investigação ou meios de pesquisa de prova⁹, são métodos ocultos de obtenção da informação cuja surpresa é pressuposto essencial para a produção da prova sem a anuência de seu protagonista. Trata-se, portanto, de um caminho destinado a acessar certo material potencialmente probatório e que não permite o exercício do contraditório no momento de sua formação.

⁶ BADARÓ, Gustavo. Colaboração Premiada; meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica. *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coordenadores). **Colaboração Premiada**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017, p. 128.

⁷ FELIX, Iure e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Novas tecnologias de prova no processo penal. O DNA na Delação Premiada**. 1ª Edição. Florianópolis. Editora Empório do Direito. 2017, p. 62.

⁸ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1ª Edição. São Paulo. Editora Marcial Pons. 2014, p. 35

⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In*: YARSHELL, Flávio Luiz e ZANOIDE DE MOARES, Maurício. **Estudos em homenagem à professora Adda Pellegrini Grinover**. São Paulo, DPJ Editora, 2005, p. 309.

A colaboração premiada, em conjunto com outros institutos, tais como a busca e apreensão (embora classificada erroneamente como meio de prova no CPP), quebra de sigilo bancário e financeiro, interceptação telefônica e infiltração de agentes e são exemplos de meios de obtenção de prova. Acerca de tal entendimento, aduz Vinícius Vasconcelos¹⁰:

Afirma-se, então, especialmente após o surgimento da Lei 12.850 e o procedimento ali regrado, que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova, ou seja, não constitui meio de prova e sim ferramenta processual orientada para a produção de prova em juízo.

Este é também o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, o qual cuidou de assentar a natureza de meio de obtenção de prova da colaboração premiada quando do julgamento *habeas corpus* nº 127.483/PR¹¹:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Foi também durante o julgamento do remédio heroico supracitado que a Corte Suprema travou discussão acerca da colaboração premiada enquanto fenômeno processual complexo¹². Diz-se complexo em razão da multiplicidade de atos que envolvem o instituto, o qual é composto por diversas fases, que se estendem desde tratativas iniciais até a homologação e consequente concessão do benefício proposto. Daí se pode inferir que cada fruto da colaboração premiada – o acordo e a oitiva do colaborador - possui sua natureza jurídica distinta.

A respeito do tema, a Ministra Carmen Lucia se pronunciou no seguinte sentido¹³: “Assim, o acordo de colaboração premiada apresenta-se como meio de obtenção de prova, porém os depoimentos nele contidos caracterizam-se como meio de prova ou, ao menos, indício probatório”. Em entendimento semelhante, o Ministro Dias Toffoli, relator do *writ*, atentou para a dupla natureza jurídica do instituto premial:

¹⁰ GOMES DE VASCONCELLOS, Vinícius. *Op. Cit.*, p. 66 e 67.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 127.483/PR, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/08/2015, DJE nº 21, divulgado em 03/02/2016, p. 2

¹² GOMES DE VASCONCELLOS, Vinícius. *Op. Cit.*, p. 65.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 127.483/PR, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/08/2015, DJE nº 21, divulgado em 03/02/2016, p. 2

Estes [os depoimentos prestados] 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 prova. (...) A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

De todo modo, diante da fala dos ministros, percebe-se a natureza jurídica dúplice da Colaboração Premiada, a qual observada sobre uma perspectiva macro, poderá ser considerada um negócio jurídico alinhado aos demais meios de obtenção de prova existentes no processo penal brasileiro – aspecto fundamental para a proibição de sua valoração no convencimento do juiz¹⁴.

Todavia, se analisarmos somente o interrogatório do colaborador, este deverá ser interpretado enquanto meio de prova. No entanto, do interrogatório do agente surgem as incriminações aos demais perquiridos, as quais são conceituadas como elementos de prova.

O debate sobre a natureza jurídica do acordo e suas ramificações é de extrema importância, especialmente no que tange o seu potencial probatório para condenações. Nessa perspectiva, também afirma Badaró (apud Siracusano)¹⁵: “são mecanismos indispensáveis para a aquisição da prova, mas que não são, de per si, fonte de convencimento”. Apesar de demonstrar essa preocupação, o autor se expressa também de maneira pessimista ao tratar da catalogação¹⁶:

Diante dessa insuficiência dos dois posicionamentos puros, fatalmente surge uma posição mista, eclética ou conciliatória que, no mais das vezes, não resolve o problema, quando não ocorre o pior: criar problemas adicionais. A colaboração premiada seria, então, tanto um meio de prova, no que diz respeito às declarações do colaborador e, portanto, diretamente valoráveis pelo juiz, quanto um meio de obtenção de prova, a partir da necessidade de que sejam descobertos e levados ao processo outros elementos de corroboração da declaração hétero-incriminatória.

¹⁴ GOMES DE VASCONCELLOS, Vinícius. *Op. Cit.*, p. 69.

¹⁵ BADARÓ, Gustavo. Colaboração Premiada; meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coordenadores). **Colaboração Premiada**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017, p. 128. Apud SIRACUSANO, Delfino. **Prova: nel nuovo Codice di Procedura Penale**. *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma. 1991. V. XXV, p.1.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo. **Colaboração Premiada; meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica**. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coordenadores). *Op. Cit.*, p. 136

Como não se desconhece, os meios de obtenção de prova não têm potencial incriminatório na medida em que são provenientes de uma fase pré-processual, na qual os princípios basilares processuais - contraditório e ampla defesa - não são ponderados. Não obstante, isso não significa que aliados ao restante do conjunto probatório não possam ensejar em condenação. É exatamente este o posicionamento do autor supracitado: “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”¹⁷.

1.2 Nomenclatura e evolução na legislação pátria

Ainda sobre a natureza da colaboração premiada, a doutrina dedica-se ao seu estudo enquanto fenômeno processual, eliminando toda e qualquer possibilidade de conceituá-la como negócio jurídico de direito penal – pensamento há tempos majoritário perante os estudiosos do tema¹⁸. Em boa parte, o entendimento pretérito era diretamente influenciado pela legislação vigente anteriormente, a qual cuidou de inaugurar o instituto, porém sem maiores especificações no que tange o seu procedimento de aplicação. A respaldar o entendimento doutrinário, o Supremo Tribunal Federal assentou no julgamento emblemático do *habeas corpus* 127.483¹⁹:

Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o imputado-colaborador, se resulta exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.

Muito embora prevista em diplomas esparsos desde a década de 90, a colaboração premiada ganhou força há pouco, com a Lei nº 12.850/2013, que visa coibir as cognominadas organizações criminosas²⁰. Por consequência, não se pode deixar de esclarecer que as inúmeras mudanças legislativas adulteraram o conceito e aplicação da colaboração premiada, bem assim provocaram mutações expressivas na denominação do instituto. À vista disso, não raro as

¹⁷ BADARÓ, Gustavo. Colaboração Premiada; meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coordenadores). *Op. Cit.*, p. 130.

¹⁸ BITTAR, Walter Barbosa. Observações necessárias. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coordenador). **Delação Premiada, direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011. P. 5.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 127.483/PR, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/08/2015, DJE nº 21, divulgado em 03/02/2016, p. 2

²⁰ NETO, João Francisco; FEROLLA, Guido. As Mazelas da Colaboração Premiada. In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Organizadores). **Delação Premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 179.

alcunhas “delação premiada”, “barganha”, “cooperação processual” e “imputação de corrêu” soam o mesmíssimo significado.

Já afirmava Jacinto Coutinho, no longínquo ano de 2006, ao abordar a constitucionalidade do tema, que a delação premiada seria uma matéria típica de momentos de crise²¹. Desse modo, para melhor compreensão do instituto tal como é hoje, é imprescindível pormenorizar seu contexto histórico legislativo.

O nascedouro do que hoje se entende por colaboração premiada tem sua origem nas ordenações filipinas, compilação jurídica em vigor durante o Brasil-Colônia. A legislação lusitana abordou o tema em seu livro V, título CXVI, onde foi elaborado o item denominado “como se perdoará os malfeitores que derem outros à prisão”. Ainda no mesmo livro, porém no título VI, item 12²², era conferido o perdão ao participante ou delator do crime de lesa majestade, contanto que este não fosse o organizador do delito:

E quanto ao que fizer conselho e confederação (2) contra o Rey, se logo em algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, esse o descobrir (3), merece perdão.

E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se ele não foi o principal tratador desse conselho e confederação.

E não descobrindo logo, se o descobrir depois per spaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem haver outra mercê.

E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commetedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar de saber.

O primeiro caso célebre que envolveu a aplicação do perdão remonta a Inconfidência Mineira, quando em 1789 Joaquim Silvério dos Reis obteve gratificações sobre suas dívidas e, em contrapartida, denunciou os demais integrantes da conspiração revolucionária separatista ocorrida na capitania de Minas Gerais.

Centenas de anos depois, a Ditadura Militar cuidou novamente de proporcionar espaço à delação, vista como um meio de investigação para encontrar opositores ao governo. Não raro

²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada**. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, a. 13, n. 159, p.7-9, 2006.

²² **Ordenações Filipinas**, Livro V, Título VI, Item 12, 1595

esses líderes eram encontrados porque outros forneciam sua localização em troca de liberdade e cessação da tortura a qual eram submetidos.

Na década seguinte, em 1990, findo o regime ditatorial, foi a vez da Lei dos Crimes Hediondos trazer à tona o novel instituto. Foi por meio do artigo 7º da Lei nº 8.072/1990, que se introduziu o parágrafo 4º ao artigo 159 do Código Penal, dispositivo este que autorizava a diminuição de pena no tipo penal correspondente à extorsão mediante sequestro praticado por quadrilha ou bando. Para o alcance da redução de pena de um a dois terços, era exigida a prestação de informações que levassem à libertação do sequestrado.

Pouco mais de um lustro, o mesmo dispositivo legal sofreu nova mutação, desta vez em razão da Lei nº 9.269/1996, que se ocupou de prever o mesmo benefício, para o mesmo delito, porém com a seguinte redação: “se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”. Nesse caso, é preciso atentar para a ampliação do rol de sujeitos que podem vir a ser beneficiados pela redução de pena. Ora, se anteriormente a concessão do prêmio exigia a prática do crime por quadrilha ou bando, agora somente seria necessária sua execução em concurso de agentes, previsto no art. 29 no Código Penal.

Revogada pela Lei nº 12.850/2013, outro regulamento que trata do mecanismo premial pelo viés do combate à organização criminosa é a Lei nº 9.034/1995, que prevê no seu artigo 6º, pela primeira vez, a necessidade do caráter espontâneo da colaboração. Neste dispositivo, era facultada a redução de um a dois terços aos crimes cometidos por organizações criminosas ao colaborador que espontaneamente esclarecesse as infrações penais e seus respectivos autores.

Também em 1995 o instituto começa a se entranhar nos crimes econômicos, com o advento da Lei nº 9.080/1995 – ocasião em que foi adicionado o parágrafo 2º ao artigo 25 da Lei nº 7.492/1986 e o parágrafo único ao artigo 16 da Lei nº 8.137/1990, os quais franqueavam redução de pena aos crimes cometidos contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária e econômica e as relações de consumo - desde que praticados por quadrilha ou bando.

Percebe-se que a primeira vez que a expressão “delação premiada” é mencionada na legislação pátria ocorre em 1998, com a promulgação da Lei nº 9.613/1998, redigida com o

intuito de combater à lavagem de dinheiro e ocultação de bens. Novamente verifica-se o alargamento do rol de benefícios, que não mais passavam só pela redução de pena, mas também pela fixação de regime aberto ou semiaberto e até mesmo sua substituição por pena restritiva de direitos, podendo chegar, surpreendentemente, na isenção da reprimenda. Em contrapartida, previa parágrafo quinto do artigo 1º, que deveria o coautor ou partícipe prestar esclarecimentos no que tange a apuração das infrações, identificação dos autores e eventual localização de bens, direitos e valores objetos do crime.

A inovar com o instituto, o artigo 15 da Lei nº 9.807/99 demonstrou preocupação para além do rol de benefícios. Como se vê, se deu início a previsão de medidas especiais de segurança e proteção ao colaborador²³. No mais, os artigos 13 e 14 da legislação passaram a delimitar de modo peculiar as possibilidades de colaboração.

Em 2002 sobreveio a regulação aos crimes alusivos a entorpecentes (Lei nº 10.409/2002). Os termos não foram inovados, permanecendo a redução de um a dois terços ao colaborador voluntário que identificasse os demais autores ou provesse informações que auxiliassem a recuperação do produto, ainda que parcial, do delito. Contudo, é somente nesse ordenamento jurídico que a colaboração premiada é delineada tal como é hoje, qual seja, um acordo entre as partes.

Ao percorrer a trajetória histórica da colaboração premiada à brasileira, é preciso rememorar a Convenção de Palermo, ratificada pelo país em 2004. Percebe-se que a Convenção das Nações Unidas em Palermo contra o Crime Organizado Transnacional prestou auxílio ao ordenamento pátrio, que de forma inédita nos apresentou o conceito de organização criminosa até hoje utilizado pelo direito penal brasileiro.

Assim como a Convenção de Palermo, a Convenção das Nações Unidas em Mérida também se ocupou de firmar entre os países signatários o compromisso na adoção de medidas contra o crime, porém nesta última, o combate seria contra a corrupção. Isto posto, impossível não notar o esforço brasileiro – alinhado ao estímulo internacional - no combate aos crimes relacionados ao direito penal econômico.

²³ GOMES DE VASCONCELLOS, Vinícius. *Op. Cit.*, p. 79.

