

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

FRANCISCO SIMÕES PACHECO SAVOIA

COLABORAÇÃO PREMIADA E O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

FRANCISCO SIMÕES PACHECO SAVOIA

COLABORAÇÃO PREMIADA E O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Eloisa de Sousa Arruda.

SÃO PAULO

2017

Francisco Simões Pacheco Savoia

Colaboração premiada e o princípio da imparcialidade

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Eloisa de Sousa Arruda

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Eloisa de Sousa Arruda (Orientadora).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC – SP

Julgamento: _____

Avaliação: _____

Professor Doutor _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Avaliação: _____

Professor Doutor _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Avaliação: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este meu breve estudo, especialmente à minha família, pois cada um à sua maneira e disponibilidade, fizeram parte de mais este sonho realizado e me apoiaram incondicionalmente desde o início.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por iluminar e proteger a minha vida.

Aos meus pais, Marcos Pacheco Savoia e Solange Aparecida Simões, por tudo.

Ao meu irmão Pedro Simões Pacheco Savoia.

À minha namorada, companheira e amiga de todas as horas Nathalia Carolini Mendes dos Santos, que me compreendeu e ajudou durante toda esta trajetória.

Ao professor Dr. Claudio José Langroiva Pereira por todas as oportunidades concedidas desde nosso primeiro contato, anterior ao ingresso como aluno regular do mestrado e que se tornou além de fonte de inspiração e meu mentor acadêmico, um amigo.

À professora Dra. Eloisa de Sousa Arruda, que acreditou em mim e no tema desenvolvido neste trabalho, pela brilhante orientação, que somada as suas aulas, contribuiu para este resultado.

Aos demais professores com quem tive a oportunidade de aprender e evoluir não apenas academicamente, mas como ser humano.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pela oportunidade de aprendizado.

Aos grandes amigos que fiz durante o curso e participaram desta jornada.

RESUMO

A colaboração premiada teve seu procedimento regulamentado pela nova Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/2013 – e, desde então, tem sido amplamente debatida, principalmente em razão da sua utilização, nas grandes investigações policiais, como principal meio de obtenção de provas. Por isso, salutar o debate em torno das lacunas e dos pontos controversos da referida lei para que o instituto seja aplicado em conformidade com a Constituição Federal e se solidifique no sistema processual cada vez mais. Destaca-se a análise do referido instituto diante da garantia da imparcialidade do juiz, principalmente diante do desenvolvimento traçado pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Desta forma, a análise recai sobre a atuação do juiz dentro do procedimento da colaboração para questionar se garantia da imparcialidade do juiz é violada quando o juiz que sentencia o processo é o mesmo que atua na fase da investigação e que homologa o acordo de colaboração premiada. Alguns caminhos alternativos são apontados com a finalidade de construir uma melhor adequação do procedimento à garantia da imparcialidade visando evitar alegações de inconstitucionalidades e ilegalidades. Portanto, pretende-se priorizar as constatações e soluções que melhor se coadunam com as normas principiológicas que prestigiem os fins do Estado Democrático de Direito e da proteção da dignidade humana.

Palavras-chave: Colaboração premiada – Nova Lei de Organização Criminosa – Processo Penal – Princípio da Imparcialidade

ABSTRACT

The award-winning collaboration had a procedural regulation by the new criminal organizational law 12.850/2013, and there on, has been broadly debated, especially when its utilization is concerned, in large investigations conducted by police officials, as a means of evidence obstruction. For this reason, reinforce the debate around gaps and controversial issues mentioned in this law, so that the institute be applied in conformity with the federal constitution, and is increasingly solidified in the procedural system. It is worth noting that the analysis of this institute in impartiality with the judge, especially in view of the development of the international courts of human rights. In this manner, the analysis falls on the performance within the procedure of collaboration, to determine whether assurance of the judge's impartiality are violated when the judge who sentenced the case is the same one who acts in the investigation phase, and who ratifies the awarded agreement. Some alternate routes are pointed out with the purpose of constructing a better adaptation of the procedure to guarantee impartiality, by avoiding allegations of inconsistencies and illegalities. Thus, intends are to prioritize the findings and solutions that best match the principles that underlie the democratic state of law and the protection of human dignity.

Keywords: Award-winning collaboration - New Criminal Organization Law – Criminal Proceedings - Principle of Impartiality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	13
1.1 Estado democrático de direito e dignidade da pessoa humana	13
1.2 Do sistema de persecução penal	21
1.2.1 Os sistemas processuais penais	22
1.2.2 O sistema processual acolhido pela ordem jurídica brasileira	27
CAPÍTULO 2 – A COLABORAÇÃO PREMIADA	30
2.1 Conceito, terminologia e natureza jurídica	30
2.2 O aspecto ético da colaboração premiada	35
2.3 A (in)constitucionalidade da colaboração premiada	40
2.4 O sistema norte-americano: <i>plea bargaining</i>	43
2.5 A colaboração premiada na Itália	50
2.6 A evolução histórica da colaboração premiada no Brasil	58
CAPÍTULO 3 – COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI 12.850/13	64
3.1 Requisitos para realização da colaboração premiada	64
3.1.1 Colaboração efetiva	64
3.1.2 Voluntariedade	65
3.1.3 Confissão	66
3.1.4 Resultados	67
3.2 Dos benefícios do colaborador	69
3.2.1 Dos benefícios materiais	70
3.2.2 Dos benefícios processuais	71
3.2.3 Dos benefícios da fase de execução penal	74
3.3 Procedimento	76
3.3.1 Negociação	76
3.3.2 Momento	79
3.3.3 Forma	80
3.3.4 Legitimidade	80
3.3.5 Homologação judicial	84
3.3.5.1 Prisão preventiva e colaboração premiada	88
3.3.5.2 Cláusulas abusivas	92
3.3.6 Sentença	95
3.3.6.1 Personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade, repercussão do fato criminoso e eficácia da colaboração	96
3.3.7 Cooperação jurídica internacional e colaboração premiada	98
CAPÍTULO 4 – DIREITOS E GARANTIAS DO COLABORADOR	100
4.1 Contraditório, ampla defesa e devido processo legal	100
4.2 Direito ao silêncio	103

4.3 Direito de ser assistido por advogado	108
4.4 Direito subjetivo do colaborador ao prêmio e à garantia do duplo grau de jurisdição	110
4.5 Direito de não ser processado por ato de improbidade administrativa	116
4.6 Retratação da proposta e rescisão do acordo	119
4.7 Direito ao sigilo do teor da colaboração	122
4.8 Direito de proteção ao colaborador	127
4.9 Preservação de sua identidade nos autos	130
4.10 Direito a realização de novo acordo mesmo após descumprimento de acordo de colaboração premiada anterior	132
CAPÍTULO 5 – DIREITOS E GARANTIAS DO DELATADO	134
5.1 Contraditório e ampla defesa	134
5.2 O valor probatório do acordo de colaboração premiada	138
5.3 Prova emprestada	143
5.4 Responsabilização cível e criminal do colaborador	145
CAPÍTULO 6 – COLABORAÇÃO PREMIADA E A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE	147
6.1 Da garantia da imparcialidade	147
6.2 A garantia da imparcialidade e a regra da prevenção no processo penal brasileiro	160
6.3 A imparcialidade do juiz e o estudo de Bernd Schünemann acerca da teoria da dissonância cognitiva	169
6.4 A garantia da imparcialidade e a participação do juiz no procedimento da colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013	173
CONCLUSÃO	178
REFERÊNCIAS	185

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial eclodiram diversos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos e o Brasil, através de sua Constituição Federal de 1988, adotando o modelo de Estado Democrático de Direito e, elevando a dignidade humana a fundamento da República Federativa do Brasil impõem que todo o sistema processual penal seja interpretado como uma forma de proteção dos direitos fundamentais previstos no âmbito da constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, além de ser o instrumento à disposição do Estado para a imposição de pena.

Neste contexto ganha destaque a substituição do sistema processual penal inquisitorial para o acusatório, onde a figura do juiz ganha especial relevância diante do distanciamento do juiz das partes que passa a assumir a gestão da prova, garantindo-se o julgamento por juiz imparcial.

A imparcialidade do juiz passa a ser tida como uma garantia fundamental para a concretização de um processo penal justo.

O Desenvolvimento do conteúdo da garantia da imparcialidade foi feito pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos que direciona a análise para os aspectos objetivos e subjetivos da imparcialidade. A Corte Europeia vem trabalhando estes conceitos desde a década de oitenta, solidificando-os a ponto das suas orientações influenciarem as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual o Brasil está submetido, e outros Tribunais Constitucionais.

No plano interno, poucos são os trabalhos acadêmicos sobre o assunto e, na jurisprudência, pouquíssimos são os casos que analisaram a garantia da imparcialidade com a mesma profundidade feita pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Desta forma, o sistema processual penal brasileiro ainda não foi analisado com a atenção necessária sob o prisma da garantia da imparcialidade.

Nos últimos anos, constantemente a sociedade brasileira tem sido surpreendida com notícias graves de corrupção e organização criminosa. Este movimento teve início com a Ação Penal 470, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, conhecida como “Mensalão”, e persiste, até os dias atuais, com a investigação feita pela polícia federal na chamada operação “Lava-Jato”. Descortinou-se um pernicioso esquema de corrupção e formação de organização criminosa no governo. Passou-se a publicizar a participação de pessoas que ocupam cargos de alto escalão do Poder Executivo, Legislativo e empresas privadas, etc.

A colaboração premiada que já estava prevista em nosso ordenamento jurídico desde a Lei dos crimes hediondos, mas não era efetiva, ganhou novo impulso com Lei 12.850/2013 que regulamentou seu procedimento e delimitou sua aplicação e efeitos. Com isso, rapidamente a colaboração premiada ganhou destaque na mídia, bem como, no sistema processual penal brasileiro por estar sendo utilizada como o principal meio de obtenção de provas dentro da operação “Lava-Jato” que, pelos números atingidos, pelas prisões, condenações e efeitos, tem sido noticiada mundialmente.

Em razão disso, surge a necessidade de se trabalhar academicamente o instituto da colaboração premiada para aperfeiçoá-la e adequá-la aos direitos e garantias fundamentais previstas em nossa Constituição Federal.

Em razão da Lei 12.850/2013 e sua efetiva utilização serem recentes, diversos são os questionamentos em torno do instituto que giram em torno de problemas éticos, constitucionais (referente ao instituto em si e, quanto a determinados pontos do procedimento previsto legalmente) e, divergências quanto a pontos omissos do procedimento.

Nesse sentido, mostra-se cada vez mais urgente a necessidade de se debater em torno do instituto que vem sendo utilizado em larga escala em operações de grande relevância para o país, para firmar conceitos e fixar limites, a fim de compatibilizá-lo com a Constituição Federal.

De tantos pontos controversos, a presente pesquisa debruça-se sobre a análise do procedimento da colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013 levando-se em consideração o princípio da imparcialidade do juiz. Pretende-se investigar se o procedimento previsto na Lei 12.850/2013 e as regras processuais penais são compatíveis com a garantia da imparcialidade do juiz na forma delimitada pelos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos.