No entanto, retomando a discussão sobre a dicotomia material x processual da colaboração premiada, pode-se inferir um certo retrocesso à Lei nº 11.343/2006, responsável por substituir a Lei 10.409/2002. Diz-se involução pois a aludida legislação reavê a perspectiva dos diplomas pretéritos, que jamais demonstraram interesse sequer em esboçar o procedimento de aplicação da colaboração premiada, mas que a todo tempo reafirmaram caráter material do instituto premial²⁴.

Finalmente, apresentada como solução aos problemas ocasionados pela corrupção e crime organizado, o legislador exhibe a Lei nº 12.850/2013, que além de conceituar o mecanismo, o especifica enquanto meio de obtenção de prova (artigo 3º, I). Aos olhos da lei, a efetiva colaboração é recompensada quando o colaborador identifica os demais participantes da organização, revela sua estrutura hierárquica, previne demais infrações dela decorrentes, auxilia na recuperação total ou parcial do proveito do crime ou contribui para localização de eventual vítima. Em contrapartida o colaborador poderá ter sua pena reduzida de um a dois terços, bem assim ter a possibilidade de deixar de ser processado se for o primeiro a revelar a organização criminosa e não atuar como líder desta. Sobre a hodierna criação, afirma Vasconcelos²⁵:

O legislador pátrio introduziu o regime procedimental do instituto negocial objeto deste trabalho, que, embora possa apresentar insuficiências e confusões, inegavelmente configurou como cristalino avanço na tentativa de esboço de regras para sua limitação. Contudo, de modo paradoxal, esse foi o primeiro passo para o (criticável) triunfo da justiça criminal negocial no processo penal brasileiro.

Nesse momento, não se dedicará tempo a pormenorização dos dispositivos legais presentes na Lei nº 12.850/2013, pois o que se procura expor - espera-se que com sucesso – nos tópicos vindouros é a função dos magistrados perante o acordo.

Vale, no entanto, dedicar-se ao conflito entre todas as leis mencionadas nesse trajeto histórico da colaboração premiada. São múltiplos os dispositivos legais que coexistem, tratam do tema e carecem de precisão quanto a sua aplicação.

Nesse ponto, Vasconcelos apresenta questionamentos no que tange a norma de direito material aplicável e o procedimento a ser seguido perante o acordo premial²⁶. Diante disso, para

²⁴ GOMES DE VASCONCELLOS, Vinícius. *Op. Cit.*, p. 80.

²⁵ *Ibidem*, p. 81.

²⁶ GOMES DE VASCONCELLOS, Vinícius. *Op. Cit.*, p. 82.

a primeira problematização, sustenta a aplicação do regime mais benéfico ao acusado no caso concreto²⁷. Por sua vez, à segunda indagação, diz-se que²⁸:

Diante da insuficiência dos demais diplomas legais, a doutrina afirma majoritariamente a aplicabilidade, por analogia, do regime procedimental da lei 12.850/2013 a todos os casos em que se realize uma delação, a partir de qualquer dos regimes materiais previstos no ordenamento brasileiro.

Ao que parece, o histórico legislativo da colaboração premiada é acompanhado pela dualidade do caráter do instituto enquanto de direito material ou direito processual. No decorrer dos anos, nota-se que o legislador - sem se preocupar com o tempo - passou a se distanciar dos aspectos materiais do mecanismo e se aproximar de seu ângulo processual.

Ainda nesse raciocínio crescente, tudo indica que quanto mais próxima do direito processual penal, menos o instituto reclama a atuação jurisdicional, especialmente porque quando apresentava consequências apenas materiais, bastava que os julgadores aplicassem os benefícios em sede de sentença. Não por outra razão percebe-se um impulso para abertura de portas ao órgão acusatório.

²⁷ *Ibidem*, p. 83.

²⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

2 - A INFLUÊNCIA DE UM MODELO ESTADUNIDENSE E SUA COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 Cenário de expansão

Como não se desconhece, a Operação Lava-Jato assumiu papel de destaque no reconhecimento da colaboração premiada perante a sociedade brasileira.

Deflagrada em 2014, as perquirições iniciais se dispunham a investigar crimes de corrupção dentro da Petrobrás, que terminaram por envolver figuras políticas de diversos partidos, cujas repercussões alcançaram o Supremo Tribunal Federal.

Diante de tal cenário, os operadores do direito agora têm o dever de questionar o modo como se enfrenta a corrupção

Nesse sentido, é evidente que todos são contrários ao comportamento delituoso, sendo certo que a divergência de opiniões acerca do tema gravita em torno do modo como esse enfrentamento será concretizado. O que ocorre, claramente, é um enfrentamento messiânico, que cria heróis midiáticos aclamados pela sociedade civil.

Vivencia-se um momento em que o poder legislativo está amordaçado em virtude das investigações em desfavor de seus líderes e o executivo se ergue diante de anos de crise econômica. A partir de tal conjuntura, oportuniza-se ao poder judiciário a possibilidade de ocupar o local de destaque perante a civilização.

Dito isso, torna-se extremamente difícil exigir uma visão técnica e imparcial dos julgadores que agora são elevados à figura divina pela coletividade.

Posto em evidência o cenário fértil onde a colaboração premiada encontra-se situada, depreende-se que o crescimento de sua popularidade é exponencial. Conforme atestado no primeiro capítulo, a colaboração premiada é herança legislativa de outros institutos e não se trata, portanto, de uma novidade no ordenamento jurídico pátrio. Não por outro motivo, não podemos apresentar a colaboração premiada como criação originária do legislador brasileiro.

2.2 *Plea bargaining*, um modelo falido

Ainda que não se possa afirmar a equivalência entre o instituto reconhecido como *plea bargaining* e a colaboração premiada, impossível não notar a semelhança entre ambos. Para introduzir o tema, necessário delinear que no *plea bargaining*, o acusado confessa o seu crime, mas não tem a obrigação de delatar terceiros.

Importante a diferenciação do título *whistleblowing*, política aplicada com frequência no exterior por empresas, que redigem normas que favorecem e oferecem recompensas aos reconhecidos *whistleblowers*. Nesta, o delator não é autor do crime, mas apenas fornece a autoria para as autoridades, diferentemente da colaboração premiada, onde o colaborador necessariamente é integrante da organização criminosa.

No presente trabalho utiliza-se o exemplo americano por ser um dos países com aplicação mais evidente do mecanismo. A esse propósito, busca-se entender como o *plea bargaining*, maior influenciador da introdução da colaboração premiada no Brasil, funciona em seu território nativo, onde 95%²⁹ das condenações são alcançadas através do instituto.

A primeira aparição do acordo em terras americanas remonta à Guerra de Secessão. À época, promotores, embora eleitos, eram comumente conhecidos por exercer cargos privados. É nessa esteira que a delação surge, num contexto em que acusadores tinham interesse na eliminação veloz de processos para que então dispusessem de mais tempo para se dedicar à iniciativa privada. Atualmente, advogados norte-americanos não se distanciam desta prática – muito ao revés -, possuem interesse pessoal nesse *modus operandis*, eis que possibilita que casos sejam descartados rapidamente, assim aliviando sua carga laboral e proporcionando ao constituinte a evitação de julgamentos arriscados.

Nos anos 70, o *plea bargaining*, havia se expandido a tal ponto que quase todos os casos criminais eram concluídos com a indigitada colaboração. Há algumas teorias em relação ao drástico aumento narrado. Dentre elas destaca-se a corrupção generalizada no judiciário norte-americano no início do século XX, que contribuiu para a descrença dos acusados, que viam maiores chances na *guilty plea* do que no enfrentamento ao processo.

²⁹ MUNOZ, Claudio. **A plea for change: american prosecutors have too much power. Hand some of it to judges.** 2014. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2014/10/04/a-plea-for-change>>. Acesso em: 07/06/2019.

Aponta-se ainda a profissionalização do sistema de justiça, que culminou em agentes repetidos que compartilhavam do interesse de descartar casos rapidamente. É também de absoluta relevância o avanço dos casos de responsabilidade civil, decorrente de uma sociedade industrial, que culminava em juízes incentivados a se livrarem apressadamente de casos criminais para dar vez aos grandes litígios cíveis³⁰.

Desde o primórdio, a eficiência oferecida pelo *plea bargaining* é atraente do ponto de vista econômico e político, entretanto, cabe sempre lembrar que eficiência, em matéria de justiça criminal, não equivale à efetividade.

Trata-se, assim, *plea bargaining*, do termo usado para descrever o processo de negociação entre o órgão acusatório e o investigado que busca assegurar a *guilty plea*. Importante mencionar que o *plea inquiry* é uma série de quatro indagações³¹ formuladas pelo juízo antes de autorizar que o acusado se declare culpado, onde são feitos os seguintes questionamentos: (1) é voluntária a sua declaração de culpa?; (2) compreende que, ao se declarar culpado, está se declarando autor de fatos que constituem crime?; (3) compreende as consequências de se declarar culpado, inclusive que estará renunciando o julgamento?; (4) compreende que o Juiz não está atrelado à sentença proposta em conjunto por sua defesa e o *prosecutors office*?

Plea bargaining consiste então na barganha entre defendente e promotor na qual aquele abdica do seu direito constitucional ao devido processo legal (*right to a trial*) e autodeclara-se culpado em troca de benefícios apresentados pelo *prosecutor*. Geralmente tais compensações implicam na diminuição de pena, desclassificação ou absolvição de um delito que lhe fora imputado, e até mesmo, uma sentença mais favorável.

Assim, com o oferecimento de denúncia, o processo da “*plea bargaining*” é inteiramente controlado pela acusação. O indiciado até poderá expressar o desejo de receber os benefícios de tal acordo em troca de informações privilegiadas, mas tal ato, por si só, já confere maior poder ao órgão de acusação. Além disso, o acordo só prosseguirá se o promotor/procurador

³⁰ IRELAND, David. **Bargaining for expedience? The Overuse os Joint Recommendations on Sentence.** Manitoba Law Journal. Volume 38, Issue 1. Manitoba, Canadá, 2014. Disponível em: <<https://mspace.lib.umanitoba.ca/bitstream/handle/1993/23924/david%20ireland%20thesis.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 07/06/2019.

³¹ *Ibidem, loc. cit.*

estiver de acordo com as condições da *plea bargaining*. Caso contrário, nem réu, nem juiz terão o poder de intervir na situação.

Davis³² chama atenção para o exercício arbitrário do acusador, que se utiliza, a todo tempo, de discricionariedade durante a negociação, assim como no oferecimento da exordial acusatória. A obra por ela produzida indica que são raras as chances de influência da defesa na propositura do acordo, pois o sucesso de tal empreitada depende de diversos fatores. Por exemplo, se as provas apresentadas pelo órgão acusatório são fracas, se as testemunhas arroladas são suspeitas e o réu é primário e de bons antecedentes, a defesa deverá apresentar a gama de fatores capazes de influenciar um acordo mais benéfico.

Daí pode-se inferir a magnitude da autonomia para acusar, bem assim os inúmeros fatores legítimos e ilegítimos capazes de influenciar o promotor, que nos levam a crer que não restam dúvidas que a “*plea bargaining*” é um procedimento de caráter arbitrário cujos resultados são aleatórios³³ – ao menos nos Estados Unidos.

No que concerne o papel do judiciário perante o “*plea bargaining*”, há uma percepção coletiva de que magistrados não deveriam exercer qualquer papel nas discussões travadas entre promotores e defesa no que tange às negociações inerentes ao instituto. Batra, professor da Texas University School of Law, em seu artigo³⁴, elenca possíveis complicações e benefícios decorrentes da participação judicial no mecanismo premial. Os malefícios incluem: (1) ausência de voluntariedade no acordo; (2) ausência de imparcialidade do juiz no processo posterior; (3); contato do juiz com informações inadmissíveis como prova no processo penal; e (4) risco de o juiz usurpar a atividade persecutória. Já os benefícios compreendem: (1) garantir que o acusado esteja ciente de informações relevantes; (2) controle da atividade acusatória; e (3) fiscalização de possível malversação da defesa.

O autor parte da premissa que o instituto possui problemas estruturais, não sendo a atuação dos julgadores aptas a regularizar todas as ilegalidades que o permeiam³⁵. Por

³² DAVIS, Angela. **Arbitrary Justice: The Power of the American Prosecutor with a new afterword**. Nova Iorque, 2007. Oxford University Press, p. 43.

³³ *Ibidem*, p. 47.

³⁴ BATRA, Rishi Raj. **Judicial Participation in Plea Bargaining: A Dispute Resolution Perspective**. Ohio, 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2619433>. Acesso em: 07/06/2019.

³⁵ BATRA, Rishi Raj. *Op. cit, loc. cit.*

derradeiro, o acadêmico traça recomendações relativas à forma que deve se dar a intercessão judicial no “*plea bargaining*”. Todavia, ressalta que dentre as possibilidades atuais, o juiz envolvido na homologação do acordo não pode, de sobremaneira, ser o mesmo da instrução, sob pena de parcialidade do julgador, bem como aponta-se que toda a negociação deve ser registrada e apresentada posteriormente às partes e aos magistrados.

Ainda acerca da figura do julgador junto ao “*plea bargaining*”, afigura-se relevante elencar a obra de Jenia Iontheva Turner, professora da SMU Dedman School of Law, que cuidou de produzir estudo comparado entre três sistemas cuja participação jurisdicional nos acordos é mais afeiada. No artigo, sugere-se um novo perfil para um modelo judicial mais participativo nas “*plea negotiations*”, ocasião em que se se produziria um resultado mais apurado e justo. Dentre as vantagens pode-se observar o distanciamento de negociações coercitivas, a manutenção de acordos eficientes, justos e que se aproximam da verdade. Nesse diapasão, a autora cita o exemplo de sistemas na Flórida, Connecticut e Alemanha, que abriu às portas aos magistrados e apresentaram grande potencial de transparência e justiça nas negociações, sempre impondo ao instituto inúmeras instâncias revisoras³⁶.

2.3 Justiça criminal negocial à brasileira

Uma vez exposto brevemente o conceito do *plea bargaining* bem como sua aplicação nos tribunais norte-americanos, é substancial esclarecer que o sistema processual por eles utilizado é o *adversarial system*, específico da tradição da *common law*, que por sua vez se guia por costumes e precedentes.

Para além disso, o sistema adversarial no âmbito processual relativiza a busca pela verdade, atribuindo um caráter quase que consensual e permitindo ao juiz somente a análise de legalidade do acordo e redação da reprimenda penal.

Trata-se, portanto, de um padrão divergente do adotado pelo Brasil e demais países de cultura jurídica romano-germânica, amparados pela *civil law* e caracterizado pela codificação

³⁶ TURNER, Iontheva Jenia. *Judicial Participation in Plea Negotiations: A comparative View*. Winter, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871979>. Acesso em: 07/06/2019.

do direito, que evoluíram do modelo inquisitório até alcançar o modelo acusatório de processo penal. Sobre o assunto, afirma Sarkis³⁷:

Enquanto o binômio inquisitorial-adversarial reflete a diferença entre um sistema que se desenvolve de acordo com a disposição oficial do juízo, que busca e gerencia a prova como meio de obtenção da verdade, e outro determinado pela demanda das partes, que administram a gestão da prova por meio do confronto.

Inegável que o *plea bargaining* e o sistema acusatório não coexistem harmonicamente no em um mesmo modelo de processo penal. Em parte, a incompatibilidade entre os sistemas se dá em razão do estudo da titularidade da ação penal, que no Estados Unidos é orientado exclusivamente pelo arbítrio do órgão de acusação³⁸.

Trata-se, portanto, o revés do que ocorre no sistema processual penal brasileiro, que se rege pelo princípio da legalidade - comumente associado a um dever acusatório de perquirição. A nossa tradição, portanto, é marcada pela persecução obrigatória. Nas palavras do autor de “Barganha e Justiça Criminal Negocial”³⁹:

Logo, há um dever de acusação decorrente da lei que se impõe quando houver indícios de materialidade e autoria suficientes da ocorrência de uma infração penal, o que não pode ser influenciado ou renunciado por razões discricionárias ou por motivos alheios à simples averiguação da existência ou não do crime a partir das provas obtidas.

Ademais, se fizermos o raciocínio contrário, depreende-se que, se a legalidade impõe o dever de prosseguir a persecução penal quando presentes os requisitos previstos em lei, também tem o potencial de obstar a renúncia ao processo por parte do Ministério Público – que para a doutrina majoritária representa o princípio da obrigatoriedade. Sobre o tema, traz-se à colação os vocábulos de Vasconcellos⁴⁰:

De modo distinto, a obrigatoriedade da ação penal pública determina a persecução de todos os fatos que as autoridades públicas tomarem conhecimento e que se enquadrem como fatos puníveis segundo o ordenamento jurídico vigente. Ou seja, em um cenário de obrigatoriedade, nenhum critério utilitário ou relacionado com pouca gravidade do

³⁷ SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: Limites Constitucionais à confiabilidade e corroboração**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018. p. 32

³⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 2ª Edição. Salvador. Editora Juspodivm, 2017. P.33.

³⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. P. 36.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 46.

fato criminoso pode ser empregado para fundamental a não propositura da denúncia ou o não início da persecução punitiva, ainda que previsto em lei.

Relevante salientar ainda, o raciocínio de Andrey Borges de Mendonça. O autor aponta uma nova interpretação do princípio, desta vez em favor do imputado. Veja-se, portanto, que o princípio da legalidade foi introduzido no direito processual como escudo ao acusado, evitando acusações formuladas à margem da lei. Como explica o jurista, o princípio da legalidade é mitigado na ocasião de aplicação dos benefícios do acordo de colaboração premiada, como uma forma de interpretação do princípio em favor do colaborador⁴¹.

A respeito do tema, é necessário trazer à colação o artigo 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 12.850/2013, que apresenta exceção ao princípio da obrigatoriedade, oferecendo a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia na ocasião em que o colaborador não for o chefe da organização criminosa e seja o primeiro dos integrantes a celebrar o acordo.

Nesta hipótese, Afrânio Silva Jardim sugere que o órgão acusatório tem o dever de requerer o arquivamento da investigação com arrimo no artigo 28 do Código de Processo Penal, para que ao menos seja submetido ao controle jurisdicional e no caso de eventual informação de ser o pretense colaborador o chefe da organização criminosa, seja autorizada a retomada da investigação⁴².

Outro princípio processual pertinente ao assunto é o da oportunidade, que autoriza a desistência do acusador em prosseguir a ação penal independente de indícios de autoria e materialidade. A própria legislação oferece essa alternativa quando da positivação da suspensão condicional do processo, que é um direito subjetivo do acusado. No entanto, este princípio vem sendo mitigado para dar espaço aos critérios subjetivos do acusador em tempos de justiça negocial, como preleciona Vasconcellos⁴³:

Portanto pensa-se que a justiça consensual (ou negocial) é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de

⁴¹ DE MENDONÇA, Andrey Borges. **Os benefícios da colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade**. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coordenadores). **Colaboração Premiada**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017, p. 81.

⁴² JARDIM, Afranio Silva; Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Organizadores). **Delação Premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, pp. 33-40.

⁴³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. P. 55

colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

Cumprido frisar que o primeiro modelo de justiça penal negociada no país foi traduzido na Lei nº 9.099/1995, que rege o procedimento para os crimes de menor potencial ofensivo. Somente num segundo momento a justiça penal negociada, com o advento da colaboração premiada, acolhe as infrações penais de grande complexidade e atreladas ao direito penal econômico. Nos dizeres do juiz auxiliar no Supremo Tribunal Federal, Marcelo Costenari Cavali⁴⁴:

Haveria, pois, uma diferença entre as decisões que homologam acordos de transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76, § 5º) e de suspensão condicional do processo (Lei 9.099/1995, art. 89, § 1º) de um lado, e a decisão homologatória de um acordo de colaboração premiada (Lei 12.850/2013, art. 4º, § 7º), de outro. Na transação penal e na suspensão condicional do processo, desde que cumpridas as condições acordadas, não haveria mais espaço para uma instrução processual; na colaboração premiada, o acordo seria apenas uma proposta de sentença, não totalmente rígida, a ser modelada pelo juiz, ao término do processo, conforme a eficácia da colaboração prestada.

De fato, a única semelhança entre os dispositivos presentes na Lei nº 9.099/95 e a Colaboração Premiada é o fato de que ambas se encaixam na noção de justiça negociada. Ao passo que o aceite da proposta de suspensão condicional não analisa a culpa do indivíduo e portanto não enseja em condenação, a colaboração premiada associa-se à busca pela verdade real na medida que exige a confissão do colaborador e auxílio no trabalho investigativo para destrinchar a organização criminosa.

À vista disso a Lei nº 9.099/95 é um exemplo da influência da justiça negociada no processo penal brasileiro, que nas palavras de Aury Lopes Jr., delimita hipóteses “muito restritas e devidamente disciplinadas em que o Ministério Público tem uma pequena (e bem circunscrita) esfera de negociação com o imputado (dentro de rígidos critérios legais)”⁴⁵. Este diploma então

⁴⁴ CAVALI, Marcelo Costenari. Duas faces da Colaboração Premiada: visões “conservadora” e “arrojada do instituto da lei 12850/2013. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coordenadores). **Colaboração Premiada**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017, p. 262.

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. p. 201.

teria amenizado o princípio da obrigatoriedade nos crimes de menor potencial ofensivo. Para tanto, não custa lembrar as palavras do autor acerca deste princípio⁴⁶:

A obrigatoriedade (não consagrada expressamente, mas extraída da leitura do art. 24 e do seu caráter imperativo) encontra sua antítese nos princípios da oportunidade e conveniência (não adotados pelo Brasil na ação de iniciativa pública), em que caberia ao Ministério Público ponderar e decidir a partir de critérios de política criminal com ampla discricionariedade. Em nosso sistema, isso não existe e, estando presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, deverá o Ministério Público oferecer denúncia.

Ocorre que, o *plea bargaining* é criado no seio do princípio da oportunidade, maestro do sistema adversarial e próprio da *common law*. A colaboração premiada, por sua vez, é concebida por força dos anseios da sociedade civil em combater à criminalidade. Entretanto, há que se ressaltar que ambos exigem a confissão do colaborador. Nesse sentido, em breves linhas traz-se à baila a exposição de Vinícius Vasconcellos⁴⁷:

Por certo, é inquestionável a diferenciação acerca das premissas dos sistemas (oportunidade ou obrigatoriedade), entretanto pode-se afirmar que: 1) os ordenamentos de origem continental, pautados pela obrigatoriedade, estão adotando paulatinamente maiores espaços de exceção, em que se autoriza, em regra dentro de parâmetros legalmente definidos, casos de não obrigatoriedade da ação penal de natureza pública; e, 2) não há como afastar semelhantes clamores por celeridade e eficiência em ambos os cenários, de modo que a suposta necessidade é compartilhada argumentativamente na maioria, quiçá por todos os sistemas jurídicos internacionalmente.

O processo penal brasileiro então abre às portas para a colaboração premiada, um instituto inspirado diretamente no exemplo americano *plea bargaining*, expressão fiel da justiça negocial e dos espaços de consenso. Percebe-se certa ineficiência estatal perante a investigação de delitos sofisticados cometidos por organizações criminosas, vez que se tornou necessária a criação de um mecanismo para o auxílio da perquirição através de próprios integrantes da organização. O Estado então demanda a contribuição daquele que se vê na iminência de sofrer as mazelas da acusação criminal, demonstração do exercício do poder de punir estatal.

A necessidade de trazer para a investigação a presença de um colaborador que em momento pretérito fora autor do crime se deve também à complexidade dos tipos penais, que

⁴⁶ *Ibidem*, p. 200.

⁴⁷ GOMES DE VASCONCELLOS, Vinícius. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, pp. 115 e 116.

exige das autoridades conhecimentos e habilidades muito além de operadores do direito e oficiais da corporação. Soma-se à incapacidade dos órgãos de investigação os discursos que clamam por celeridade e eficiência na persecução penal, os quais são guiados pela fixação na elaboração de um novo enfrentamento da criminalidade, que agora é cometida pelo alto escalão político e empresarial do país.

A colaboração premiada é, portanto, um instituto enigmático cuja trajetória se inicia no combate à criminalidade em razão da inaptidão – há quem diga falência⁴⁸ - das autoridades em investigar delitos executados de maneira extremamente sofisticada, cujo aparato estatal por si só não deu conta de repreender. Sobre o tema, Bitencourt e Busato tratam com ironia ao representarem o Brasil como um país onde só o crime é organizado⁴⁹.

Por tudo quanto exposto neste capítulo, é inegável a abertura brasileira à justiça negocial, que originariamente foi desenvolvida num âmbito processual distinto da cultura jurídica pátria. A influência de um modelo que é malsucedido no seu país de maior aplicação nos faz questionar se o discurso sedutor de eficiência no combate à criminalidade é de fato algo que pode ser sustentado por um modelo de processo penal democrático tal como preceitua a Constituição Federal.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto e BUSATO, César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo. Editora Saraiva, 2014, p. 116.

⁴⁹ *Ibidem, loc. cit.*

3 - FASES DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Apesar de representar grande avanço na normativa procedimental da colaboração premiada, a Lei nº 12.850/2013 não foi capaz de delimitar as fases do instituto. Não por outro motivo, a dissonância entre os mais diversos acordos homologados nos leva a crer na insegurança jurídica que a ausência de instrumentalização na legislação nacional acarreta.

No que tange o momento processual, a colaboração premiada não possui restrições quanto o seu ponto de partida. Sendo assim, extrai-se do Art. 4º, § 5º da Lei nº 12.850/2013, que poderá ocorrer em qualquer ocasião, mesmo na fase investigativa e até após o trânsito em julgado da sentença. Todavia, em qualquer dos estágios a presença da defesa é mandatória.

A despeito dos esparsos vocábulos dedicados ao processo do acordo de colaboração no ordenamento jurídico, na prática, os acordos homologados na Operação Lava Jato seguem determinado padrão. Em sua maioria as tratativas iniciais entre colaborador e autoridades ocorrem na fase pré-processual, ou seja, durante a investigação. Portanto, é no decorrer do inquérito que a etapa negocial se desenvolve. Em suma, uma vez homologado o acordo, procede-se ao oferecimento de denúncia e, com o seu recebimento, a instrução processual, onde as provas são submetidas ao contraditório e eventualmente utilizadas para prolação de sentença.

Pois bem, a primeira fase então corresponde a negociação entre o agente então integrante da organização criminosa e o poder público, que por sua vez será representado por membro do Ministério Público e/ou Delegado de Polícia. As tratativas iniciais são desenvolvidas em completo sigilo e marcadas por um cenário nebuloso onde o acusado deve valorizar suas informações em troca de prêmios mais favoráveis.

Vislumbra-se, portanto, um jogo de sedução onde o futuro colaborador deve traçar sua estratégia para transmitir a magnitude de seu conhecimento sobre o funcionamento da organização, mas sem expor todo o seu conteúdo nesse primeiro momento. Como observa Vasconcellos “o delator não pode apresentar tudo o que sabe, sob risco de tornar-se inútil à

persecução penal”⁵⁰. Por outro lado, deve a acusação se contentar em oferecer benefícios apenas com a noção geral das informações que estão por vir.