Para que se possa, no entanto, alcançar as conclusões deste trabalho acadêmico, necessário analisar o contexto do Estado Democrático de Direito, os princípios e valores constitucionais, os direitos humanos e a dignidade humana, para, então, nos dedicarmos a análise minuciosa do procedimento da colaboração premiada e da garantia da imparcialidade do juiz.

Considerando que o objeto de análise do presente trabalho - Lei 12.850/2013 e a utilização do instituto da colaboração premiada - são recentes no ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, que a garantia da imparcialidade não tem sido trabalhada e desenvolvida com profundidade pela doutrina e jurisprudência nacional, a metodologia de abordagem utilizada para a pesquisa é o dialético, através da pesquisa bibliográfica, documental e eletrônica, tendo em vista não haver uma conclusão pacífica sobre o tema.

Desta forma, iniciamos o trabalho trazendo apontamentos sobre a evolução do Estado, para definirmos os contornos atuais do Estado Democrático de Direitos e do princípio da dignidade humana que permeia todo o ordenamento jurídico e é de indispensável importância para a análise do processo penal brasileiro. Esta primeira etapa resgata o exato ponto da evolução do Estado onde a imparcialidade ganha relevância para um processo justo, ao lado da importância dos direitos e garantias fundamentais do homem.

Em uma segunda etapa do trabalho, que engloba os capítulos dois a cinco, analisamos minuciosamente o instituto da colaboração premiada previsto na Lei 12.850/2013 e o seu procedimento.

No segundo capítulo trabalhamos o conceito, natureza jurídica, aspectos éticos e constitucionais do instituto, sua evolução dentro do ordenamento jurídico brasileiro e, comparamos com o seu tratamento legal no direito alienígena, em especial, na Itália e nos Estados Unidos da América.

No capítulo seguinte nos dedicamos aos requisitos, benefícios do colaborador e ao procedimento do instituto da colaboração premiada.

No capítulo quarto e quinto, tratamos dos direitos e garantias do colaborador e do delatado dentro do procedimento previsto na Lei 12.850/2013.

E, no último capítulo, analisamos a garantia da imparcialidade em seus aspectos objetivo e subjetivo, com especial atenção seu desenvolvimento dentro da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, delimitando seu conceito e incidência. Definidas suas balizas, analisamos a garantia da imparcialidade no contexto da regra de prevenção de competência do código de processo penal; no âmbito da psicologia comportamental, com a teoria da dissonância cognitiva, através do estudo de Bernd Schünemann e; a diante da atuação do juiz no procedimento previsto na Lei 12.850/2013.

Com isso, considerando a problematização da garantia da imparcialidade e a atuação do juiz no procedimento da colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013, pretende-se apresentar a solução que melhor esteja em conformidade com a Constituição Federal e com os direitos e garantias fundamentais do homem.

CAPÍTULO 1 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

1.1 Estado democrático de direito e dignidade da pessoa humana

O surgimento do Estado remonta à ideia de necessidade de agrupamento humano para perpetuação da raça humana. Desta aglutinação, surge a necessidade de haver um comando para fins organizacionais. Os líderes escolhidos estabeleciam as normas para direcionar toda a sociedade, todavia, com o passar do tempo, passaram a abusar do poder que detinham estabelecendo normas para satisfazer seu próprio interesse e, não mais, da sociedade.

Em razão destes excessos, a população se insurgiu contra o poder absolutista, reivindicando uma ordem social justa, com melhores condições de vida. Neste contexto, surge a ideia do império da lei para todos, de modo que, governantes e governados estejam sujeitos ao direito positivo.

Reagindo ao absolutismo do Antigo Regime, o Estado Liberal firmou-se entre o século XVIII e início do século XX amparando-se no individualismo e na harmonia natural do mercado, tendo como funções a garantia da ordem pública e da segurança, com poucas funções sociais. Seu fundamento, portanto, era assegurar o princípio da legalidade contra todos, garantindo os direitos individuais, com a mínima intervenção estatal.

Neste período consagrou-se a primeira geração de direitos humanos, compreendidos como os direitos individuais, também denominados liberdades públicas ou direitos civis e políticos, decorrente da Revolução Francesa, marcada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Paralelamente, os direitos humanos também ganharam destaque com a Revolução Norte Americana de 1776, a Declaração de Virgínia, a Declaração de Independência e a própria Constituição dos Estados Unidos da América.

Explica Celso Lafer que “os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são, nesse sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista”¹.

Todavia, esta percepção de Estado não estava preocupada com o conteúdo material daquilo que seria posto pelo direito, de modo que, o Estado de Direito é representado pelo conjunto de regras jurídicas sistematizadas, sem maiores preocupações quanto ao seu conteúdo.

Destes processos, surge a noção de Estado de Direito e os pressupostos do Estado Liberal (abstencionista, neutro ou de mínima intervenção), garantindo formalmente a igualdade de todos, deixando a sociedade, formada pela soma de indivíduos moral e economicamente competentes, a realização de seu sucesso e felicidade. No entanto, a consequência desta abstenção estatal culminou na desigualdade real e nas injustiças sociais pois, onde tudo é permitido, o mais forte oprime o mais fraco.

A neutralidade do Estado de Direito, não foi capaz de satisfazer o anseio de igualdade e liberdade que motivaram a sua criação, pois, a liberdade conquistada restringia-se a não intervenção do Estado, de modo que os indivíduos passaram a ser livres para administrar seus interesses, sem qualquer tipo de proteção aos hipossuficientes que, por sua vez, passaram a ser explorados como trabalhadores.

“O modelo liberal do Estado de Direito (ou para alguns apenas o único Estado de Direito) mostrou histórica e concretamente seus problemas e contradições. Os valores individualistas logo revelaram a face mais egoísta, promovendo a concentração de riquezas e de mercado. O déficit democrático tornava o Estado parcial, pois expressava os interesses apenas dos cidadãos, conseqüentemente, dos mais ricos, sem cumprir a promessa de adequada representação ou de identidade entre autores e destinatários das leis.”²

¹ LAFER, Celso. A reconstrução dos Direitos Humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. P. 126.

Com relação aos equívocos do Estado Liberal, afirma José Carlos Francisco:

“Por óbvio que esse modelo liberal incorria em graves equívocos ao supor a igualdade entre todos os indivíduos, pois é fácil de perceber que a vida não é como uma corrida de obstáculos, na qual os atletas partem de um mesmo ponto e pulam a mesma quantidade de barreiras; é evidente que os históricos são muito distintos, e os infortúnios e as origens individuais interferem na compreensão do efetivo tratamento igualitário na realidade concreta.”³

O Estado Liberal de Direito, sendo um fim em si mesmo, converteu-se em um Estado de Força, limitado pelo direito positivo, e não mais pela razão, eliminando a concepção jusnaturalista e acolhendo o positivismo de Hans Kelsen⁴.

Não obstante alguns resultados positivos (valorização das liberdades e desenvolvimento industrial em alguns países europeus), formou-se um quadro de injustiças sociais e igualdade apenas do ponto de vista formal que, somadas à revolução industrial, deu origem à segunda geração de direitos humanos e ao Estado Social de Direito.

Diversos fatores contribuíram para a passagem do Estado Liberal para o Social, tais como as crises socioeconômicas, a excessiva exploração do trabalho operário e do trabalho rural, ampliação do direito de voto às camadas mais humildes da sociedade, a doutrina da Igreja Católica, fortalecimento do sindicalismo e afirmação de teorias socialistas com padrões científicos⁵.

² SAMPAIO, José Adércio Leite. O Estado Democrático de Direito. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Editora: Quartier Latin do Brasil, 2011. P. 400.

³ FRANCISCO, José Carlos. Estado democrático de direito, políticas públicas e novos modelos de governanças. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Editora: Quartier Latin do Brasil, 2011. P. 415.

⁴ PEREIRA, Claudio José Langroiva. Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais: Tipo, tipicidade e bem jurídico universal. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 34.

⁵ FRANCISCO, José Carlos. Estado democrático de direito, políticas públicas e novos modelos de governanças. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Editora: Quartier Latin do Brasil, 2011. P. 416.

A classe social dos trabalhadores que enfrentavam situações degradantes nas fábricas, passou a reivindicar os direitos sociais. Passou-se a exigir a intervenção do Estado na economia.

“O individualismo do século XVIII se exterioriza claramente no Estado Liberal. A sua característica de manter uma atitude negativa, em especial perante os problemas sociais e econômicos, faz surgir um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conhece os problemas advindos da revolução industrial. Diante desse quadro, surgem novas exigências que protestam por uma atitude positiva, ou seja, o Estado não pode mais omitir-se frente aos problemas sociais e econômicos.”⁶

José Adércio Leite Sampaio analisando esta etapa de transformação do Estado Liberal em Estado Social aduz que:

“O modelo que o seguiu foi produto de conquista e concessão. Conquista, pois houve reivindicações e revoltas, revoluções à procura da promessa de igualdade não cumprida, de uma liberdade fática e não apenas declarada, de emancipação que, àquela altura, parecia ser apenas classista. Concessão, porque o padrão institucional, normativo, político e mesmo simbólico não poderia sobreviver com tamanha e explícita disparidade de poderes e fortuna. Entre os anéis e os dedos, preferiu-se a permanência intacta da mão. Na virada do século XIX para o XX, e especialmente na Europa, mas também na Oceania, começaram a ser aprovadas legislações trabalhistas e previdenciárias que se antecipavam às Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. São essas duas, notadamente a alemã, que promoveram a viragem no discurso constitucional em direção à igualdade material e do estabelecimento do ‘constitucionalismo social’ como ideologia do Estado social de direito, depois denominado ‘Estado providência’ ou ‘Estado do bem-estar social’ (welfare state).”⁷

Surge, portanto, a necessidade de nova adequação do Estado. Foi necessário abandonar as premissas de neutralidade e individualismo do Estado Liberal de Direito, para uma postura ativa, intervindo diretamente nos processos sócio-econômicos, buscando efetivar a justiça social através da redução das desigualdades. Eis a instalação do Estado Social.

⁶ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 260.

⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. O Estado Democrático de Direito. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Editora: Quartier Latin do Brasil, 2011. P. 401.

O Estado social, portanto, caracteriza-se pela intervenção direta nos processos econômicos para corrigir a exploração dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, mantém-se fiel ao primado do direito.

A concretização dos direitos sociais ocorreu na Constituição Mexicana (1917), na da Rússia (1918), e na República de Weimar (1919), dentre outras, seguidas pelo Brasil, na Constituição de 1934. Além do direcionamento para afirmação desses direitos por sistemas internacionais, tais como a Declaração de Direitos Humanos da ONU de 1948. Assim, estes direitos foram erigidos à categoria de direitos fundamentais, ampliando o conteúdo mínimo de direitos humanos.