O momento inicial é então onde serão definidos os contornos do contrato, bem como as contrapartidas estatais oferecidas pelo Estado em troca do conteúdo fornecido pelo colaborador. Importante destacar que a presença do juiz não só é dispensada, como é terminantemente proibida (Art. 4º, § 6º da Lei nº 12.850/2013), “de modo a assegurar sua imparcialidade e evitar indevidas pressões que comprometem a voluntariedade do consentimento do imputado”⁵¹. Nessa toada, cumpre colacionar a percepção de Vinicius Vasconcellos:

Portanto, o momento de negociações padece de limites cognitivos à obtenção de informações. Durante os acertos, o delator poderá ser ouvido pelo MP, sempre acompanhado de seu advogado. Contudo, nesses depoimentos prévios, somente deve almejar-se a verificação dos pressupostos e requisitos do acordo de colaboração premiada. É disso que trata o “relato” que deve constar no termo de colaboração, que será analisado no próximo tópico. Tais declarações preliminares não podem ser consideradas provas, pois são produzidas sem o respeito ao contraditório e para finalidade distinta⁵².

Por fim, acerca da fase inicial, destaca-se que na prática os acordos de colaboração premiada vêm manifestamente desrespeitando o disposto no artigo 4º, parágrafo 13 da Lei nº 12.850/2013. Deste dispositivo legal infere-se a orientação de “Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações”.

Ocorre que a própria locução utilizada pelo legislador – “sempre que possível” – por si só não impõe obrigatoriedade na gravação. Nesse aspecto, mais correto seria dizer que as autoridades acusatórias tivessem o costume de ignorar a direção sugerida na legislação no que concerne a gravação etapa inaugural do acordo de colaboração premiada.

O artigo 6º da Lei nº 12.850/2013 indica a fase subsequente às negociações, qual seja: a elaboração do termo de acordo de colaboração premiada. O referido documento deverá conter todo o relato da negociação e seus possíveis resultados; as condições da proposta elaborada por

⁵⁰ GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. **Colaboração Premiada**. 1 Ed em e-book baseada na 1 ed. Imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais.2017, p. 294.

⁵¹ *Ibidem, loc. cit.*

⁵² *Ibidem, loc. cit.*

Ministério Público ou delegado de polícia; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; as assinaturas de todos os atores envolvidos nas tratativas.

Aqui vale reproduzir a decisão de lavra do Ministro Gilmar Mendes nos autos da Reclamação 23.030 no que tange o fornecimento de dados visuais ao delatado:

A Lei 12.850/13, ao tratar da colaboração premiada, estabelece a obrigatoriedade de forma escrita para o “termo de acordo de colaboração premiada”, que deverá conter “o relato de colaboração e seus possíveis resultados”. Muito embora a lei não seja de todo clara no ponto, o termo de acordo de colaboração não precisa necessariamente conter todos os detalhes do depoimento do colaborador. A lavratura do termo de acordo é feita com base no até então negociado pelas partes. O colaborador revela, em linhas gerais, o que sabe e pretende relatar e as partes negociam os benefícios correspondentes. Mas o efetivo relato do que o delator sabe, em todos os seus detalhes, será, ao menos em regra, feito após a conclusão do negócio jurídico processual em um ou mais depoimentos. Daí se infere que o termo de acordo de colaboração deve conter a suma do que será delatado, mas não necessariamente os pormenores. Especialmente em casos de maior complexidade, os depoimentos dos colaboradores podem ser tomados em apartado, e registrados pelos meios aceitos pela legislação processual – redução a termo (art. 216, combinado com art. 405, caput, do CPP), gravação magnética, estenotíпия, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual (art. 405, §1º, do CPP). O mesmo ato pode ser registrado de mais de uma forma. Pode haver a redução a termo e, simultaneamente, a gravação audiovisual das declarações – duplo registro. Além disso, não se descarta a possibilidade de os colaboradores delatarem fatos não conexos ou, mesmo que tecnicamente conexos, passíveis de apuração em separado. Nesses casos, para administração das informações, especialmente para preservar o sigilo de investigações ainda em curso, é viável a realização de registros separados por crimes ou grupos de crimes – fracionamento do registro. Não há maiores dúvidas sobre o direito do delatado ao acesso ao registro das declarações em seu desfavor, passível de afirmação inclusive em sede de reclamação, na forma da Súmula Vinculante 14. Resta ver se é viável sonegar ao delatado um dos meios de registro – em casos de duplo registro – ou as declarações não usadas em seu desfavor – nos casos de fracionamento do registro. A jurisprudência do STF já registra precedentes quanto a ambos os casos. Analisando caso de duplo registro, o relator, Min. Teori Zavascki, julgou procedente a Reclamação 19.229, para determinar que fosse dado aos réus acesso aos registros audiovisuais de declarações, a despeito de seu conteúdo, reduzido a termo, já constar dos autos – Rcl 19.229 AgR, decisão de 16.6.2015. (...) A própria legislação recomenda a gravação dos depoimentos em geral, para “obter maior fidelidade das informações” – art. 405, §1º, do CPP. Assim, a regra deve ser o acesso do réu ao conteúdo gravado das declarações, se houver. (...) Ou seja, o direito ao acesso à gravação dos depoimentos não existe sempre e em qualquer hipótese. Apenas se presentes os requisitos enumerados, a prerrogativa surge. Analisando caso de fracionamento de registro, a 2ª Turma do STF considerou válido manter em sigilo parte do conteúdo de declarações de colaborador, que “não diziam respeito ao objeto da ação penal, mas sim a fatos ainda em investigação” – Agravo Regimental na Rcl 22.009, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 16.2.2016. Novamente, tenho por correto o entendimento. Depoimentos do colaborador que não são usados em desfavor de um determinado delatado são de seu interesse apenas indireto. Podem ser preservados de seu conhecimento, especialmente se embasarem investigações ainda sigilosas. (...) Ou seja, estamos diante de um caso que merece um aprofundamento da jurisprudência. Ao menos em uma análise preliminar, tenho que a existência de investigações em curso, baseada nas gravações, é suficiente para resguardar o sigilo. Foi isso o indicado na mencionada decisão da Reclamação 19.229,

que afirmou o direito ao acesso, visto que não haveria necessidade concreta de proteger o “êxito das investigações”⁵³.

Seguindo os dispositivos legais em ordem sequencial, apresenta-se o artigo 7º da Lei nº 12.850/2013, que trata do pedido de homologação do acordo, ocasião em que tomará seu aspecto formal. Chama-se atenção para a distribuição sigilosa do acordo, o qual não poderá conter informações que auxiliem na identificação do colaborador e seu objeto.

Com o intuito de manter a imparcialidade do julgador em processo advindo da colaboração premiada, a Lei nº 12.850/2013, em seu artigo 4º, parágrafo 7º, indica que nesta etapa dar-se-á o primeiro contato entre o pretense acordo e o juiz, onde este poderá solicitar a oitiva do colaborador para melhor formar sua opinião sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do negócio jurídico.

Assim, é também papel do juiz o zelo com a colaboração premiada, para que não ultrapasse os limites do sistema acusatório, cuja nítida feição dialética e recorte democrático supõem igualdade entre as partes⁵⁴.

Destaca-se ainda que neste momento ainda está presente a natureza de meio de obtenção de prova do acordo, visto que não é concedido à defesa dos delatados o direito ao contraditório – que será garantido durante a instrução probatória, onde os delatados terão a oportunidade de impugnar as informações trazidas pelo Colaborador em sede de audiência de instrução e julgamento ou ao longo do processo com a chegada de provas.

O estágio homologatório é a primeira oportunidade em que a candidata colaboração pode não alcançar seu objetivo, se não verificados os requisitos de admissibilidade. Sobre esta etapa, afirmava o Ministro Teori Zavaski:

Cumpra registrar que a decisão de homologação do termo de colaboração premiada faz juízo sobre sua “regularidade, legalidade e voluntariedade” (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013). Assim, não há, no ato de homologação, exame de fundo acerca do conteúdo dos depoimentos prestados, os quais só serão objeto de apreciação judicial

⁵³ BRASIL. RCL 23030, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 28/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 03/11/2016 PUBLIC 04/11/2016.

⁵⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal – Curso Completo**. 1ª Edição. São Paulo. Editora Manole. 2010, p. 3

no momento da sentença, em que as declarações prestadas serão valoradas em face das outras provas produzidas no processo⁵⁵

E ainda, segundo o Ministro Gilmar Mendes, ao prelecionar acerca da fase homologatória da colaboração premiada, vale-se dos ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, Frederico Valdez Pereira, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva:

Vale mencionar, a propósito do que venho de referir, notadamente quanto à natureza e ao significado do ato de homologação, a sempre autorizada lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (“Instituições de Direito Processual Civil”, vol. III/272-274, item n. 936, 6ª ed., 2009, Malheiros): “Homologar significa agregar a um ato realizado por outro sujeito a autoridade do sujeito que o homologa. Ao homologar atos das partes ou dos auxiliares da Justiça, o juiz os ‘jurisdicionaliza’ (Pontes de Miranda), outorgando-lhes a eficácia dos que ele próprio teria realizado. A homologação dos atos dispositivos das partes é um invólucro, ou continente, cujo conteúdo substancial é representado pelo negócio jurídico realizado por elas. Ao homologar um ato autocompositivo celebrado entre as partes, o juiz não soluciona questão alguma referente ao *‘meritum causae’*, nem decide sobre a pretensão deduzida na inicial. Limita-se a envolver o ato nas formas de uma sentença, sendo-lhe absolutamente vedada qualquer verificação da conveniência dos negócios celebrados e muito menos avaliar as oportunidades de vitória porventura desperdiçadas por uma das partes ao negociar. ‘Essas atividades das partes constituem um limite ao poder do juiz, no sentido de que trazem em si o conteúdo de sua sentença (Chiovenda). Se o ato estiver formalmente perfeito e a vontade das partes manifestada de modo regular, é dever do juiz resignar-se e homologar o ato de disposição do direito, ainda quando contrário à sua opinião. (...) Por isso, cumpre ao juiz proceder apenas ao exame externo dos atos dispositivos, mediante uma atividade que se chama delibação: assim como o enólogo prova pequenas doses do vinho em busca da descoberta de seu sabor e controle de qualidade, assim também o juiz permanece na periferia do ato das partes, em busca dos requisitos de sua validade e eficácia. São cinco os pontos que lhe cumpre verificar, mas nenhum deles referente aos possíveis direitos das partes: a) se realmente houve um reconhecimento, transação ou renúncia; b) se a matéria comporta ato de disposição (CC, art. 841); c) se os contratantes são titulares do direito do qual dispõem total ou parcialmente; d) se são capazes de transigir; e) se estão adequadamente representados. Esses pontos dizem respeito à ordem pública, e constitui dever do juiz a sua verificação, quer alguma das partes a haja requerido ou mesmo de ofício — negando homologação ao ato se lhe faltar algum dos requisitos, um só que seja. Ao proceder a esse exame, o juiz exerce atividade tipicamente estatal, caracterizada como jurisdição. É jurisdicional o ato homologatório, em oposição ao caráter negocial do ato a ser homologado. (...)” (grifei)

Na realidade, o juiz competente não efetua, em instância homologatória, avaliação que o autorize a incursionar no exame aprofundado das cláusulas pactuadas no acordo de colaboração premiada, mesmo porque, nessa fase, cabe-lhe, unicamente, promover “o controle das cláusulas abusivas, desproporcionais e ilegais” (LUIZ FLÁVIO GOMES e MARCELO RODRIGUES DA SILVA, “Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação”, p. 322, item n. 7.12.1, 2015, JusPODIVM), pautando-se, para esse efeito e de modo estrito, pelos critérios da voluntariedade, regularidade e legalidade, motivo pelo qual “Não deve o magistrado fazer outro juízo de valor que não estes elencados” (LUIZ FLÁVIO GOMES e MARCELO RODRIGUES DA SILVA, “op. loc. cit”).

Esse mesmo entendimento é também acolhido por FREDERICO VALDEZ PEREIRA (“Delação Premiada – Legitimidade e Procedimento”, p. 153/154 e 156, item n. 4.2.7, 3ª ed., 2016, Juruá Editora), cuja lição, no tema, reconhece a existência de limites que

⁵⁵ BRASIL. Pet 5733, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 23/09/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 25/09/2015 PUBLIC 28/09/2015

devem conformar “qual deve ser a atuação do juiz nos Acordos de Colaboração Processual” submetidos a sua homologação: “A preservação da imparcialidade judicial recomenda que ao juiz se atribua apenas, na fase preliminar, a tarefa de fiscalização sobre a observância das formalidades e da imparcialidade do acordo, no sentido de verificar se foram atendidos, numa primeira análise, os pressupostos legais e observados os direitos e garantias dos arrendidos, em controle que se poderia chamar externo. Atuação judicial na fase investigativa, para além da fiscalização quanto à regularidade do procedimento colaborativo conduzido por membro do Ministério Público, aproximaria o magistrado por demais da figura do juiz de instrução, ensejando questionamento sobre a imparcialidade para o julgamento posterior da causa. Ao juiz compete aferir a observância preliminar dos pressupostos do instituto em concreto e se foram observadas as garantias do colaborador, sem se comprometer antecipadamente com a concessão de prêmio ao agente, tampouco se envolvendo em atos de cunho investigatório. Somente depois de encerrada a conduta colaborativa e apurados os fatos, é que o juiz, avaliando a eficácia da cooperação, os fatos revelados, a postura cooperante, bem como todos os demais elementos envolvidos, irá reconhecer os efeitos benéficos do instituto perante o colaborador, homologado os ajustes quanto ao conteúdo⁵⁶.

Como é cediço, ao juízo homologatório não permite demasiada superficialidade, mesmo porque em sede de sentença o juiz apreciará os termos do acordo e sua eficácia, tal como preceitua o art. 4º, parágrafo 11 da Lei nº 12.850/2013 – ocasião em que também será objeto a concessão de benefícios.

Ora, nesta etapa então exige-se do magistrado uma ponderação extremamente delicada. Deve ele ter se atentar para as condições de validade, sem se aprofundar, para que não adentre o mérito da causa e obtenha um pré-julgamento.

O juízo homologatório será o competente para processar e julgar a causa oriunda do acordo de colaboração. A distribuição sigilosa do acordo será, portanto, para o juízo o qual o requerente (delegado de polícia ou representante do Ministério Público) entender competente. Por óbvio, outras colaborações premiadas não constituem critério a influir na competência.

Deve, portanto, o postulante se atentar para as regras de competência definidas no Código de Processo Penal e na constituição, que prezam pelo lugar onde o fato foi cometido, interesse da união, entidades autárquicas e empresas públicas e eventual prerrogativa de foro. O que pode ocorrer é um mesmo colaborador relatar fatos de competência jurisdicional distintas, mas como há o costume de dividir a colaboração em anexos, nada impede que cada juízo competente para o julgamento dos crimes homologue o acordo fracionado.

⁵⁶ BRASIL. HC 144652 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 12/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 14/06/2017 PUBLIC 16/06/2017

Anote-se o entendimento firmado por Afrânio Silva Jardim a respeito desta etapa, que busca apresentar uma nova interpretação ao acordo:

A decisão de homologação do acordo de cooperação premiada tem a natureza de jurisdição voluntária, vale dizer, trata-se de uma decisão judicial (não jurisdicional) que a lei exige para a concretização e eficácia de um determinado negócio jurídico. Aqui, não temos pretensão (no sentido técnico de Carnelutti) e muito menos lide (não há como resistir ao que não existe, pretensão)⁵⁷.

O autor, por sua vez, para além do caráter processual do instituto da colaboração premiada, apresenta posição inovadora ao reconhece-lo como negócio jurídico de direito público, tendo em vista que toda a sua existência e validade dependem do entendimento final do juiz, que apresenta a manifestação estatal em sede homologatória⁵⁸.

Ainda no juízo homologatório, a legislação faculta ao magistrado a possibilidade de recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto (Art. 4º, §8). Sobre esse ponto, Vinicius Vasconcellos sugere uma análise cautelosa, pois “o julgador não pode intervir diretamente, em oposição à vontade das partes, nos benefícios propostos em troca da colaboração”⁵⁹. O que se pretende é que o juiz faça o controle de cláusulas eventualmente abusivas, desproporcionais e ilegais que não se coadunam com o ordenamento jurídico pátrio.

Sobre a apreciação do termo de acordo para futura homologação, Alexandre de Castro Coura e Américo Bedê Junior tecem considerações relevante meritórias de reprodução:

Neste momento, o juiz poderá aferir vício de consentimento e quaisquer outros fatos juridicamente relevantes para a manifestação válida da vontade, como por exemplo, a existência de coação. Podemos dizer, portanto, que para além do juízo de oportunidade e conveniência, existem aspectos vinculados na retratação que poderão justificar recusa de homologação pelo juiz, conforme as circunstâncias do caso concreto⁶⁰.

⁵⁷ JARDIM, Afranio Silva; Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Organizadores). **Delação Premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 36.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁹ GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius. **Colaboração Premiada**. 1 Ed em e-book baseada na 1 ed. Imprensa. São Paulo: Revista dos Tribunais.2017, p. 305

⁶⁰ COURA, Alexandre de Castro e Junior, Américo Bedê. A atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada. In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Organizadores). **Delação Premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 71.

Partindo da premissa que a homologação da colaboração tem também a função de garantir ao colaborador o efetivo cumprimento dos benefícios - além do juízo de legalidade e regularidade - torna-se ela passível de impugnação. No que tange à impugnação por terceiros, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de terceiros atingidos pelo acordo não têm legitimidade para tanto, principalmente no que concerne a competência para homologação⁶¹.

A doutrina entende⁶² que o Ministério Público é a parte detentora de legitimidade recursal para recorrer da decisão denegatória de homologação, caso em que seria admitida a correção parcial. No entanto, na análise sobre os recursos cabíveis de tal decisão, afirma Carla Veríssimo pela possibilidade de recurso de apelação:

Em nossa ótica, a posição que parece mais acertada é a que defende o cabimento da apelação residual, em razão da natureza da decisão de homologação: interlocutória (como já reconhecida pelo STF, no julgamento do HC 127.483/PR), e que se refere apenas aos efeitos processuais e penais entre o Ministério Público (ou delegado) e o colaborador, resolvendo-os com força de decisão definitiva⁶³.

Findas as tratativas, elaborado o termo e homologado o acordo, o então pretense candidato a negócio jurídico efetiva-se em colaboração premiada, tornando-o o acusado/investigado de fato colaborador. A eficácia do acordo fica então subordinada aos requisitos dos incisos I a V do caput do artigo 4º do referido diploma legal.

Outro dispositivo de destaque na legislação acerca da colaboração premiada é o art. 4º, parágrafo 9º, que determina que o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelos responsáveis pela investigação. É, portanto o juízo de eficácia, feito em sede de sentença, reconhecido com a segunda oportunidade para análise do acordo de colaboração.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 127.483/PR, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/08/2015, DJE nº 21, divulgado em 03/02/2016, p. 2

⁶² Nessa linha, Nucci entende que o recurso cabível do ato judicial de homologação é a correção parcial, tendo em vista que esse recurso é o instrumento cabível para a correção de erros cometidos pelo magistrado, quando de caráter procedimental. NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 69.

⁶³ VERÍSSIMO, Carla. Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coordenadores). **Colaboração Premiada**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017, p. 116.

Como as declarações falsas do colaborador e sua omissão geram inadimplemento, compara-se a narrativa de fatos com os elementos trazidos pelo colaborador e submetidos ao contraditório.

De todo oportuno destacar o julgamento da questão de ordem suscitada na Petição 7074/DF, na qual os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Celso de Mello e Cármen Lúcia entenderam pela produção dos efeitos do acordo de colaboração premiada quando do cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador nos incisos do caput do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013.

Os Ministros aplicaram ao caso concreto o artigo 966, parágrafo 4º do Código de Processo Civil, que preceitua que “os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”. Ao proferir seu voto, o Min. Edson Fachin afirmou que “o direito subjetivo do colaborador nasce e se perfectibiliza na exata medida em que ele cumpre seus deveres. São como ‘conditio sine qua non’ para que o colaborador possa usufruir desses direitos”⁶⁴.

A questão de ordem também firmou o entendimento acerca dos juízos de homologação e avaliação da eficácia do acordo. Por maioria, os ministros entenderam que o juízo de homologação do acordo de colaboração premiada é monocrático (em consonância com o artigo 4º, parágrafo 7º da Lei nº 12.850/2013), sendo atribuído ao relator o exame relativo a regularidade, voluntariedade e legalidade. Noutro turno, cabe ao tribunal pleno analisar o cumprimento dos termos do acordo homologado e sua eficácia (conforme artigo 4º, parágrafo 7º da Lei nº 12.850/2013).

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do julgamento supradito:

Ementa: QUESTÃO DE ORDEM EM PETIÇÃO. 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

⁶⁴ BRASIL. Questão de Ordem na Petição 7074/DF, Relator Min. EDSON FACHIN, julgado em 29/06/2017, publicado em 03/05/2018, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal.

JURISDICCIONAL 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 jurisdiccional 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.

3. Questão de ordem que se desdobra em três pontos para: (i) resguardar a competência do Tribunal Pleno para o julgamento de mérito sobre os termos e a eficácia da colaboração, (ii) reafirmar, dentre os poderes instrutórios do Relator (art. 21 do RISTF), a atribuição para homologar acordo de colaboração premiada; (iii) salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico, acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deve ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo, nos termos do art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil, possível ao Plenário analisar sua legalidade.

(Pet-QO 7074, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 29/06/2017, publicado em 03/05/2018, Tribunal Pleno)

Por fim, finda a instrução processual, é no momento da sentença que o magistrado vai analisar o cumprimento dos requisitos assumidos pelo colaborador para então proceder a aplicação do benefício. É, portanto, realizada uma verificação das cláusulas, compromissos e prêmios constantes no acordo para efetivar a produção dos efeitos do negócio jurídico. Como destaca Vinícius Vasconcellos, o juiz não se encontra adstrito aos benefícios acordados no termo de colaboração premiada homologado, uma vez que “não há vedação a um prêmio maior”⁶⁵.

Feita a exposição na tentativa de delimitar as fases procedimentais da colaboração premiada, é mais fácil compreender o papel desempenhado por cada um de seus atores. A partir disso, contata-se com extrema facilidade que o julgador é de fato o mais beneficiado na celebração do acordo – tudo em razão da redução expressiva na sua carga de trabalho, que se

⁶⁵ GOMES DE VASCONCELLOS, Vinícius. **Colaboração Premiada**. 1 Ed em e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p. 315.

reduz à verificação de critérios de admissibilidade e eficácia. Vê-se, pois, que o exemplo brasileiro não se distancia muito do cenário em que o *plea bargaining* surgiu nos longínquos anos da guerra de secessão.

Também não é difícil perceber o protagonismo atribuído ao órgão acusatório. O Ministério Público, por assumir o controle das tratativas iniciais eleva seu poder tornando magistrados desimportantes. Na obra *barganha e justiça criminal negocial*, o autor Vinicius Vasconcellos explica que promotores são beneficiados pelo aumento de sentenças condenatórias e os advogados de defesa são tentados a fecharem acordos para manter boas relações com agentes públicos e para “o encerramento célere do caso, que possibilita a representação de um maior número de réus”⁶⁶. É nesse prisma que o jurista destaca⁶⁷:

Uma inquestionável degradação das funções desempenhadas por juízes, promotores, advogados e, inclusive réus em um panorama processual pautado por negociações e concessões, havendo, assim, uma expropriação dos papéis das partes, em que seus interesses pessoais sobrepõem às funções processuais de limitação ao poder punitivo.

⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 161.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 159.

4 - COMENTÁRIOS SOBRE A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Ditos os prolegômenos acerca das fases procedimentais da colaboração premiada e a função de seus atores, encaminhando-se para a conclusão deste trabalho, é preciso analisar a garantia da imparcialidade do juiz e sua coexistência com o instituto da colaboração premiada.

Como explica Aury Lopes Junior, o processo penal é um caminho que condiciona o exercício do poder de penar⁶⁸ a regras que juntas compõem o devido processo legal. Em se tratando, portanto, do exercício de poder de punir do Estado, evidente que é necessário estipular mecanismos de controle, não só através da legislação, mas de seus protagonistas.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o papel do juiz no processo penal é atuar enquanto escudo, aplicando garantias constitucionais e salvaguardando os direitos do acusado. Nas palavras de Aury, “a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal”⁶⁹.

O autor aponta que “a garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas ‘ter um juiz’, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria constituição”⁷⁰. Nos tempos obscurantistas em que estamos vivendo, vem se constatando, concepções enviesadas dos comandos constitucionais, em detrimento da cidadania.

Em realidade, a garantia da imparcialidade vem sendo interpretada como se tivesse sido escrita à lápis, cuja apreciação revela-se desatenta aos deveres inalienáveis, correspondentes a honraria que representa cuidar do cidadão, em face dos pleitos do estado acusador. No regime que se tem observado, constata-se a atividade jurisdicional sendo aplicada à margem da lei, apequenando direitos fundamentais, que são, por muitas das vezes, chancelados por juízes e tribunais.

Em um país como o nosso, não podemos nos olvidar que os poderes de maioria são o legislativo e o executivo. Vê-se, pois, que o que confere legitimidade para a atuação

⁶⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2017, p. 57.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 62.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 58.

jurisdicional não é a maioria, mas sim a constituição, que zela pela proteção de direitos fundamentais inquebrantáveis, a qual na visão de Luigi Ferrajoli é sempre parcial e imperfeita⁷¹. Daí toma-se por correta as afirmações de Aury Lopes Jr, no sentido de que a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da constituição⁷².

Dentro da garantia da jurisdição, destacam-se os princípios do juiz natural e o da imparcialidade, sendo pertinente ao tema, o segundo preceito. Contudo, cabe ao menos destacar o caráter duplo da garantia do juiz natural, que conforme nos ensina Badaró⁷³, assegura um juiz competente e a vedação de um tribunal de exceção. Em alternativa, Aury entende por um caráter tríplice do princípio:

Somente órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição; ninguém poderá ser processado e julgado por órgão instituídos após o fato; há uma ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja⁷⁴.

Não basta, portanto, haver um magistrado competente e previamente designado, mas um julgador com aptidão para formar sua convicção de modo livre, razão pela qual não se pode exigir uma decisão que se atente à vontade da maioria, mas sim uma que não ceda a pressões políticas⁷⁵. Isso porque o juiz não está acima das partes, mas para além do interesse delas e do público, como compartilha Aury Lopes Jr. ao citar Jacinto Coutinho⁷⁶.

De toda sorte, falar sobre o princípio constitucional explícito implica em adentrar na esfera do princípio implícito do juiz imparcial – garantia assegurada na Convenção Americana de Direitos Humanos, que cuidou de destinar o artigo 8º a garantias judiciais. Na visão de Gustavo Badaró o princípio do juiz natural é um mecanismo para a preservação de um juiz

⁷¹ Na visão de Ferrajoli, a legitimidade da função judiciária, residindo nos vínculos a ela impostos pela lei em garantia do seu caráter cognitivo e em tutela dos direitos do cidadão, é sempre parcial e imperfeita. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 439.

⁷² LOPES JUNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 61.

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 49.

⁷⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 61.

⁷⁵ *Ibidem, loc. cit.*

⁷⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. P. 61. Apud Coutinho, Jacinto. **O papel do juiz no processo penal**. In: **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2001, p. 11

imparcial, que ao menos tem o condão de impedir o imputado de ser julgado por alguém previamente selecionado⁷⁷.