Consagraram-se, desta maneira, os direitos humanos de primeira geração que exigem uma postura negativa do Estado garantindo-se direitos individuais, e os de segunda geração que pressupõem uma prestação positiva, necessitando da intervenção estatal para sua concretização. Assim, os direitos sociais formam a segunda geração de direitos humanos, guardando estrita ligação com a igualdade e com os anseios da classe operária

Este novo modelo de Estado propunha a intervenção para promover os direitos sociais, econômicos e culturais como instrumentos das liberdades. Não obstante o aspecto positivo do surgimento dos direitos sociais, o novo modelo de Estado do século XIX e XX faz aparecer o fascismo, nazismo e regimes totalitários.

O movimento nacional nacionalista ocorrido na Alemanha, deixou solo fértil para a instalação do nazismo que culminou com a Segunda Guerra Mundial. Com estes episódios históricos traumáticos para a humanidade, já a partir do final da Segunda Guerra Mundial, foi necessário que o Estado Social de Direito se renovasse.

Esta renovação ocorreu através da reafirmação da dignidade humana e da busca do meio termo entre o Estado Liberal e o Totalitário.

Neste movimento, o Estado Social de Direito agrega-se à ideia de democracia, “não só para realçar o direito à participação na vida política, mas sobretudo, para enfatizar o respeito a direitos fundamentais (em especial o pluralismo e a liberdade), além da democracia social e da democracia econômica.”⁸

Portanto, a resposta para esta crise foi a institucionalização do Estado Democrático de Direito.

Nesta terceira fase, o Estado de Direito vai de encontro à democracia, reconhecendo como cidadãos os indivíduos da sociedade, além do direito de participação na vida pública.

“Numa terceira fase, o Estado de Direito agrega-se à democracia, que implica no reconhecimento aos membros da sociedade a condição de cidadão e o direito à participação efetiva na vida pública, na tentativa de superar a ideologia individualista do Estado Liberal e desordenada do Social, que foram insuficientes para mitigar as diferenças e os conflitos sociais existentes.”⁹

Acerca da democracia, Claudio José Langroiva Pereira afirma ser a “materialização de valores necessários à convivência em sociedade, como a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana”¹⁰.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, através o sistema eleitoral, da separação dos Poderes e do sistema de direitos fundamentais procura concretizar o princípio democrático.

“Tais direitos asseguram a contribuição de todos os cidadãos para o exercício da democracia. Constroem um ambiente livre para essa participação – os direitos de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por exemplo, direitos constitutivos do

⁸ FRANCISCO, José Carlos. Estado democrático de direito, políticas públicas e novos modelos de governanças. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Editora: Quartier Latin do Brasil, 2011. P. 417.

⁹ SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumento para a efetivação da dignidade humana. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 229.

¹⁰ PEREIRA, Claudio José Langroiva. Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais: Tipo, tipicidade e bem jurídico universal. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 33.

próprio princípio democrático – e promovem a abertura do processo político a partir dos direitos sociais, econômicos e culturais.”¹¹

Assim, o Estado Democrático de Direito funda-se na soberania popular, admitindo a participação do povo no desenvolvimento do Estado, com a finalidade de realizar a justiça social e assegurar a dignidade humana.

É, portanto, sob a concepção do Estado Democrático de Direito que a proteção dos direitos humanos se destaca ao propiciar o efetivo respeito aos cidadãos, igualdade de condições e promoção da justiça social.

Governantes e governados continuam, assim como no Estado de Direito, sujeitos à lei, porém, neste momento, a lei deve realizar os princípios da igualdade e dignidade humana, ou seja, trata-se de uma “legalidade qualificada”¹².

A Constituição da República Federativa do Brasil, assumindo este compromisso de respeito e proteção aos direitos fundamentais, reconhece em seu art. 1º a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

A dignidade humana deve ser considerada como supraprincípio, pois informa todos os demais princípios instrutores do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um valor supremo que assimila o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais e se torna fonte dos direitos humanos.¹³

¹¹ MELLO, Marco Aurélio de. Liberdade de expressão, dignidade humana e estado democrático de direito. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 238-239.

¹² SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumento para a efetivação da dignidade humana. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 229.

¹³ PEREIRA, Claudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. Comunicação social e a tutela jurídica da dignidade humana. In: Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 41.

Nesta toada, Jorge Miranda conceitua dignidade humana como um metaprincípio, pois coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas¹⁴.

Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana da seguinte maneira:

“...qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”¹⁵

Deste modo, a dignidade humana é colocada como ponto central do ordenamento jurídico brasileiro. A organização do Estado deve pautar-se pelo respeito à liberdade, igualdade e justiça social, de modo a respeitar a condição humana para não transformar o homem em objeto.

“Com fundamento na atividade estatal, a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana, o que significa mais uma vez, que o homem é o centro, sujeito, objeto, fundamento e fim de toda a atividade pública. O princípio democrático do poder exige que à pessoa humana, na inteireza de sua dignidade e cidadania, se volte toda a atividade estatal. Neste aspecto, na interpretação axiológica, que leva em conta os valores protegidos pela norma jurídica, pode-se dizer que o valor supremo da Constituição é o referente a dignidade da pessoa humana. O Estado não é mais o poder inerte e sim uma organização eminentemente intervencionista e assistencialista, ao menos quando exigirem as formas de discriminação da pessoa”.¹⁶

Desta forma, surgem os direitos humanos como um conjunto indisponível de direitos mínimos para assegurar a liberdade e a dignidade do homem. Este rol básico, ou mínimo, surge do direito natural e da evolução histórica devendo ser

¹⁴ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 170.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 62.

¹⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 128.

observado pelo Estado. São, portanto, direitos mínimos para que o homem possa viver em sociedade dignamente. A dignidade humana é o alicerce dos direitos fundamentais.

A dignidade humana, embora sem definição, representa um conjunto de valores inerente a cada indivíduo e impõe o seu respeito perante o Estado. Este, por sua vez, além de respeitar estes valores deve possibilitar meios para seu pleno desenvolvimento.

Qualquer instituto de processo penal deve ser investigado acerca de sua compatibilidade com os princípios constitucionais de processo penal que, em última análise, visam resguardar a dignidade humana. Desta forma, no presente trabalho, nos ocuparemos do procedimento da colaboração premiada face ao princípio da imparcialidade do juiz que, por sua vez, é o ponto medular do sistema acusatório compatível apenas com o Estado Democrático de Direito fundado no respeito à dignidade humana.

1.2 Do sistema de persecução penal

Norberto Bobbio, compreende o ordenamento jurídico como um sistema íntegro e harmônico, compatibilizando diversas normas cuja legitimidade deriva de uma fonte que as autoriza, bem como, eliminando-se antinomias¹⁷.

Este primeiro conceito evoluiu com o aperfeiçoamento da ciência do direito, adaptando-se as especificidades de cada ramo. Desta forma, define-se como sistema processual penal o conjunto de instrumentos jurídicos-normativos que delimitam os contornos da persecução penal.

Neste sentido, Mauro Fonseca Andrade:

“Por essa razão, a doutrina especializada define os sistemas processuais penais como sendo subsistemas ou sistemas parciais

¹⁷ BOBBIO, Norberto. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Teoria do ordenamento jurídico. 10. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. P. 78.

dos sistemas jurídicos, que se caracterizam pela reunião e organização de elementos de ordem processual penal, permitindo sua investigação e aperfeiçoamento constantes.”¹⁸

Da mesma forma, Paulo Rangel afirma que o sistema processual penal é “um conjunto de princípios e regras constitucionais que, de acordo com o momento político de cada Estado, estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do Direito Penal a cada caso concreto”¹⁹.

Desta forma o sistema processual penal é um, entre tantos outros sistemas jurídicos existentes, que buscam sua legitimidade da mesma fonte, influenciando e sendo influenciado pelos demais.

Edimar Carmo da Silva, entende que as orientações constitucionais de processo penal, caracterizam um sistema, ainda que de modo geral, porém, suficiente²⁰. Com efeito, o sistema processual penal é tratado na Constituição Federal de forma genérica e suficiente, apontando apenas seus contornos e princípios, restando às normas infraconstitucionais disciplinar suas especificidades, seguindo as diretrizes constitucionalmente traçadas.

Necessário, portanto, distinguir processo penal de sistema processual penal. O primeiro, visa manter a harmonia social do Estado de Direito, enquanto que, o segundo, direciona o legislador na escolha da política criminal, em âmbito processual.

1.2.1 Os sistemas processuais penais

Sem a pretensão de esgotar o tema, é importante para o presente trabalho que analisa a garantia da imparcialidade do juiz no trâmite da colaboração premiada, traçar as linhas gerais dos sistemas processuais existentes: inquisitivo, acusatório e misto.

¹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013. P. 42.

¹⁹ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 46.

²⁰ SILVA, Edimar Carmo da. O princípio acusatório e o devido processo legal. Porto Alegre: Nuria Fabis, 2010. P. 60.

Não há consenso na doutrina sobre a ordem cronológica da evolução dos sistemas. Há corrente que afirma ser o sistema acusatório o precursor²¹, enquanto outros indicam que este sistema teria substituído o inquisitório²².

Aury Lopes Júnior indica que o sistema acusatório, que exige um acusador legítimo e idôneo, predominou até o século XII²³, período que ficou conhecido como acusatório privado, pois eram os particulares que iniciavam a persecução penal, até o Estado tomar para si o poder de repressão pela prática de delitos, sob o argumento de que a defesa social não poderia depender da vontade de membros da população²⁴. Posteriormente, de maneira gradativa, foi sendo substituído pelo modelo inquisitório que prevaleceu até parte do século XIX, quando, então, os movimentos sociais e políticos reestabeleceram o sistema acusatório de forma mitigada²⁵.

O sistema inquisitivo ganha expressão com a força do Cristianismo, sendo recepcionado pelo poder central em romano, vindo a ser adotado pelo direito canônico, durante a Idade Média²⁶. Criado para estabilizar o contexto social, posteriormente, foi utilizado para reafirmar a religião, instalando-se os Tribunais do Santo Ofício, com a bula do Papa Gregório IX, em 1231²⁷.

Obtempera-se que o sistema inquisitivo foi uma evolução para a época pois, afasta-se do uso da força para objetivar a obtenção da verdade. Todavia, os métodos criados foram deturpados pelo interesse político e religioso.

²¹ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Persecução penal democrática. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESHC, 2010. P. 44.

²² ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013. P. 58.

²³ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 40.

²⁴ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 47.

²⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 41.

²⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013. P. 279.

²⁷ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Persecução penal democrática. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESHC, 2010. P. 57.

A Igreja Católica, em busca de se consolidar como única religião, em nome da verdade, passou a perseguir os hereges, utilizando o sistema inquisitório, possibilitando a tortura e o sigilo.