Como visto anteriormente, o juiz natural nada mais é do que o juiz previamente designado por lei para quando um futuro crime acontecer, já se saber o caminho a ser percorrido pelo processo. Vale dizer assim que é vedado a todos a escolha de seu julgador. Tal garantia, todavia, não esbarra nas regras de competência orgânica do tribunal, as quais são previstas condições de caráter impessoal, cujos critérios são marcados pela objetividade. Pretende-se, com a observância à tais regras, que o magistrado seja natural e conseqüentemente imparcial, vez que não há vínculo entre as partes. Juntos, o juiz imparcial, somado à vedação da criação de um tribunal de exceção garantem a suposição de um juiz imparcial.

Aury Lopes Jr. nos atenta para os limites que tangenciam a liberdade do juiz, pois para que não se torne arbitrária⁷⁸, deve este se ater ao cotejo probatório colacionado aos autos. O autor ainda explica que a posição do juiz é diretamente proporcional ao nível de eficácia do contraditório⁷⁹, sendo impossível não associar um juiz imparcial ao sistema acusatório, responsável por introduzir a figura do juiz espectador. O autor relembra o principal fundamento do sistema acusatório, a saber: a separação entre separar e julgar⁸⁰. Em sede propositiva, pensa o autor que, em consonância com o entendimento firmado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não é compatível o juiz que esteve presente na fase pré-processual retomar o julgamento da causa na fase processual⁸¹.

Interesse pessoal e privado na causa são incessantemente proibidos por parte do juiz, que não deve gozar do consenso da maioria, mas tão somente ter a confiança de seus imputados. De igual modo não pode haver interesse na causa, seja pessoal ou institucional e, especialmente acusatório (o que nos remeteria a um processo penal inquisitório). Para garantir essa equidistância⁸² da causa, afirma Luigi Ferrajoli:

⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. Cit.*, p.56.

⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2017. P. 61

⁷⁹ O autor explica que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade. LOPES JUNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 61

⁸⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 64.

⁸¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 65

⁸² Expressão desenvolvida pelo autor para indicar o afastamento dos interesses das partes em causa. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 464.

O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa. Ao mesmo tempo ele não deve ser um sujeito ‘representativo’, não devendo nenhum interesse ou desejo – nem mesmo da maioria ou totalidade dos cidadãos – condicionar seu julgamento que está unicamente em tutela dos direitos subjetivos lesados: como se viu no parágrafo 37, contrariamente aos poderes executivos e legislativo, que são poderes de maioria, o juiz julga em nome do povo, mas não da maioria, em tutela das liberdades também das minorias.

No entanto, aqui vale diferenciar três institutos comumente confundidos: imparcialidade e neutralidade, conceitos que não consubstanciam com a isenção, a qual corresponderia a falta de interesse. Imparcialidade, no meio jurisdicional é dar ouvidos à ambas às partes de maneira igualitária, é ser aquele que não privilegia um dos polos. Por outro lado, ser neutro significa não permear o julgamento conforme os seus ideais – característica impossível que certamente não se pode esperar do julgador⁸³, ser humano de carne e osso.

Como já dizia Padre Antônio Vieira, “Deus nos livre de juízes inclinados, se não são Deus. Aonde vai a inclinação, lá vai a sentença”⁸⁴. Não basta, todavia, confiar na palavra divina para demonstrar a imprescindibilidade da imparcialidade jurisdicional, que quando não observada, vicia desde o nascedouro qualquer processo. Não por outra razão a garantia de um julgador que se qualifica como um terceiro sujeito separado da acusação é um dos elementos essenciais responsáveis pela divergência entre os sistemas acusatório e inquisitório – garantia esta traduzida no axioma nº 8, previsto na teoria garantista de Luigi Ferrajoli.

Outro estudioso que abordou com sucesso o estudo sobre a imparcialidade do julgador foi Schunemann, cujo pensamento é enaltecido na obra de Aury Lopes Junior, que de forma muito satisfatória nos apresenta o trabalho do jurista alemão. Com parcimônia o autor brasileiro explica a contribuição da teoria da dissonância cognitiva para a compreensão da imparcialidade do juiz⁸⁵.

Inicialmente Aury explica que na visão de Schunemann há um conflito de papéis⁸⁶ a partir do momento que o magistrado cumula funções desde a fase pré-processual - quando poderá decidir sobre medidas cautelares -, passando pela etapa instrutória até alcançar a prolação de sentença. Continua explicando o autor:

⁸³ LOPES JUNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 61.

⁸⁴ VIEIRA, Padre Antônio. Sermão no sábado quarto de quaresma. Lisboa, 1652.

⁸⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 69

⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 69

Em linhas introdutórias, a teoria da ‘dissonância cognitiva’, desenvolvida na psicologia social, analisa formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, bem como a forma de inserção de elementos de consonância (mudar uma das crenças ou as duas para torna-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos)⁸⁷

Não é necessário depreender esforço algum para saber que essas ideias antagônicas são representadas pelas estratégias de argumentação utilizadas por defesa e acusação, que na maioria das vezes serão discordantes uma da outra. Aury continua esclarecendo que o raciocínio de Schunemann supõe que o magistrado, inconscientemente tenderá se vincular a primeira narrativa (construída na fase pré-processual), o que causará, despropositalmente na tentativa de autenticar tal narrativa no estágio instrutório. A consequência de tal raciocínio será, portanto, superestimar as informações que conciliam com a acusação e menosprezar o conteúdo desarmônico (teses defensivas)⁸⁸.

Antonio Santoro e Marina Rezende também buscaram interpretar a teoria da dissonância cognitiva aos olhos de Schunemann, ilustrando ser “natural que cada pessoa busque obter relações harmônicas entre seu conhecimento e suas opiniões”.⁸⁹ Oportunamente os doutrinadores explicaram cuidadosamente a metodologia empregada pelo jurista alemão, o qual angariou, quantidade expressiva de magistrados e representantes da acusação atribuindo-lhes a tarefa de sentenciar determinado caso – sendo facultado o acesso às informações obtidas no decorrer do inquérito.

É de se espantar, mas os resultados divulgados na leitura lavrada por Santoro e Rezende indicam que o jurista comprovou seu raciocínio por meio do ensaio sobredito, que atingiu o seguinte desfecho:

Os resultados obtidos demonstram que, dos 28 (vinte e oito) magistrados que tiveram acesso aos autos do inquérito, 20 (vinte) proferiram sentença condenatória. Já entre os 30 (trinta) que não tomaram conhecimento previamente acerca da investigação policial, apenas 10 (dez) decidiram condenar o acusado⁹⁰.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 70

⁸⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁸⁹ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; REZENDE, Marina Dalla Bernardina de. A Imparcialidade da Jurisdição e sua incompatibilidade com a colaboração premiada. In: Alexandre Morais da Rosa. (Org.). **Aspectos destacados dos desafios de efetivação constitucional dos direitos humanos no Brasil**. 1ed. Florianópolis: Editora Modara, 2017, v. 1, p. 27-48

⁹⁰ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; REZENDE, Marina Dalla Bernardina de. A Imparcialidade da Jurisdição e sua incompatibilidade com a colaboração premiada. In: Alexandre Morais da Rosa. (Org.). *Op. Cit.*, p. 27-48

Em suma, a teoria destina-se a confirmar o célebre ditado popular da “primeira impressão é a que fica”. Todas as informações desconstruídas que são fornecidas ao longo do processo penal – tese de defesa, tese de acusação e a própria opinião do juiz – geram dois efeitos, cuja tradução de Aury retrata seguramente o ensaio de Schunemann:

Efeito inércia ou perseverança: mecanismo de autoconfirmação de hipóteses, superestimando as informações anteriormente consideradas corretas (como as informações fornecidas pelo inquérito ou a denúncia, tanto que ele as acolhe para aceitar a acusação, pedido de medida cautelar, etc.

Busca seletiva de informações: onde se procuram predominantemente, informações que confirmam a hipótese que em algum momento prévio foi aceita (acolhida pelo ego), gerando o efeito confirmador-tranquilizador⁹¹.

Não raro, em diversas audiências podemos perceber a predisposição dos magistrados em fornecerem amplo espaço para as perguntas formuladas pelo *parquet*, que muitas das vezes não versam sobre o fato concreto *sub examine*. Os causídicos mormente se deparam com o interesse dos juízes nessas indagações, o que naturalmente faz com que percebam que a atenção lhes fornecida não é a mesma.

Pois bem, os dois efeitos descritos acima, que refletem as conclusões manejadas no estudo empírico de Schunemann, foram confirmadas em pesquisa de campo, cuja metodologia ajudou a entender que o grau de participação do juiz na fase de inquérito reflete proporcionalmente na atenção deste com relação aos questionamentos elaborados pela defesa na ocasião de instrução processual.

Segue relatando ainda que a parcialidade do julgador é afetada diretamente pelas informações colacionadas durante o inquérito, que em regra não são submetidas ao contraditório, a tal ponto que o magistrado “passa a ocupar a parte contrária diante do acusado que nega os fatos”⁹². A crítica feita por Schunemann vai de encontro ao modelo de processo penal desenvolvido no Brasil, que, ainda que por critérios objetivos, determina a prevenção do juízo que atuou na fase pré-processual para toda e qualquer outra decisão a ser proferida ao longo do processo, bem como no ato de sentenciar.

⁹¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 70

⁹² LOPES JUNIOR, Aury. *Op. Cit.*, p. 71

No meticuloso exame desenvolvido por Antônio Santoro e Marina Rezende, que se ateuve à abordagem da imparcialidade sob à ótica de Ferrajoli e das decisões proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, restou verificada a incompatibilidade do princípio da imparcialidade com o formato atualmente conferido à colaboração premiada⁹³.

Felizmente o presente trabalho compartilha da visão dos autores, que sustentam que o conteúdo de informações produzidas na fase de inquérito – na qual a defesa não tem a oportunidade de refutar os argumentos explanados nos petítórios da acusação – por si só já representam potencial ameaça ao livre convencimento do juiz, o que nos faz desacreditar na sua imparcialidade.

Após os ensinamentos proporcionados pela pesquisa de Schunemann, torna-se forçoso reconhecer que a regra de prevenção utilizada nos tribunais brasileiros contribui, e muito, para a formação de juízes cuja imparcialidade fora inconscientemente lesada. Sobre este ponto, pronunciam-se os autores:

Questiona-se, portanto, se este contato tão próximo com os autos da investigação poderia contaminar o convencimento do magistrado de forma que, ao proferir a sentença, seja impossível a dissociação do ponto de vista apresentado reiteradamente pela polícia e pela acusação, sem a manifestação da defesa até então. Uma vez que o conhecimento do juiz parece se formar antes do exercício do contraditório, portanto, resta comprometida a imparcialidade.⁹⁴

Evidente que o princípio da imparcialidade não está disposto explicitamente na Carta Magna, porém há que se destacar sua previsão legal implícita como de relevância significativa. Não por outro motivo o código de processo penal brasileiro cria os mecanismos de impedimento e suspeição, para servir enquanto controle da almejada imparcialidade jurisdicional. Infelizmente, a doutrina e a jurisprudência pouco se atêm a este tema, voltando sua atenção somente para os incidentes indicados acima. Assim, sugere Gustavo Badaró⁹⁵, que os

⁹³ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; REZENDE, Marina Dalla Bernardina de. A Imparcialidade da Jurisdição e sua incompatibilidade com a colaboração premiada. In: Alexandre Morais da Rosa. (Org.). *Op. Cit.*, p. 27-48

⁹⁴ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; REZENDE, Marina Dalla Bernardina de. A Imparcialidade da Jurisdição e sua incompatibilidade com a colaboração premiada. In: Alexandre Morais da Rosa. (Org.). *Op. Cit.*, p. 27-48

⁹⁵ BADARÓ, Gustavo. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias.** 2011. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como->

operadores do direito busquem subsídios nos julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em especial o caso Piersak vs. Bélgica, no qual foi gravada a distinção entre imparcialidade objetiva e subjetiva:

Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o art. 6.1 da Convenção, de diversas maneiras. Pode se distinguir entre um aspecto subjetivo, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito⁹⁶

De toda sorte, Antonio Santoro e Marina Rezende similarmente nos explicam:

Foi neste contexto que o Tribunal, ao decidir, distinguiu a imparcialidade objetiva da imparcialidade subjetiva. Esta se refere à convicção pessoal do juiz ao decidir, à pretensão de proferir sentença alheia ao interesse das partes e sem qualquer forma de convencimento prévio ao exercício do contraditório. Já a primeira deve ser percebida pela chamada teoria da aparência. Tal teoria reconhece a dificuldade em se determinar se o juiz é efetiva e subjetivamente imparcial, de modo que a imparcialidade só pode se configurar se o juiz aparentar ser imparcial. É necessário, portanto, verificar se o caso oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima acerca da imparcialidade daquele magistrado ao decidir.

Em suma, a parcialidade é motivo para obstar a atuação de qualquer julgador, sendo certo que a imparcialidade subjetiva se consubstancia na consciência do magistrado, especialmente quando o juízo acerca da matéria versada é divorciado de vícios previamente concebidos. Noutra turno, a superfície oposta da imparcialidade se ergue em meio a critérios objetivos afastados da convicção do juiz, mas aliados ao caso concreto, que aí sim deve ser capaz de eliminar incertezas no tocante à imparcialidade.

É de todo oportuno que o presente estudo se debruce sobre a exposição pertinente dos autores supracitados, que interpretaram a atuação de juízes no procedimento de acordo de colaboração premiada sob viés tríplice: “(i) na proibição de participação do juiz nas negociações; (ii) na homologação da proposta de colaboração e (iii) na possibilidade de utilização do agente colaborador para formação do convencimento judicial.”⁹⁷

[asseguraraimparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html](#)>.

Acesso em: 13/0/2019.

⁹⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁹⁷ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; REZENDE, Marina Dalla Bernardina de. A Imparcialidade da Jurisdição e sua incompatibilidade com a colaboração premiada. In: Alexandre Moraes da Rosa. (Org.). *Op. Cit.*, p. 27-48

Como sabido, o art. 4º, §6º da Lei de Organizações Criminosas obsta a presença do magistrado na etapa negocial do pretense acordo de colaboração premiada. Conforme mencionado no capítulo três do presente trabalho, o instituto premial poderá ser entabulado em qualquer fase processual, em conformidade com o §5º do artigo 4º do referido diploma legal. Em seguida, afirmou-se aqui que o exame das fases do acordo seria pormenorizado levando em conta o procedimento mais frequente, cujo rito tornou-se prestigiado por efeito da Operação Lava Jato. Na maior operação instaurada pela Polícia Federal, em sua maioria, os célebres acordos de colaboração premiada tiveram seu início na fase investigativa. Também é notório que a maior parte das prisões preventivas são decretadas nesta fase pré-processual.

Ante o exposto, imaginemos a seguinte situação: há uma determinada investigação em curso onde a autoridade policial apresentou representação em favor da prisão preventiva de certo investigado e, com a anuência do Ministério Público postulou-se a medida de cunho excepcionalíssimo para suprimir a liberdade deste. O juízo competente, portanto, terá o dever de apreciar o petítório analisando os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, bem assim verificar a presença de *fumus comici delicti* e *periculum libertatis*.

O ato decisório apreciador de pedido de prisão preventiva não se atém ao mérito do caso concreto, mas tão somente os requisitos estipulados em lei aptos a proferir o decreto prisional. Entretanto, evidentemente que *fumus comici delicti* e *periculum libertatis* se traduzem na averiguação acerca da presença de indícios de autoria e materialidade do delito e perigo representado pela liberdade do representado – momento em que o magistrado deverá fundamentar propriamente o decreto prisional, sob pena de ser despicienda a medida cautelar.

É de se considerar, nesse passo, que a motivação retratada neste *decisum* transparece “um juízo prévio de valoração dos fatos em que o julgador antecipa parte de seu convencimento e, portanto, a manutenção do entendimento implica na possibilidade ou mesmo na probabilidade de sua condenação⁹⁸.”

Sendo a privação de liberdade estabelecida, o negociador (delegado de polícia ou representante do órgão acusatório) terão o condão de barganhar o acordo de colaboração

⁹⁸ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; REZENDE, Marina Dalla Bernardina de. A Imparcialidade da Jurisdição e sua incompatibilidade com a colaboração premiada. In: Alexandre Morais da Rosa. (Org.). *Op. Cit.*, p. 27-48

premiada com o preso, o qual já terá o conhecimento de uma decisão antecipatória em seu desfavor a qual representa, ainda que ínfima, um prenúncio de sua eventual sentença condenatória.

Ora, neste caso, mesmo que a lei vede a participação física do magistrado, seus convencimentos já estariam expostos no ato que decretou a custódia cautelar. Percebe-se, pois, que à míngua de autorização legislativa, a convicção do juiz há muito fora desvendada, o que de certa forma, não se pode negar, fere todo o objetivo do artigo o art. 4º, §6º da Lei nº 12.850/2013, que o afasta o magistrado das tratativas iniciais para inseri-lo somente na ocasião de homologação do acordo. Sobre este ponto, demonstram os autores:

Esta dinâmica tira o juiz da passividade que se exige de um julgador imparcial e o coloca em protagonismo intelectual, comandante das possibilidades de uso dos instrumentos repressivos processuais, previamente acordado com as teses acusatórias, pelo que a recusa do acordo pode conduzir à inevitável punição.

Seguimos agora em direção ao segundo ponto abordado no artigo acadêmico de autoria de Santoro e Rezende. Pensemos agora num cenário em que a decisão homologatória ocorreu na fase investigatória. Partindo-se do princípio que a homologação da colaboração tem o dever de analisar aspectos de validade, há que se admitir que, uma vez homologado, o magistrado firma novamente um entendimento antecipado, no qual se reconhece a existência de uma organização criminosa. É exatamente este juízo antecipado que servirá de obstáculo à livre convicção do magistrado.

Diz-se isto pois ao longo do processo penal há duas situações em que o julgador deverá proferir decisões confirmatórias no que tange a existência da organização criminosa, a saber: o recebimento da denúncia e a sentença. Desta forma, se rejeitar a denúncia ou prolatar sentença absolutória, ambas reconhecendo a inexistência deste tipo penal, o juiz estará, com toda a certeza, atestando a imprestabilidade do instituto processual premial que ele mesmo reconhecera profícuo na época da homologação.

Tem-se assim, uma conjuntura assustadoramente favorável à confirmação da premissa existente no decreto homologatório. Repare-se que qualquer influência nesse sentido é capaz de retirar o juiz do seu estado de passividade, tendo em vista que há uma clara inclinação para o proferimento de uma decisão nos moldes das anteriores. Aqui é válido destacar que a aludida

propensão independe do caráter do juiz, seja ele íntegro, probo, digno, metuculoso ou mesmo negligente. Seria de todo injusto exigir do togado o controle racional de tudo o que pudesse vir a influir na sua imparcialidade.

Nesse sentido, reconhece-se o procedimento da colaboração premiada como mecanismo com ampla possibilidade de gerar predisposição nos julgadores, o que certamente influencia no campo da livre-convicção, pressuposto fundamental para a atividade jurisdicional.

Com efeito, é evidente que o juiz que reconhecer a ausência da organização criminosa em sede de decisão de recebimento/ rejeição da denúncia e prolação de sentença, estará prontamente dirimindo outra decisão sua que anteriormente reconhecera - ainda que à título de validação do acordo – o tipo penal.

Diante deste cenário, indaga-se se os magistrados que se submeteram à homologação do acordo e conseqüentemente tornaram-se preventos para presidir o processo penal subseqüente ofertam “garantias suficientes de que se possa confiar na sua desvinculação a um prejulgamento”⁹⁹. É inegável que se a resposta a este questionamento for negativa, estar-se-ia diante de violação da imparcialidade objetiva do magistrado.

Para finalizar a discussão, é necessário rememorar o estudo desenvolvido por Schunemann, que além de dissecado na obra de Aury Lopes Júnior, é também estimado no artigo de Santoro e Rezende.

No experimento alemão foi constatado que a proximidade do julgador com a etapa pré-processual implica diretamente na sua parcialidade na fase processual, isto porque inconscientemente tendemos a procurar informações que verifiquem a veracidade de um enredo nos apresentado pela primeira vez e, conseqüentemente, afastamos demais argumentos que provoquem discrepância.

Relembradas tais premissas, é preciso trazer a colação a redação do art. 4º, parágrafo 16 da Lei nº 12.850/2013. No referido dispositivo legal há notória proibição para sentenças

⁹⁹ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; REZENDE, Marina Dalla Bernardina de. A Imparcialidade da Jurisdição e sua incompatibilidade com a colaboração premiada. In: Alexandre Morais da Rosa. (Org.). *Op. Cit.*, p. 27-48

fundamentadas exclusivamente nos dizeres do colaborador. Do contrário pode-se inferir que o veredito final é autorizado a valer-se, ainda que não integralmente, das declarações do agente colaborador, desde que corroboradas pelo cotejo probatório levado aos autos e submetido ao contraditório.

Nesse contexto, torna-se irrecusável admitir que o magistrado que teve contato direto com o material acusatório (sequer questionado pela defesa dos delatados) terá o condão de buscar informações ao longo da instrução que respaldem estas narrativas iniciais.

Aliás, o contrário nem mesmo seria demandado de um ser humano, pois como visto no estudo de Schunemann, não é como se o juiz pudesse controlar sua capacidade cognitiva para filtrar somente informações que tenham o potencial de auxiliá-lo na apreciação da regularidade e legalidade do acordo, sob pena de estar-se exigindo a eficiência irracional de um robô.

De igual modo pensam Santoro e Rezende, que concluem pela inevitabilidade de que “o magistrado que atua nas três fases da colaboração premiada restará vinculado à tese acusatória”¹⁰⁰, sendo este o nascedouro do comprometimento da garantia da imparcialidade por força do procedimento aplicado ao instituto premial.

¹⁰⁰ *Ibidem, loc. cit.*

CONCLUSÃO

Alvo de loas e encômios pela população brasileira, a colaboração premiada não mais ocupa espaço somente nas discussões promovidas por operadores do direito. Graças a operação Lava-Jato, a imprensa, a sociedade civil e os acadêmicos de direito compartilham o mesmo debate, propiciando opiniões entusiasmadas. Por esta razão, não são escassos os temas a serem abordados dentro do instituto. Todavia, no presente trabalho a escolha foi restrita ao papel do juiz no acordo de colaboração premiada.

Conforme apontado em capítulos antecedentes é de todo relevante destacar o papel do julgador perante o acordo de colaboração premiada uma vez o novel diploma legal tentou conferiu a este uma posição alheia ao negócio jurídico - sendo atribuído ao magistrado o controle de legalidade, regularidade e voluntariedade tendo em vista não ser parte do acordo.

Vê-se, pois, que para delinear a atuação do juiz no acordo de colaboração premiada hoje aplicado nos mais diversos tribunais do país, é preciso para além da análise dos dispositivos da Lei nº 12.850/2013, entender o caminho histórico percorrido por este instituto. E assim foi feito durante o primeiro e segundo capítulo.

Buscou-se apresentar o conceito do instituto na visão de alguns autores, comparando-os com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Foi explicitada a importância da classificação do instituto genérica como meio de obtenção de prova e rememoradas questões acerca da terminologia da prova, que nos auxiliaram na compreensão do que de fato pode ser objeto de convencimento do juiz. De igual modo frisamos a natureza múltipla da colaboração premiada, que enquanto negócio jurídico é meio de obtenção de prova, enquanto interrogatório do colaborador é meio de prova e enquanto incriminação aos demais perquiridos (aliada com outras provas na fase processual) é considerada elemento de prova.

Abriu-se espaço para a exposição do histórico legislativo do instituto premial, que foi esboçado em diversas legislações esparsas que demoraram a assumir o caráter de negócio jurídico de direito processual do acordo. Apesar de apresentada como poção mágica para o combate ao crime organizado, a Lei nº 12.850/2013 foi inovadora ao nos apresentar um procedimento a ser seguido para a alcançar a efetivação da colaboração premiada.

No entanto, percebemos que a prática se vale do ordenamento jurídico como um guia para a aplicação do instituto, sem enxerga-lo com a obrigatoriedade que a causa reclama, o que ocasiona em acordos de colaboração premiada por muitas vezes divorciados da Lei nº 12.850/2013 e sem qualquer homogeneidade procedimental entre si. E não poderia ser diferente já que o legislador, na vã tentativa de apresentar o aspecto processual da colaboração premiada, economizou dispositivos ao apresentar somente os artigos 4, 5, 6 e 7 para regularizar o assunto. Não podemos nos olvidar do curto período de tempo em que a colaboração premiada vem sendo aplicada aos olhos da lei, promulgada há pouco mais de um lustro. Some-se a isso os diversos diplomas legais antecedentes que foram responsáveis por criar certa confusão sobre o negócio jurídico.

No mais, a Lei nº 12.850/2013 distingue-se das regulamentações anteriores por ter sido concebida num cenário cujo objetivo era – e ainda é – o combate ao crime organizado, anseio advindo da sociedade civil e aliado aos esforços internacionais.

Deve-se lembrar também do instituto da *plea bargaining*, ferramenta oriunda do direito americano que aparenta ser o maior influenciador estrangeiro da colaboração premiada – que nas palavras de Afranio Silva Jardim represente “uma influência perigosa de uma indesejável privatização do sistema penal”¹⁰¹. Através da experiência estado unidense é possível inferir que os benefícios da *plea bargaining* garantem celeridade processual e economia de recursos financeiros e jurisdicionais às cortes, mas em contrapartida proporciona resultados arbitrários e aleatórios uma vez que conferem demasiado poder ao órgão de acusação.

Evidentemente que a *plea bargaining* foi introduzida numa cultura jurídica onde a negociação e os espaços de consenso sempre existiram, tendo em vista se tratar de um sistema adversarial, que de todo diverge do sistema inquisitorial, tal como é o brasileiro, que por sua vez é regido pelo princípio da obrigatoriedade.

É inegável, portanto que a colaboração premiada nasce com a ineficácia estatal na investigação das organizações criminosas, fazendo com que o estado lance mão de estímulo para a deslealdade entre parceiros criminosos. Tal raciocínio pode soar estarrecedor,

¹⁰¹ JARDIM, Afranio Silva; **Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada**. In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Organizadores). **Delação Premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 34.

principalmente para os advogados que militam no direito penal e são do tempo em que era preponderante a regra do concurso de pessoas prevista no artigo 29 do Código Penal: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. Não raro, os poucos causídicos combatentes que exercem a advocacia na atualidade enxergam a colaboração premiada como estímulo ao comportamento egoístico do ser humano, que age sob o ponto de vista da sensação de autoexculpação.

São inúmeros os questionamentos acerca do papel do juiz na colaboração premiada, os quais a doutrina tentou, na maioria das vezes, completar a lacuna legislativa implementada pela Lei nº 12.850/2013 com entendimentos compatíveis com um processo penal democrático. A bem da verdade, reconhece-se que o instituto premial reclama do julgador uma atuação esquizofrênica, porquanto este deverá desempenhar seu ofício de maneira incombinável com a função jurisdicional.