Rogério Filippetto e Luísa Carolina Vasconcelos Chagas Rocha, sintetizam a ideia do sistema inquisitivo da época, da seguinte forma:

“Em síntese, o sistema inquisitivo, marcado pela ausência do contraditório e paridade processual, era caracterizado pela concentração de atividades de acusação, julgamento e defesa nas mãos de uma só pessoa: o Juiz. Este, *ex officio*, exercia com liberdade a colheita de provas e, pautado em critérios subjetivos, valorava-as, sendo-lhe oportunizado, até mesmo, o emprego de tortura como forma de compelir o sujeito à confissão, meio probatório considerado suficientemente apto a fundamentar uma decisão condenatória.”²⁸

Aury Lopes Júnior analisando o sistema inquisitivo afirma que:

“É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.”²⁹

São postulados fixos do sistema inquisitivo a presença dispensável da figura do acusador e a instauração do processo por meio de acusação, notícia de crime ou de ofício. Quanto ao primeiro, alerta Mauro Fonseca Andrade que, não é a presença ou ausência da figura acusatória que configura o sistema inquisitivo, mas, sim, a sua necessidade ou não dentro do processo³⁰.

Desta forma, ainda que exista a figura do acusador, mas, sendo este dispensável para que o processo seja iniciado e se desenvolva, independente de sua acusação, estaremos diante de um sistema inquisitivo. Ademais, assim como

²⁸ FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. P. 38.

²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 42.

³⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013. P. 363.

veremos adiante, neste trabalho, a presença de um acusador além da figura do juiz não garante a imparcialidade, que está atrelada a aspectos objetivos e subjetivos.

Gustavo Badaró analisa a incompatibilidade do sistema inquisitivo com os princípios processuais modernos:

“Por essas características, o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violador dos mais elementares princípios processuais modernos. Sem um julgador equidistante das partes não há imparcialidade. O juiz que formula a acusação liga-se psicologicamente à causa, perdendo a objetividade no julgamento. Há uma nítida incompatibilidade entre as funções de julgar e acusar.”³¹

Fernando da Costa Tourinho Filho, indica que além dos dois pressupostos alinhavados acima, o sistema inquisitivo pressupõe a ausência de publicidade processual, tanto do ponto de vista da sociedade, quanto do acusado³².

O sistema inquisitivo trata o acusado como objeto do processo e, não como sujeito de direitos e prerrogativas, o que demonstra, vez mais, sua incompatibilidade com o nosso atual ordenamento jurídico e com o Estado Democrático de Direito.

Em oposição ao sistema inquisitivo, aparece o acusatório que, em linhas gerais, busca separar as funções do acusador e do julgador, de forma que as partes ficam encarregadas de produzir as provas enquanto que o juiz para preservar sua imparcialidade fica alheio às partes e à da produção probatória.

O sistema acusatório tem origem na Grécia antiga, porém, sua forma atual foi concebida somente após a Revolução Francesa quando, de fato, rompe com as características inquisitórias³³.

³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. P. 24.

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1. p. 122.

³³ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, vol. I, 2011. P.58-62.

Sobre o ponto central o sistema acusatório puro, destaca Aury Lopes Júnior:

“É importante destacar que a posição do ‘juiz’ é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador”³⁴

Este sistema caracteriza-se pela clara separação entre o juiz e as partes, garantindo-se a imparcialidade e efetivando-se o contraditório. A gestão das provas é conferida exclusivamente às partes, sendo incompatível com este sistema, na sua forma pura, decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz, por exemplo.

Por fim, fala-se, também, na existência do sistema misto ou acusatório formal. Sua origem é controversa, sendo que, há quem sustente seu surgimento no período da Inquisição Espanhola, por meio das instruções de Fernando Valdés, em 1561 e, outros que apontam para suas raízes no século XIX, com o surgimento do *Code d’instruction criminelle*, na França³⁵.

Neste sistema, aponta Eugênio Pacelli que, a fase jurisdicional teria início com a investigação sendo conduzida pelo juiz instrutor mas, a função de acusar seria designada a órgão acusatório diverso do juiz. Portanto, reúne elementos de ambos os sistemas, formando um sistema híbrido³⁶.

Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho:

“O processo, qual no tipo inquisitivo, desenvolveu-se em três etapas: a) investigação preliminar (*de la policie judiciaire*), dando lugar ao *procés verbaux*; b) instrução preparatória (*instruction préparatoire*); e c) fase de julgamento (*de jugement*). Mas, enquanto no inquisitivo essas três etapas eram secretas, não contraditórias, escritas, e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se nas mãos do juiz, no processo misto ou acusatório formal somente as duas primeiras fases é que eram e continuaram secretas e não

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 43.

³⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013. P. 428.

³⁶ PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 10.

contraditórias. Na fase de julgamento, o processo se desenvolve *oralement, publiquement et contradictoirement*. As funções de acusar, defender e julgar são entregues a pessoas distintas.”³⁷

Com relação ao sistema processual penal misto, há quem sustente sua inexistência, pois para o sistema ser misto, sua essência deve estar relacionada ao inquisitório ou acusatório, tornando-se misto, em razão de elementos secundários. De forma que, a classificação deve ser tida por essencialmente inquisitória ou, essencialmente acusatória, dependendo a quem cabe a gestão probatória, bem como, da separação das funções de acusar e julgar³⁸.

1.2.2 O sistema processual acolhido pela ordem jurídica brasileira

O código de processo penal brasileiro vêm, até os dias de hoje, buscando sua adaptação aos direitos e garantias do homem previstos na Constituição Federal.

De fato, nossa Constituição Federal adotou o sistema acusatório, porém, não há consenso quanto a forma, pura ou mitigada, que fora adotada. Discutindo-se o lugar da investigação no processo penal brasileiro, pode-se compreender de uma maneira ou de outra.

Considerando-se o inquérito policial como parte processo penal, concluiríamos que o sistema acusatório adotado, seria o misto em razão das características inquisitivas do inquérito, tal como a ausência de contraditório.

Sustentando que o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o acusatório misto, Guilherme de Souza Nucci aduz que:

“Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1. p. 123.

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 45/47; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, n. 1, 2001, p. 26-51.

Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados, militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o misto.”³⁹

No mesmo sentido, Rogério Lauria Tucci sustenta que no ordenamento jurídico brasileiro foi adotado o sistema inquisitivo, diverso do desenvolvido na Idade Média, pois tendo em vista que o escopo do processo penal é apurar a verdade atingível, esta finalidade somente pode ser atingida atribuindo-se ao juiz poder inquisitivo⁴⁰.

Hélio Tornaghi também partilha do entendimento de que o sistema processual penal brasileiro é o misto, por ser inquisitório na fase da investigação e, acusatório na fase processual⁴¹.

Por outro lado, considerando que a análise de sistema processual recai somente sobre o processo, ou seja, o procedimento judicial, excluindo do objeto de análise o inquérito policial por se tratar de uma fase administrativa (pré-processual), chegaríamos à conclusão que o sistema brasileiro adotou a forma pura do sistema acusatório, submetido ao contraditório.

Neste sentido Eugênio Pacelli:

“No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação.”⁴²

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 130.

⁴⁰ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 40-43.

⁴¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de processo penal. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1977. P. 310-311.

⁴² PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 13.

Somente quando o juiz interviesse na fase de investigação e voltasse a decidir, ao final, é que estaríamos diante do sistema acusatório misto. No entanto, a sistemática adotada pelo código de processo penal brasileiro é a intervenção do juiz na fase da investigação como garantidor dos direitos fundamentais do cidadão. Portanto, o juiz intervém como garantidor dos direitos fundamentais e, não, como juiz-instrutor.

Este ponto será desenvolvido no presente trabalho pois, mesmo na condição garantidor dos direitos fundamentais, questiona-se o comprometimento do juiz, ou seja, sua imparcialidade, em razão do contato com o objeto da investigação. O cerne, portanto, do presente trabalho busca investigar se, neste contexto de sistema acusatório adotado, o juiz que homologa a colaboração premiada preserva a sua imparcialidade, ou não, para participar do julgamento final do processo.

Por fim, destaca-se o posicionamento de Aury Lopes Júnior que, partindo da premissa de existência apenas de sistema processual essencialmente acusatório ou inquisitório, classifica o brasileiro como essencialmente inquisitório ou, neoinquisitório, em razão da gestão probatória, na fase processual, encontrar-se nas mãos do juiz. Contudo, afirma que, por ter a Constituição Federal adotado o sistema acusatório, fundado no contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo legal, as regras previstas no código de processo penal devem ser reinterpretadas em conformidade com a Constituição, excluindo-se, aquelas incompatíveis com o sistema acusatório por serem substancialmente inconstitucionais.⁴³

Verifica-se, portanto, que há diversas correntes acerca da natureza do sistema processual penal brasileiro, como visto acima. Todavia, devendo as normas infraconstitucionais serem interpretadas conforme a Constituição Federal, que adota o sistema acusatório, os traços inquisitoriais previstos no código de processo penal devem ser extirpados do nosso ordenamento. Esta é a posição que entendemos mais alinhada aos pressupostos do Estado Democrático de Direito e valorização da dignidade humana.

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 47/49.

CAPÍTULO 2 – A COLABORAÇÃO PREMIADA

2.1 Conceito, terminologia e natureza jurídica

Inicialmente cabe fixar a correta terminologia do instituto para, depois, avançarmos ao seu conceito.

Diversos autores⁴⁴ entendem que as expressões “colaboração premiada” e “delação premiada” são sinônimas e que, portanto, não haveria nenhuma diferença terminológica entre elas. De outra banda, diversos outros autores⁴⁵ entendem que há diferença entre os termos. A colaboração premiada seria mais abrangente que a delação, pois, esta, restringe-se ao apontamento de coautores ou partícipes, enquanto que a colaboração premiada se dá nas hipóteses dos incisos II, III, IV e V do art. 4º da Lei 12.850/13.

No sentido de que o termo correto seria delação premiada, sustenta João Paulo Orsini Martinelli:

“Inicialmente, alerta-se para a opção de utilizar o termo ‘delação’ em vez de ‘colaboração’. A lei faz uso de ‘colaboração’, porém, entende-se, aqui, que há diversas formas de colaborar com a investigação, dentre as quais a delação. No caso em tela, o agente ‘delata’ seus cúmplices em troca de benefícios legais ou delata a si mesmo. Assim, deve-se conceituar a delação premiada a partir de suas características, finalidade e consequências. Todas essas informações são extraídas da lei e da doutrina, fontes primordiais de uma discussão multilateral.”⁴⁶

⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39. No mesmo sentido, ver NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

⁴⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. Crime organizado: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 77-78. No mesmo sentido, ver GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano VI, n. 34, Porto Alegre, out./nov. 2005, p. 18 e CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n. 12.850/2013. Salvador/BA: JusPodivm, 2013.

⁴⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Delação Premiada: Uma realidade sem volta. In: Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. P. 242.

Entendemos como mais correto diferenciar as terminologias. A Lei 12.850/13 trouxe expressamente a alcunha de colaboração premiada para tratar de todas as hipóteses que o agente pode vir a colaborar com o Estado (v. art. 4 da Lei). E dentre estas possibilidades está a de identificar os coautores e partícipes da organização criminosa (v. art. 4º, inciso I, da Lei). Esta hipótese, é a única em que há uma autêntica delação.