Diante deste cenário, a primeira premissa que se deve respeitar no que tange a atuação do juiz perante os acordos de colaboração premiada é a proibição de sua participação na primeira etapa do instituto: as tratativas negociais. Torna-se imprescindível o afastamento do magistrado das negociações preliminares tendo em vista que sua proximidade com a investigação só é autorizada pela legislação penal e constituição da república quando houver a necessidade de intervenção judicial, especificamente para apreciar requerimentos policiais e ministeriais que impliquem na restrição de direitos fundamentais do investigado. Quando não estiver configurada tal circunstância, o julgador tem o compromisso de manter-se longínquo da atividade probatória.

Percebemos então que o primeiro espaço de protagonismo oferecido ao juiz é o momento da homologação do acordo, que como não se desconhece, tem o intuito de verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade do negócio jurídico, conforme preceitua o art. 4º, parágrafo 7º da Lei de Organizações Criminosas. Sobre este estágio, resume Paula Abiko:

A função do magistrado nas negociações é a de garantir o prosseguimento regular do processo, analisando se houveram nulidade e vícios aptos a invalidar a persecução penal, devendo sempre ser observado o princípio da imparcialidade sob pena de comprometer o andamento processual nos casos concretos¹⁰².

¹⁰² ABIKO, Paula Yurie. **O papel do juiz na colaboração premiada**. 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/papel-juiz-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 01/06/2019.

Mas quais são as consequências desse controle de legalidade? Ora, já vimos que na opinião de Santoro e Rezende essa proximidade tem sim o condão de prejudicar a imparcialidade do julgador, que não poderá fornecer garantias suficientes de sua imparcialidade. A postura cobrada pelo legislador de que o magistrado somente se atenha aos aspectos de regularidade é inexigível pois tangencia uma postura ativa da qual o juiz não tem controle para agir sobre.

Percebe-se, pois, que a proibição da presença dos juízes nas tratativas iniciais cai por terra quando a legislação estabelece fronteiras estreitas quando do juízo homologatório. Ora, se o propósito do legislador num primeiro momento era isolar o julgador (mesmo porque sua participação implicaria no controle futuro de seus próprios atos), tal objetivo é deixado de lado ao oferecer ao magistrado o contato direto com os termos de acordo colaboração, cujas informações, ainda que em sua etapa inicial, não foram submetidas ao contraditório.

Assim, alinhado com a posição de Schunemman, afirmam os autores de “as mazelas da colaboração premiada” sobre a homologação:

acaba ao menos relativizando a distância que deve manter dos fatos sob investigação e em relação aos quais deverá emitir juízo de valor em momento futuro. Não é recomendável que o juiz natural da causa se ocupe da produção da prova na fase inquisitorial, como afastamento de sigilo telefônico ou fiscal, decretação de mandados de busca e apreensão ou prisões preventivas, pois é humanamente impossível examinar tais medidas constritivas sem firmar convencimento prévio, incompatível com o distanciamento que deve prevalecer na tarefa judicante¹⁰³.

É exatamente o que problematizou com primor o Ministro Eros grau, no longínquo ano de 2008 a respeito da proximidade dos julgadores ainda em momento pré processual, o que distorce a face independente e imparcial do juiz: “já o investiguei, colhi todas as provas, já me convenci de sua culpa, não lhe dou crédito algum, mas estou a sua disposição para que me prove que estou errado”¹⁰⁴.

¹⁰³ NETO, João Francisco; FEROLLA, Guido. As Mazelas da Colaboração Premiada. In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Organizadores). **Delação Premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 95.009/SP, Plenário, Relator Ministro Dias Eros Grau, julgado em 06/11/2008, DJE nº 241, divulgado em 18/12/2008.

Portanto, sobre o contato do juiz na fase homologatória: ainda que a legislação restrinja a atuação a um juízo de validade, não há como exigir do magistrado que não flerte com as informações sedutoras prestadas pelo colaborador – diretamente interessado no desfecho da causa, já que eventuais condenações corroboram com a sua narrativa e contribuem para a aquisição do benefício.

No ponto, merece ser esclarecido que esta crítica não é feita diretamente à pessoa do magistrado, pois, na maioria das vezes essa imparcialidade é inconsciente, não sendo possível classificar como maior ou menor juiz aquele que se enverga diante das alegações de uma das partes. Não há que se atribuir a mácula à imparcialidade ao julgador, que fora encurralado pelo legislador, pois é a própria legislação que coloca seu livre convencimento em xeque e os obriga a ter controle de seu inconsciente.

Felizmente há em trâmite no Senado Federal o projeto do Novo Código de Processo Penal, o PL 8045/2010, que introduz ao ordenamento a figura do juiz das garantias. Tal mecanismo consiste na designação de um juiz específico para apreciar demandas na fase pré-processual, sendo sua atribuição a tutela de direitos e garantias da fase investigatória até o momento do recebimento da denúncia. A partir deste momento o juiz de garantias sai de cena e dá lugar ao juiz do processo, que terá o condão de presidir a instrução, colher provas e ao final sentenciar.

Noutro turno, não se permiti olvidar do papel jurisdicional de garantidor de direitos fundamentais do colaborador e do delatado atribuído ao magistrado. Nesse ponto, a despeito do que narrou o colaborador, o juiz não se exime de analisar a prova, já que a palavra daquele não goza de presunção de veracidade. Todavia, é também encargo do julgador zelar pela efetividade dos termos pactuados na medida em que o órgão acusatório e o colaborador atuem com lealdade e honrem suas obrigações assumidas.

A consideração final a ser feita nesta conclusão imbuí-se do entendimento de Afrânio Silva Jardim. Trata-se aqui do último momento em que o legislador atribuiu ao magistrado protagonismo na eficiência do acordo de colaboração premiada, a saber: no art. 4º, parágrafo 11 da Lei nº 12.850/2013. No dispositivo é assinalado que na ocasião de sentença compete ao julgador apreciar os termos do acordo homologado e sua eficácia.

Conforme exposição realizada no capítulo 4 do presente trabalho, esta incumbência jurisdicional também se apresenta como óbice à imparcialidade do magistrado, especialmente porque o não reconhecimento dos termos do acordo implica na invalidade de uma decisão pretérita de lavra daquele mesmo juiz. No entanto, neste momento final não se busca renovar os argumentos anteriormente aduzidos.

O dever de apreciar os termos do acordo e sua eficácia em sede de veredito final vinculam o togado a sentenciar na conformidade das condições estabelecidas pelo colaborador, autoridade ministerial (ou policial) e posteriormente por ele homologadas. Já vimos que o juízo homologatório perpassa tão somente pela análise de requisitos de regularidade, que quando presentes, compelem o juiz a homologar o acordo. Posteriormente, em fase de sentença, o mesmo juiz deverá se ater às particularidades pactuadas, não podendo por exemplo, exercer seu livre convencimento como a carta magna exige.

É nessa esteira que Afranio Silva Jardim, esforça-se pela recuperação do princípio constitucional da individualização da pena e a conseqüente busca pela manutenção de um ambiente propício para que o magistrado se sinta apto a apreciar de acordo com a imparcialidade reclamada pela constituição:

Como o magistrado não pode deixar de homologar o acordo de cooperação, salvo ilegalidades de aspecto formal e como este magistrado fica vinculado a este ato jurídico perfeito, na prática, a sanção penal fica quase que totalmente ao alvedrio das partes contratantes, o que é uma verdadeira revolução em nosso sistema jurídico. Desta maneira, impõe-se interpretar a lei de modo a não impedir que o juiz possa aplicar a pena que mais se aproxime de sua convicção, já que está vinculado pelo acordo das partes, podendo até conceder o perdão judicial. Não podem as partes, via de acordo, obrigar o magistrado a uma sentença que ele repudia, a uma estratégia da prestação jurisdicional exigida por um órgão do Ministério Público e um membro da organização criminosa. Em outras palavras, um membro do Ministério Público não pode ter o poder de obrigar o órgão jurisdicional a conceder um perdão a quem, dentro de uma organização criminosa, praticou crimes gravíssimos¹⁰⁵.

¹⁰⁵ JARDIM, Afranio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. *In*: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Organizadores). **Delação Premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 35.

É inegável, portanto a transferência de poder para o órgão acusatório e o consequente distanciamento do juiz da causa, que passa a ter menos oportunidade de gerir a prova¹⁰⁶.

Diante do panorama exposto neste trabalho busca-se em breves linhas concluir um raciocínio que necessitou sua explicação em partes isoladas para alcançar o que agora se propõe. Os operadores do direito se colocam frente ao um instituto célebre e apresentado à sociedade civil como recurso inevitável para alcançar o combate ao crime organizado.

Neste cenário, percebe-se o enfraquecimento do poder executivo e do poder legislativo, cujos representantes tornaram-se protagonistas de delitos praticados por organizações criminosas. O clamor pelo punitivismo eleva juízes a um patamar que não lhes fora autorizado quando da promulgação da Lei Maior. Por outro lado, há certamente a influência de um mecanismo americano falido que se busca importar ao processo penal brasileiro, configurando excessivo poder aos órgãos de acusação.

Espera-se, contudo, que as reflexões aqui colacionadas contribuam para uma visão crítica do papel do juiz perante o acordo de colaboração premiada. Em sede propositiva, pensa-se que o presente trabalho permite entender que a Lei nº 12.850/2013 exige do juiz que ele ocupe espaços antagônicos e esquizofrênicos, que transcendem sua capacidade cognitiva e prejudicam por inteiro sua atuação imparcial e de livre convencimento - mostrando assim, que a atribuição do juiz imposta pela Lei de Organização Criminosa não se coaduna com o papel jurisdicional conferido na Constituição da República Federativa do Brasil e ratificado na Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁰⁶ DE CARLI, Carla Veríssimo. Delação Premiada no Brasil: do que exatamente estamos falando? **Boletim IBCCrim**, ano 17, nº 204. São Paulo. 2009. p.16-18,

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Colaboração Premiada; meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica. *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coordenadores). **Colaboração Premiada**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017.

_____. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias**. 2011.

Disponível em: <<http://badaroadogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurara-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>>. Acesso em: 13/0/2019.

BATRA, Rishi Raj. **Judicial Participation in Plea Bargaining: A Dispute Resolution Perspective**. Ohio, 2015. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2619433>. Acesso em: 07/06/2019.

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

BRASIL. **Pet 5733**, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 23/09/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 25/09/2015 PUBLIC 28/09/2015

_____. **Questão de Ordem na Petição 7074/DF**, Relator Min. EDSON FACHIN, julgado em 29/06/2017, publicado em 03/05/2018, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal.

_____. **RCL 23030**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 28/10/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 03/11/2016 PUBLIC 04/11/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus nº 127.483/PR**, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/08/2015, DJE nº 21, divulgado em 03/02/2016
Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 95.009/SP, Plenário, Relator Ministro Dias Eros Grau, julgado em 06/11/2008, DJE nº 241, divulgado em 18/12/2008.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da Colaboração Premiada: visões “conservadora” e “arrojada do instituto da lei 12850/2013. *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coordenadores). **Colaboração Premiada**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. **Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, a. 13, n. 159, 2006.

DAVIS, Angela. **Arbitrary Justice: The Power of the American Prosecutor with a new afterword**. Nova Iorque, 2007. Oxford University Press.

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Delação Premiada no Brasil: do que exatamente estamos falando?** Boletim IBCCrim, ano 17, nº 204. São Paulo. 2009.

DE MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios da colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. *In*: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coordenadores). **Colaboração Premiada**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FELIX, Iure e MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Novas tecnologias de prova no processo penal. O DNA na Delação Premiada**. 1ª Edição. Florianópolis. Editora Empório do Direito. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In*: YARSHELL, Flávio Luiz e ZANOIDE DE MOARES, Maurício. **Estudos em homenagem à professora Adda Pellegrini Grinover**. São Paulo, DPJ Editora, 2005.

IRELAND, David. **Bargaining for expedience? The Overuse os Joint Recommendations on Sentence**. Manitoba Law Journal. Volume 38, Issue 1. Manitoba, Canadá, 2014.

Disponível em:

<<https://mspace.lib.umanitoba.ca/bitstream/handle/1993/23924/david%20ireland%20thesis.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 07/06/2019.

JARDIM, Afranio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. *In*: ESPINERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Organizadores). **Delação Premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de Processo Penal – Curso Completo**. 1ª Edição. São Paulo. Editora Manole, 2010.

MUNOZ, Claudio. **A plea for change: american prosecutors have too much power. Hand some of it to judges**. 2014. Disponível em:

<<https://www.economist.com/leaders/2014/10/04/a-plea-for-change>>. Acesso em: 07/06/2019.

NETO, João Francisco; FEROLLA, Guido. As Mazelas da Colaboração Premiada. *In*: ESPINERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Organizadores). **Delação Premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1ª Edição. São Paulo. Editora Marcial Pons, 2014.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; REZENDE, Marina Dalla Bernardina de. A Imparcialidade da Jurisdição e sua incompatibilidade com a colaboração premiada. *In*: Alexandre Morais da Rosa. (Org.). **Aspectos destacados dos desafios de efetivação constitucional dos direitos humanos no Brasil**. 1ed. Florianópolis: Editora Modara, 2017, v. 1.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 2ª Edição. Salvador. Editora Juspodivm, 2017.

SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação Premiada: Limites Constitucionais à confiabilidade e corroboração**. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018.

TURNER, Iontcheva Jenia. **Judicial Participation in Plea Negotiations: A comparative View**. Winter, 2008. Disponível em:
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871979>. Acesso em: 07/06/2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada**. 1 Ed em e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VERÍSSIMO, Carla. **Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada**. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coordenadores). **Colaboração Premiada**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017

WALTER DA ROSA, Luísa. **Colaboração Premiada: A possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador**. Florianópolis: Editora Emais, 2018.