Portanto, nos filiamos à corrente que entende ser a colaboração premiada o gênero do qual a delação premiada é uma das espécies. Ou seja, a delação premiada está inserida dentro do contexto da colaboração premiada.

Neste sentido, Humberto Della Bernardina de Pinto:

“Aponta-se, desde já, que a terminologia eleita (colaboração premiada) é preferível à ‘delação premiada’, que ostenta reprovabilidade inerente, bem como, em uma classificação mais esmiuçada, constituiria gênero, do qual a delação propriamente dita é espécie, intitulada também de chamamento de corréu, em autêntico eufemismo.”⁴⁷

Destaca-se, também, o posicionamento de José Maurício Cabral Mattos Filho e Marcelo Fernandez Urani, quanto a terminologia correta da colaboração premiada:

“Tal esclarecimento faz-se necessário, pois tem-se observado um tratamento equivocado por parte da imprensa e da prática forense brasileira ao referir-se a tal instituto como delação premiada, quando na verdade o termo legal e doutrinariamente correto é colaboração premiada, conforme se depreende do próprio texto legal previsto no inciso I do art. 3º da Lei 12.850/13.

A correção doutrinária do perfeito uso da expressão faz-se necessária, não pelo significado semântico da expressão, mas pelo próprio fundamento atribuído ao ato praticado pelo indivíduo investigado/acusado de colaborar voluntariamente para o resultado final da persecução penal, fornecendo elemento probatório idôneo capaz de dismantelar a organização criminosa, impedindo-se de praticar novos crimes, bem como auxiliando o Estado a recuperar,

⁴⁷ PINTO, Humberto Della Bernardina de. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 73, v. 13, 2016. P. 32.

totalmente ou parcialmente, os produtos ou proveitos do crime praticados.”⁴⁸

Vencido o aspecto terminológico, o conceito de colaboração premiada pode ser extraído do art. 4 e seus incisos da Lei 12.850/13.

Ronaldo Barbosa Pinto trabalha o seguinte conceito:

“A colaboração premiada poderia ser definida, já com base na Lei nº 12.850/2013, como a possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial ou a redução da pena (ou a sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei. A partir da Lei posta, portanto, incabível a conceituação do instituto com base, exclusivamente, na delação dos comparsas formulada pelo colaborador, já que o prêmio pode ser obtido ainda que ausente essa imputação, como, por exemplo, se em decorrência dela se salvaguardou a integridade física da vítima (art. 4º, V, da Lei)”⁴⁹

Vicente Leal, por sua vez, conceitua da seguinte forma:

“A delação premiada, também nominada de ‘colaboração premiada’, pode ser conceituada como um método de investigação criminal no qual o agente do Estado oferece ao indiciado ou acusado benefícios a serem contemplados quando da imposição da sanção condenatória, tais como substituição, redução ou isenção de pena, ou ainda fixação de um regime penitenciário menos gravoso, tudo em troca de informações que levem à elucidação do fato criminoso. Tais informações prestadas de forma voluntária, além do caráter de confissão devem ser suficientes para desarticular quadrilhas ou bandos, identificando a ação delituosa dos demais integrantes.”⁵⁰

Visto o conceito, necessário analisar a natureza jurídica da colaboração premiada. Neste ponto, necessário distinguir o instituto da colaboração premiada e, a sua materialização, que é o acordo de colaboração premiada.

Esta distinção é feita pela doutrina e jurisprudência.

⁴⁸ FILHO, José Mauricio Cabral Mattos; URANI, Marcelo Fernandez. Aspectos críticos da colaboração premiada. In: Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. P. 328.

⁴⁹ PINTO, Ronaldo Barbosa. A Colaboração Premiada da Lei 12.850/13. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 56, v. 10, 2013. P. 25.

⁵⁰ ARAÚJO, Vicente Leal de. Considerações acerca da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro. In: Revista In Verbis, n. 38, v. 20, 2015. P. 260.

Fixou-se, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do Habeas corpus nº 127.483-PR, de Relatoria do Min. Dias Toffoli que, o instituto da colaboração premiada possui natureza jurídica de “meio de obtenção de prova” que, por sua vez, deve estruturar-se na forma de um acordo.

Quanto à natureza jurídica da colaboração premiada, sintetizou o Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto, no julgamento do Habeas corpus 127.483-PR:

“não entendo a delação premiada como prova. Ela não é prova, é um caminho. Por isso é que, na verdade, ela não se caracterizaria nem figurativamente numa “deduração” irresponsável, inconstitucional, porque não é uma prova, na minha concepção, claro, estaria coberta pela disciplina da ampla defesa e do contraditório.”⁵¹

Neste sentido, Humberto Della Bernardina de Pinto:

“Sob a ótica probatória, tem-se ordinariamente que a colaboração premiada constitui técnica especial de investigação, portanto, meio de obtenção de prova, embora haja quem fale em prova autônoma inominada”⁵²

Portanto, indiscutível que o instituto da colaboração premiada, por força da disposição legal, possui natureza jurídica de meio de obtenção de prova. No tocante ao acordo, pensamos correta a avaliação feita por Humberto Pinto que distinguiu o acordo de colaboração premiada previsto no art. 4, §4º da Lei 12.850/13 das demais hipóteses.

Analisando o art. 4º, §4º da Lei 12.850/13, entende Humberto Pinto que o juiz apenas homologa o acordo entabulado entre o agente colaborador e o Ministério Público e, os efeitos desse acordo, não dependem de qualquer anuência do magistrado para surtir efeitos. Tratando-se, portanto, de negócio jurídico processual.

⁵¹ STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

⁵² PINTO, Humberto Della Bernardina de. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 73, v. 13, 2016. P. 35.

“uma das partes abre mão do seu direito de persecução criminal em juízo, ante a relevância das informações obtidas e do atendimento de requisitos subjetivos (não ser o colaborador o líder da organização criminosa e prestar o auxílio antes dos demais).

Não há que se falar, assim, em qualquer anuência do magistrado, ou sua ulterior análise acerca da eficácia da colaboração: o acordo faz-se entre as partes com efeitos definidos em comum acordo e de efetividade garantida por uma delas. Tem-se, desse modo, inegável negócio jurídico processual.”⁵³

Já com relação ao acordo de colaboração premiada que será aplicado pelo juiz na fase da sentença, entende Humberto Pinto que, trata-se de negócio Jurídico “*sui generis*” pois, o juiz, na sentença, não está vinculado integralmente ao acordo. O juiz, neste acordo, possui a discricionariedade necessária para valorá-lo e, com isso, aplicar os efeitos que entender cabíveis, sujeito ao recurso das partes, caso não tenha sido concedido integralmente o que fora pactuado⁵⁴.

Em razão do acordo de colaboração premiada possuir esta natureza jurídica de negócio jurídico processual personalíssimo é que terceiros estão impedidos de impugná-lo, como se verá no capítulo acerca dos direitos do delatado.

Portanto, temos que a colaboração premiada se diferencia da delação, em razão daquela ser gênero da qual esta é espécie. Vimos também que o conceito de colaboração premiada pode ser extraído do art. 4º da Lei 12.850/13. Sua natureza jurídica, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, é de meio de obtenção de prova, a ser estruturado através de um acordo de colaboração premiada. Este acordo, enquanto que aquele previsto no art. 4º, §4º da Lei 12.850/13 é tido por negócio jurídico processual, os demais acordos, cujos efeitos são aplicados pelo juiz na fase da sentença penal condenatória, podem ser classificados como negócios jurídicos “*sui generis*” pois, os efeitos do acordo não derivam exclusivamente da vontade das partes e, não decorrem simplesmente da lei, eles ficam reservados à discricionariedade do julgador.

⁵³ PINTO, Humberto Della Bernardina de. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 73, v. 13, 2016. P. 42.

2.2 O aspecto ético da colaboração premiada

O Estado, buscando maior efetividade no combate ao crime de organização criminosa, instituiu a colaboração premiada como meio de obtenção de prova no processo penal.

Sendo a colaboração premiada é um instituto que incentiva a colaboração do criminoso com o Estado em troca de benefícios com o objetivo de atingir determinados fins previstos em lei, passou-se a questionar na doutrina, do ponto de vista ético, esta relação entre Estado e criminoso.

Cibele Benevides Guedes da Fonseca analisando a gravidade dos delitos praticados por organização criminosa e a necessidade de produção de provas, argumenta que:

“A crítica ao caráter supostamente antiético da colaboração premiada é inconsistente, na medida em que o Estado não pode renunciar o acesso à prova de crimes graves como os praticados por organizações criminosas apenas para preservar um pacto de lealdade entre criminosos”⁵⁴

Neste ponto, defendendo legitimidade do instituto, Renato Brasileiro de Lima argumenta que:

“Apesar de tratar de uma modalidade de traição institucionalizada, trata-se de instituto de capital importância no combate à criminalidade, porquanto se presta ao rompimento do silêncio do mafioso (*omertà*), além de beneficiar o acusado colaborador. De mais a mais, falar-se em ética de criminosos é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só tem valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis.”⁵⁵

Rebatendo este argumento, Henrique Viana Pereira, Leonardo Guimarães Salles e Mateus Salles Bitencourt, pontuam que:

⁵⁴ PINTO, Humberto Della Bernardina de. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 73, v. 13, 2016. P. 26-48.

⁵⁵ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 98/99.

“A ética trazida à discussão não é a da cumplicidade entre os membros da organização criminosa. Falar-se em ética por parte de um grupo de pessoas que se reúnem com o objetivo de, sem nenhuma ética, ofender bens jurídicos seria incoerente. No entanto, o que se traz ao debate é a possibilidade de anuência do Estado com a falta de ética, ou mesmo o seu incentivo como um prêmio”⁵⁷

Nesta toada, Eugênio Raúl Zaffaroni:

“A impunidade de agentes encobertos e dos chamados ‘arrepentidos’ constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito: o Estado não pode se valer de meios imorais para evitar a impunidade [...] O Estado está se valendo da cooperação de um delinquente comprada a preço de sua impunidade, para ‘fazer justiça’, o que o Direito liberal repugna desde os tempos de Beccaria.”⁵⁸

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, confronta o pensamento acima retratado com o seguinte argumento:

“A rejeição à ideia da delação premiada constituiria um autêntico prêmio ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos alheios, mas o Estado não lhes poderia semear cizânia ou a desunião, pois não seria moralmente aceitável. Se os criminosos atuam com leis próprias, pouco ligando para ética, parece-nos viável provocar-lhes a cisão, fomentando a delação premiada. A lei do silêncio, no universo criminoso, ainda é mais forte, pois o Estado não cumpriu sua parte, que é diminuir a impunidade, atuando, ainda, para impedir que réus colaboradores pereçam em mãos do delatados.”⁵⁹

João Paulo Orsini Martinelli, por sua vez, acrescenta outro argumento em prol da viabilidade ética do instituto:

“A prática de um crime implica riscos como a descoberta do fato e da autoria, a frustração pela não consumação, a quebra da expectativa de usufruir do produto obtido ilicitamente, entre outras possíveis

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014. P. 731.

⁵⁷ PEREIRA, Henrique Viana; SALLES, Leonardo Guimarães; BITENCOURT, Mateus Salles. Delação Premiada: Reflexões no contexto do Estado Democrático de Direito. In: Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. P. 200.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categoria frustrada. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro: Revan, ano 1, v. 1, 1996, p. 45.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 621.

consequências não desejadas pelo autor. Obviamente, o risco de ser delatado pelo cúmplice preso é um risco a ser assumido na empreitada delituosa. Se o risco da traição é inerente às atividades lícitas, muito maior sê-lo-á nos comportamentos contrários ao ordenamento jurídico. Ao considerar os motivos que induzem alguém a delatar, se houver arrependimento, a própria lei o reconhece como meio de amenizar a situação do condenado. Caso os motivos sejam outros, como a vingança, faz parte do risco de se praticar uma atividade ilícita. Toda questão ética que possa envolver a delação premiada integra o risco do crime. Por outro lado, se a delação for inverídica, a mesma não poderá ser utilizada contra aquele que foi injustamente delatado porque as informações fornecidas não podem, isoladamente, ser utilizadas como prova.”⁶⁰

Sergio Fernando Moro, destacando a desnecessidade de se indagar a respeito dos motivos pelos quais o indivíduo colabora, sustenta a legitimidade do instituto:

“Não se está traindo a pátria ou alguma espécie de resistência francesa. Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenado neste caso o silêncio.”⁶¹

Nestas sendas, Ronaldo Pinto, contrariando o argumento de que o instituto seria imoral, argumenta que a essência da colaboração premiada repousa na voluntariedade, de modo que, bastaria ao agente rejeitar o acordo caso pressentisse a imoralidade. Destaca, outrossim, que o colaborador não precisa, necessariamente, delatar um comparsa, posto que o benefício é concedido em casos diversos da delação – art. 4º, IV e V da Lei 12.850/13. E, além disso, o estímulo para a colaboração do criminoso encontra-se na legislação desde há muito tempo, sem questionamentos éticos, como por exemplo, os arts. 15, 16, 65, inciso III, alínea b, todos do Código Penal.⁶²

⁶⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. Delação Premiada: Uma realidade sem volta. In: Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. P. 244.

⁶¹ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*. Revista CEJ. Brasília, n. 26, jul./set. 2004. P. 58/59.

⁶² PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013. In Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. N. 56, v. 10, 2013. P. 27.

Cibele Benevides Guedes da Fonseca⁶³ corrobora o entendimento acima de que o Código Penal desde há muito tempo prevê incentivos ao réu colaborador (arts. 15, 188, inciso VI e, 190, todos do Código Penal), sem que recaiam sobre estes, questionamentos éticos.

Outro argumento levantado por aqueles que criticam o instituto refere-se à assunção de ineficácia do Estado face ao combate ao crime organizado. O Estado assume que não consegue unilateralmente combater o crime organizado necessitando da colaboração de criminosos fazê-lo.

Já afirmava Cesare Beccaria, evidenciando a falência do sistema prisional: “o Tribunal que utiliza a impunidade para desvendar um crime demonstra que é impossível ocultar tal crime, pois que ele o desconhece”⁶⁴

Cibele Benevides Guedes da Fonseca, rejeitando o argumento de que a inserção do instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro seria a assunção da ineficácia do Estado no combate a este tipo de crime, analisa a questão do ponto de vista da necessidade de modernização das técnicas investigativas:

“Ocorre que, nos casos de crimes praticados por organizações criminosas, vigorando a lei do silêncio (*omertà*), como sói ocorrer, a voz de alguém de ‘dentro’ da organização por vezes é o único modo que o Estado tem de desbaratar a associação e impedir a prática de novos crimes.[...] Socorrer-se o país de leis que admitem e regulam a colaboração premiada, ao contrário de revelar ineficiência investigativa, aponta para a modernização das suas técnicas de investigação. Não se trata, portanto, de uma confissão de incompetência, mas simplesmente de admissão de que os crimes complexos como os praticados pela criminalidade organizada não conseguem ser esclarecidos pelos meios probatórios tradicionais.”⁶⁵

⁶³ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 94.

⁶⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad.: Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003. P. 56.

⁶⁵ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 95/97.

Contrário ao instituto da colaboração premiada, sustenta Victor Minervino Quintiere que a colaboração premiada fere o Estado Democrático de Direito:

“Com da devida vênia, a posição majoritária não merece prosperar. Inicialmente, no que diz respeito ao fato de que a delação premiada seria um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito não há que se concordar com a justaposição de fatores altamente prejudiciais à democracia de um país, até porque, com a utilização desse ‘mal necessário’, uma série de arbitrariedades foram, são e serão cometidas pelos mesmos diretores destas organizações criminosas no sentido de frustrar a persecução penal.[...] não é com a imposição de instituto de duvidosa constitucionalidade que devem ser atingidos os fins da persecução penal. Não estamos diante do Estado em que os ‘fins justificam os meios’.”⁶⁶

Guilherme de Souza Nucci, em sentido diametralmente oposto, entende que a colaboração premiada é necessária, justamente, para proteger o Estado Democrático de Direito.⁶⁷

Sob o prisma ético, estes são alguns dos argumentos pró e contra o instituto da colaboração premiada. Destaca-se a relevância de todos eles, todavia, acreditamos que a colaboração premiada é válida e legítima pois, os valores protegidos são da mais elevada relevância para o Estado Democrático de Direito, colocado em xeque pelos crimes perpetrados pelas organizações criminosas, sejam eles violentos ou, os chamados de colarinho branco.

E é como pontua David Teixeira de Azevedo:

“reafirmo ser o instituto orientado eticamente, constitui medida eficaz de política criminal e prestigia as finalidades do direito punitivo num contexto de Estado democrático de direito e, finalmente, consagrar e garantir um excelente meio e um modo eficaz – muita vez o único – de exercício do direito de defesa.”⁶⁸

⁶⁶ QUINTIERE, Victor Minervino. Breves reflexões a respeito da colaboração premiada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. P. 533/534.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 620.

⁶⁸ AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. Revista IBCCRIM, ano 22, n. 265, dezembro /2014. P. 4.

Os crimes praticados por organizações criminosas, sejam elas violentas ou não (crimes do colarinho branco), colocam em xeque a própria democracia, de tão elevada a periculosidade dos crimes praticados, de modo que, entendemos justificável, em um Estado Democrático de Direito, visando a proteção de valores caros à toda sociedade, seja válida a previsão legal do instituto, prevendo benefícios em troca da colaboração, voluntária e efetiva, no combate destes crimes.

Além disso, longe de ser a assunção de ineficácia do Estado, a inserção da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro aparelha as instituições com mais um mecanismo de obtenção de provas e revela a atenção dos legisladores ao combate da nova criminalidade que não é alcançada pelas técnicas tradicionais de investigação. Sendo, portanto, mais uma ferramenta posta à disposição para o combate da criminalidade complexa.

Frederico Valdez Pereira⁶⁹, entende que a colaboração premiada é uma das únicas medidas eficazes de combate ao crime organizado.

Desta forma, acreditamos que a colaboração premiada é um meio de obtenção de provas legítimo e necessário, tendo em vista a manutenção da ordem e do Estado Democrático de Direito.

2.3 A (in)constitucionalidade da colaboração premiada

Alguns doutrinadores⁷⁰ sustentam ser a colaboração premiada inconstitucional em razão de ferir o princípio da proporcionalidade, vez que trataria indivíduos que cometeram os mesmos crimes de maneira desigual, além de impossibilitar que um corréu faça a delação no mesmo sentido de outro pois, não haveria necessidade para a investigação e o órgão acusador poderia se recusar a fazê-la.

⁶⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. Revista dos Tribunais. Vol. 929/2013. Mar/2013. DTR/2013/585. P. 24.

Outros, como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Edward Rocha de Carvalho⁷¹, sustentam a ilicitude da prova, em razão da forma pela qual ela é coletada. Seria assim, a colaboração premiada ilícita e as provas obtidas à partir dela ilícitas por derivação.

Natália de Oliveira Carvalho⁷² alega ser a colaboração premiada incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, em razão da incompatibilidade do custo/benefício para o Estado. A instrumentalização do investigado/acusado para obter informações em troca de benefícios gera um custo ao sistema que não se justifica. Deste modo, entende inconstitucional o referido instituto. Posição igualmente sustentada por Fernando Tourinho Neto⁷³.

Em sentido contrário, Cibele Benevides Guedes da Fonseca⁷⁴ sustenta não haver incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade, pois, a colaboração premiada ao contrário, a consagraria, ao tratar o réu que colabora de maneira mais benéfica do que aquele irredutível em colaborar.

Marcos Paulo Dutra Santos afirma que não há ofensa ao princípio da individualização da pena e da proporcionalidade, fazendo um raciocínio análogo ao desenvolvido por Cibele Benevides Guedes da Fonseca no tocante a proporcionalidade. Para o referido autor, o princípio constitucional da individualização da pena e da proporcionalidade impõem que seja distinguida a pena para o réu colaborador face aquele que não colabora. Não poderia o Estado deixar

⁷⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n1, v. 17, 2007. P. 95-106.

⁷¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n1, v. 17, 2007. P. 95-106.

⁷² CARVALHO, Natália Oliveira de. A delação premiada no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 140.

⁷³ TOURINHO NETO, Fernando. Delação premiada Colaboração Premiada: Traição premiada, endurecimento das decisões judiciais. Afronta à Constituição Federal. Juiz justiceiro. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 499-526.

⁷⁴ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 103.

de analisar as circunstâncias pessoais do acusado. E, em razão disso, para ele, o instituto da colaboração premiada seria constitucional.⁷⁵

Walter Nunes da Silva Júnior⁷⁶ e Cibele Benevides Guedes da Fonseca⁷⁷, sustentam ser a colaboração premiada compatível com o sistema em razão da necessidade de todos preservarem a ordem pública (art. 144 da Constituição Federal), de modo que, o incentivo à colaboração premiada por parte do Estado e, aceita voluntariamente pelo colaborador, traz de volta a responsabilidade daquele que estava colocando-se em risco.

Ademais, observa-se que o Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento sobre estes pontos, direcionando-se pela constitucionalidade do Instituto. Neste sentido, cite-se o julgamento do Habeas corpus n. 90.321/SP:

“Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de co-autores ou partícipes que se oferecerem para fazer a delação premiada.”⁷⁸

E ainda, no julgamento do Habeas corpus nº 90.688/PR, votou o Min. Carlos Ayres Britto:

“E vejo sempre a *persecutio criminis* ou o combate à criminalidade num contexto de segurança pública, que é matéria expressamente regrada pela Constituição no art. 144, em que diz que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, visando à incolumidade das pessoas e do patrimônio. E o combate à criminalidade se dá exatamente nesse contexto. Como a segurança pública não é só dever do Estado, mas direito e responsabilidade de todos, situo, nesse contexto, como constitucional a lei que trata da

⁷⁵ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (Delação) Premiada. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 71-73.

⁷⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal. 2 ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015. P. 539.

⁷⁷ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 104-405.

⁷⁸ STF, 2ª Turma, HC 9032/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 02/09/2008 2ª Turma. Publicação: Dje-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26/09/2008.

delação premiada. O delator, no findo, à luz da Constituição, é um colaborador da justiça.”⁷⁹

Corroborando estes entendimentos e consolidando a constitucionalidade do instituto, debruçou-se o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas corpus nº 127.483.⁸⁰

E neste sentido, fixou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Posição com a qual concordamos. Contudo, o presente trabalho debruça-se na análise da (in)compatibilidade do instituto face ao princípio da imparcialidade do juiz, o que, se restar demonstrada a hipótese destacada no início do trabalho, nos levaria a concluir pela inconstitucionalidade. Portanto, analisando, neste momento do trabalho, apenas os argumentos alinhavados acima, entendemos que não há ofensa à Constituição Federal, porém, nos reservamos a análise da (in)compatibilidade do instituto em razão a imparcialidade do juiz, para o final do trabalho.

2.4 O sistema norte-americano: *plea bargaining*⁸¹

No sistema norte-americano existem três caminhos que podem ser seguidos pelo processo penal, quais sejam, a submissão pelo júri que ocorre quando o acusado se declara inocente; a finalização do processo com assunção de culpa pelo réu e a imediata aplicação da pena, e; por fim, o acordo com a Promotoria, através do *plea bargaining*.⁸²

De início cabe destacar algumas diferenças entre o modelo norte americano e o brasileiro.

⁷⁹ STF, 1ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento: 12/02/2008.

⁸⁰ STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS Toffoli. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

⁸¹ O *plea bargaining* caracteriza-se por ser o meio pelo qual o acusado renuncia o seu direito de ser submetido a julgamento, evitando-se, portanto, a necessidade do processo, confessando sua culpa, em troca de benefícios. SOUZA, José Alberto Sartório de. *Plea Bargaining: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade*. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N. 2, 1998, p. 262.

⁸² PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “*plea bargaining*” no direito norte-americano. FMU direito. N. 23, v. 15, 2001. P. 118.

No sistema americano, destacam-se os seguintes pontos: a prevalência da jurisprudência nas decisões judiciais, o princípio da oportunidade da ação penal que, além da discricionariedade do Promotor (acusação) promover ou não a ação penal, também lhe possibilita a escolha da imputação.

Janaína Conceição Paschoal afirma que para entender o *plea bargaining* “é importante saber que, no sistema processual penal americano, o Promotor de Justiça tem absoluto arbítrio com relação à ação penal.”⁸³

Os dois pontos acima destacados, no direito brasileiro, são contrastantes, pois, neste, as decisões judiciais pautam-se pela lei e vige o princípio da obrigatoriedade da ação penal, ou seja, o Ministério Público não pode recusar-se de processar alguém diante da existência de crime.

Outra diferença entre o sistema norte-americano e o brasileiro repousa no tratamento do devido processo legal. Para o sistema brasileiro, trata-se uma garantia constitucional, irrenunciável. Enquanto que para o sistema norte-americano trata-se de um direito possível de ser dispensado.

“Enquanto nos EUA a partir do momento em que o réu ‘confessa’ um crime, nenhuma outra diligência é adotada com o objetivo de confirmar a sua culpa, no Brasil, ela não possui força probatória absoluta. Para sua apreciação, o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo. Assim, se pode concluir que o ‘*due process of law*’ no direito norte-americano é direito, que pode ser dispensado, enquanto no sistema brasileiro é garantia, devendo sempre ser observado.”⁸⁴

Relevante a experiência trazida por Janaína Conceição Paschoal que destaca:

“Durante palestra ministrada pelo Professor Gerard Lynch, da Universidade de Colombia, questionamos em que medida poder-se-ia considerar respeitado o devido processo legal, se a palavra do

⁸³ PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “*plea bargaining*” no direito norte-americano. FMU direito. N. 23, v. 15, 2001. P. 115.

⁸⁴ BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina, jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 26.

acusado isoladamente pode ser considerada suficiente para alicerçar a condenação.

E, atônitos, ouvimos como resposta que, ao declarar-se culpado, o réu ‘abre mão’ do devido processo legal. (...) Explicou o Professor que a Constituição Federal ‘garante’ o devido processo legal e o julgamento pelo júri, desde que o réu queira tal garantia!!!”⁸⁵

Em razão destas e outras diferenças, é que no sistema norte-americano permite-se a realização de acordos entre o Ministério Público e o acusado para finalizar rapidamente o processo, enquanto que, no sistema brasileiro, este tipo de acordo revela-se como exceção (como por exemplo, a transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada).

Dentre os benefícios do *plea bargaining*, José Alberto Sartório de Souza⁸⁶ elenca os seguintes: permite um rápido julgamento dos crimes; evita os efeitos maléficos da demora do processo; facilita a rápida reabilitação do preso; proporciona grande economia de recursos humanos e materiais, bem como maior eficiência; forma mais flexível de administrar a justiça; acusado receberá uma pena mais leve ou concessões; o acusado não terá a publicidade negativa decorrente de um julgamento; etc.

Neste sentido, José Francisco Moreira das Neves afirma que “tais mecanismos, a par da negociação das penas, introduzem rapidez, eficiência, equilíbrio e um prêmio (uma vantagem) para o arguido que aceita a responsabilidade, o qual será tanto melhor quanto mais cedo essa o for.”⁸⁷

Por outro lado, Janaína Conceição Paschoal desfere duras críticas ao instituto afirmando que o mesmo não é benéfico para o réu pois, como a acusação possui ampla discricionariedade, poderia o promotor de justiça aumentar a acusação para poder barganhar com o acusado, em troca da sua confissão. Assim, o réu estaria sendo punido pelo fato que deveria ser punido, sem ter direito ao devido

⁸⁵ PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “*plea bargaining*” no direito norte-americano. FMU direito. N. 23, v. 15, 2001. P. 117.

⁸⁶ SOUZA, José Alberto Sartório de. *Plea bargaining*: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N2, 1998. P. 271.

⁸⁷ NEVES, José Francisco Moreira das. Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já!. Revista do Ministério Público de Lisboa. N. 135, v. 34, 2013. P. 39.

processo legal e sem que o Estado demonstrasse sua culpa. Entende, assim, que não há nenhuma redução de pena ou benefício concedido ao réu. Aumenta-se a acusação para se buscar a pena que seria aplicada efetivamente, caso o réu fosse julgado pelo júri.⁸⁸

Para complementar o raciocínio, necessário o longo destaque feito para as considerações de Janaína Conceição Paschoal:

“Por exemplo, no Estado do Texas, o roubo agravado é punido com pena privativa de liberdade que varia entre 5 (cinco) e 99 (noventa e nove) anos ou prisão perpétua.

Ora, a ameaça de um promotor de que sugeriria ao juiz a pena máxima faz qualquer inocente preferir “garantir” os cinco anos.

Em palestra assistida na Promotoria de Nova York, questionamos uma das promotoras assistentes a respeito da legitimidade dessa prática de ameaçar os acusados.

E, um pouco ofendida com palavra forte utilizada na formulação da pergunta (ameaçar), a promotora aduziu que é papel do promotor ‘valorizar’ a provável punição, de modo a forçar o réu declarar-se culpado, poupando, assim, o dinheiro do Estado!!!

Percebe-se que, desde o início, as acusações são formuladas de forma a deixar um intervalo de barganha, de onde depreende-se que, na verdade, o réu não recebe qualquer benefício ao assumir a culpa.”⁸⁹

Atento a este ponto, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti, sustentou que este raciocínio não poderia ser aplicado dentro do nosso sistema. Afirma que seria falta de ética do membro do Ministério Público, caso agisse dessa maneira com o acusado e, também, para o Estado⁹⁰.

Embora funcione no sistema norte-americano, esta prática não seria possível em nosso sistema, em razão de toda construção ética e constitucional idealizada para a legitimação do instituto da colaboração premiada.

⁸⁸ PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “*plea bargaining*” no direito norte-americano. FMU direito. N. 23, v. 15, 2001. P. 119.

⁸⁹ PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “*plea bargaining*” no direito norte-americano. FMU direito. N. 23, v. 15, 2001. P. 120.

⁹⁰ Aula ministrada em 10/12/2015 pelo Ministro Rogério Schietti (STJ) e teve como debatedor o Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini, no 1º Congresso “Ética, Corrupção e Gestão de Empresas”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D_NXju2b_0g>. Acesso em: 18 jul. 2017.

Malgrado a crítica acima exposta, percebe-se que no sistema norte-americano o instituto do *plea bargaining* representa o ponto fulcral do procedimento, haja vista que, os números da utilização do instituto impressionam. Mais de 90% (noventa por cento) dos processos criminais são encerrados por meio de confissões resultantes de acordos de *plea bargaining*.⁹¹ Esse êxito do *plea bargaining* está atrelado ao sucesso do programa de proteção a vítimas e testemunhas.⁹²

Corroborando estes dados, José Francisco Moreira das Neves, afirma que apenas 3% da criminalidade é julgada na área federal, enquanto que 6% da área estadual são julgados, de fato, pelo júri ou juiz togado.⁹³

Esta dinâmica de acordos com discricionariedade dos membros do Ministério Público dos Estados e Federal, tem sido referendada pela Suprema Corte norte-americana⁹⁴.

A imprescindibilidade desse instituto para o sistema de justiça norte-americana foi reconhecida pela Suprema Corte, em 1971, no julgamento do caso *Santobello v. Nova York*, no qual o *plea bargaining* foi alçado à categoria de componente essencial da administração da justiça.⁹⁵

Nada obstante as críticas formuladas ao instituto, foi possível perceber a sua imprescindibilidade para o sistema norte-americano, de modo que, necessário agora, conceituá-lo.

Segundo José Alberto Sartório de Souza, *plea bargaining* pode ser definido como:

⁹¹ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 59.

⁹² FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P.61.

⁹³ NEVES, José Francisco Moreira das. Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já!. Revista do Ministério Público de Lisboa. N. 135, v. 34, 2013. P. 40.

⁹⁴ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P.58.

⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. Revista de processo, vol. 103, julho-setembro 2001. P. 96.

“o processo legal pelo qual o acusado renuncia a seu direito de ser submetido a julgamento, confessando sua culpa, em troca da redução de imputação que lhe é feita e/ou da pena a ser aplicada, ou de uma recomendação a ser dirigida pelo Ministério Público ao magistrado para atenuar a situação do réu, evitando, assim, a realização do processo.”⁹⁶

Parecido, na essência, é o conceito de José Francisco Moreira das Neves:

“A *plea* mais não é do que uma declaração de consentimento, por banda do arguido, para que uma condenação seja proferida contra ele sem julgamento. Em regra o que sucede é que em troca da assunção de culpa da prática de crimes menos graves que os efetivamente cometidos o arguido obtém uma pena mais leve do que aquela que corresponderia a todos os crimes pelos quais foi acusado.”⁹⁷

De maneira mais simplista, destaca Janaína Conceição Paschoal que, o *plea bargaining* “permite que o réu assuma a culpa (dispensando, automaticamente, a garantia do devido processo legal), em troca de uma suposta diminuição de pena.”⁹⁸

O *plea bargaining* pode ser explícito. Esta forma subdivide-se em três modalidades: *sentence bargaining*, *charge bargaining* e, mista. No primeiro, o acusado declara a sua culpabilidade para ganhar em troca uma pena determinada ou determinável; uma boa recomendação do Ministério Público dirigida ao juiz, ou; a garantia de que o Ministério Público não irá se opor ao pedido de moderação de pena feita pela defesa. No *charge bargaining*, o acusado confessa sua culpa em troca do Ministério Público retirar determinada ou determinadas imputações, ou; uma acusação menos grave do que a que fora confessada. Na mista, em troca da

⁹⁶ SOUZA, José Alberto Sartório de. *Plea bargaining*: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N2, 1998. P. 262.

⁹⁷ NEVES, José Francisco Moreira das. Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já!. Revista do Ministério Público de Lisboa. N. 135, v. 34, 2013. P. 40.

⁹⁸ PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “*plea bargaining*” no direito norte-americano. FMU direito. N. 23, v. 15, 2001. P. 117.

confissão do acusado, o Ministério público atenua a pena e diminui a imputação inicial.⁹⁹

Janaína Conceição Paschoal, afirma que no “*charge bargaining*”, a Promotoria tendo imputado diversos crimes ao acusado, deixa de processá-lo por parte desses delitos, em troca da confissão; ou, o promotor modifica a acusação para um crime menos grave, também em troca da confissão. Já o “*sentence bargaining*”, embora não haja a modificação da acusação, o promotor se compromete a sugerir ao juiz uma pena mais branda.¹⁰⁰

Existe, também, no sistema norte-americano, o *plea bargaining* implícito que se caracteriza quando o acusado declara sua culpa, dispensando o julgamento, em troca de uma pena mais branda, mesmo não tendo sido formalizado um acordo com o Ministério Público.¹⁰¹

O acordo para ser válido e eficaz não pode ter sido fruto de pressões, ameaças ou corrupção pelo Ministério Público, decidiu a Suprema Corte Federal.¹⁰²

Afirma, José Francisco Moreira das Neves que existem requisitos e formalidades adotadas para verificar se o consentimento do acusado foi feito de forma livre. Uma dessas formalidades, apontadas, é que o juiz deve informar ao acusado as consequências da assunção da culpa e, este mesmo juiz, deverá verificar se o acusado compreendeu o sentido do acordo.¹⁰³

⁹⁹ SOUZA, José Alberto Sartório de. *Plea bargaining*: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N2, 1998. P. 264-265.

¹⁰⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “*plea bargaining*” no direito norte-americano. FMU direito. N. 23, v. 15, 2001. P. 118.

¹⁰¹ SOUZA, José Alberto Sartório de. *Plea bargaining*: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N2, 1998. P. 265-267.

¹⁰² SOUZA, José Alberto Sartório de. *Plea bargaining*: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N2, 1998. P. 269.

¹⁰³ NEVES, José Francisco Moreira das. Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já!. Revista do Ministério Público de Lisboa. N. 135, v. 34, 2013. P. 41.

Em linhas gerais, este é o procedimento do *plea bargaining* norte-americano.

2.5 A colaboração premiada na Itália

A organização criminosa na Itália surgiu na idade média, na região Sul. Os senhores feudais que possuíam grandes propriedades de terras passaram a aumentar suas propriedades tomando, por meio da violência e de modo ilegal, as terras dos pequenos agricultores.

Em razão destes episódios e da violência empregada, instalou-se um clima de insegurança entre os pequenos proprietários de terras que perceberam a sua fragilidade perto do poder e dos atos criminosos dos senhores feudais.

Este contexto foi determinante para que os camponeses comesçassem a se unir em prol da defesa de suas terras.

Criou-se, portanto, uma espécie de segurança privada que, aproveitaram-se do êxito desta luta contra os senhores feudais e passaram a expandir este “serviço de segurança”. Todavia, aqueles que se recusassem a pagar pela proteção, tinham suas terras devastadas, coagindo aqueles vulneráveis a pagar por esta “segurança”.

E assim surgiram as organizações criminosas na Itália, que receberam a denominação de máfia.

A noção clássica de organização criminosa remonta à máfia italiana que tinha critérios extremamente seletivos para o recrutamento de seus membros, tais como relação de parentesco e amizade, capacidade de cometer crimes, dote de lealdade e fidelidade à organização criminosa.

O processo de seleção dos membros da máfia excluía todos aqueles que não preenchessem estes pressupostos, além de sumariamente excluir filhos de policiais ou magistrados e os imorais (homossexuais, divorciados e filhos ilegítimos).

Foram identificadas como as mais tradicionais máfias italianas a “*Cosa Nostra*” atuante na região da Sicília, “*N’drangheta*” na região da Calabria e, “*Camorra*” em Nápoles. Além dessas, destaca-se a “*Puglia*”, de origem mais recente e que opera em ascensão.¹⁰⁴

Cada uma destas máfias possuía aproximadamente cinco mil filiados operando o tráfico de drogas e de armas, crimes de extorsão, lavagem de dinheiro, usura, corrupção, homicídios, etc. A expansão numérica e econômica das máfias possibilitaram um altíssimo grau de infiltração na seara política e econômica.¹⁰⁵

De maneira geral, a máfia se organizava, segundo Paulo Quesato, da seguinte maneira:

“As organizações iniciadas mormente por vínculos sanguíneos ou de amizade entre seus membros eram conhecidas como *famiglia* (família). Em cada *famiglia* havia o *cappo* (chefe), que representava aquele que coordenava os alvos, instruía o desenvolver do *iter criminis* até a consumação, bem como patrocinava as ações, tudo isso sob as sugestões do *consigliere* (conselheiro), que apresentava como o mentor intelectual das ações, que tinha o dever de verificar as margens de riscos e os lucros a serem obtidos, a partir de cada crime.

No baixo escalão, havia tradicionalmente o *caporegime* (regentes do chefe) que eram os articulistas entre o *cappo* e o *consigliere* e as ‘unidades de execução’, bem como os *picciotti* (matadores), que são propriamente os ‘homens da base’, que, fato, executavam as ordens do *cappo* e perpetravam os crimes, ajudados pelos *soldati*, normalmente recém ingressos na organização e que inicialmente eram os auxiliares dos executores.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR., Paulo José da. Criminalidade organizada. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008; p. 5-55.

¹⁰⁵ PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR., Paulo José da. Criminalidade organizada. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008; p. 55-70.

¹⁰⁶ QUESATO, Paulo; SANTIAGO, Alex. Comentários à lei 12.850/2013 – A nova lei de combate ao crime organizado no Brasil. Editora: Fortaleza, p. 5 Disponível em: <<http://www.pauloquezato.com.br/arquivos/livros/pdf/pdf15.pdf>>. Acessado em 11 de maio de 2017.

A evolução da sociedade civil possibilitou, em paralelo, expansão das atividades ilícitas da máfia para além dos limites regionais, atingindo dimensões nacionais e internacionais, com a finalidade de aumentar os lucros e concentração de poder.

A desarticulação da máfia somente foi possível com o incremento das leis para combater este tipo específico de criminalidade que ganhou atenção dos legisladores italianos, inicialmente, na década de sessenta, onde foi publicada a Lei 497, de 14.10.1974, que aumentou a pena do crime de extorsão mediante sequestro e, previu uma atenuante para o participante deste crime que ajudasse a libertação da vítima sem o pagamento do resgate.

E, tratando do terrorismo, foi publicado o Dec-Lei 625, de 15.12.1979, convertido com modificações na Lei 15, de 06.02.1980, que tratou de medidas urgentes para a tutela da ordem democrática e da segurança pública, criou novos tipos penais, recrudescendo as penas e, ainda, estabeleceu para estes delitos o benefício da delação premiada, ressalvado o disposto no art. 289 *bis* do Código Penal italiano, substituindo a prisão perpétua por pena de reclusão de 12 a 20 anos e, para outras penas, a diminuição delas em um terço até metade, para os criminosos que ajudassem a autoridade policial e judicial a evitar que a atividade delituosa fosse levada a consequências posteriores ou, ajudasse na busca de provas decisivas para a individualização, ou a captura dos demais criminosos.¹⁰⁷

Na década de oitenta o legislador aumentou o número de atenuantes e ampliou os benefícios concedidos para outras condutas tipificadas na legislação. Além disso, criou a figura do arrependido e do dissociado e o crime de associação mafiosa. Vejamos:

Constatando a efetividade das delações, em 28.05.1982 foi publicada a Lei 304 que aumentou o *quantum* das atenuantes previstas na Lei 15/80 e expandiu os benefícios para as condutas de dissociação de grupo criminoso que implicava na

¹⁰⁷ BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: Uma análise comparativa. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2011, p. 231.

confissão dos fatos cometidos e declaração de afastamento da violência. Ainda nesta lei foi criada a figura do *pentito* (arrependido) que, era beneficiado com a extinção de punibilidade, atenuação ou suspensão condicional da pena, caso confessasse e fornecesse informações sobre o responsável pelo crime e sua reconstituição fática. E, em caso de afirmações falsas, o benefício poderia ser revogado.¹⁰⁸

A Lei 304/1982 é de extrema importância para o direito premial, uma vez que nela se definiram as três principais figuras relativas à colaboração com a justiça no direito italiano. São as figuras do *pentito*, *dissociato* e *collaboratore*.¹⁰⁹

O *pentito*, previsto no art. 1º da Lei 304/1982, corresponde ao concorrente que, antes da sentença condenatória, dissolve ou determina a dissolução da organização criminosa, ou, ainda, retira-se da organização criminosa e fornece todas as informações sobre sua estrutura, impedindo, assim, o cometimento de novos crimes. Também é aquele que comete o crime de favorecimento com relação a outro membro da organização, porém, fornece às autoridades todas as informações sobre este crime. Para esta figura, a lei prevê que a prisão fosse substituída por outras obrigações ou impedimentos.¹¹⁰

O *dissociato*, previsto no art. 2º da Lei 304/1982, corresponde ao concorrente que, confessando os crimes cometidos, toma atitudes capazes de diminuir suas consequências ou impedir a consecução de novos crimes. Para esta figura, o benefício previsto em lei é a substituição da pena perpétua por reclusão de quinze a vinte anos ou a diminuição das demais penas de um terço com patamar fixado em quinze anos.¹¹¹

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 12/1995. P. 76/86. Out – Dez/1995. P. 78.

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil); a modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P. 15-17.

¹¹⁰ COSTA, Leonardo Dantas. Delação premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017. P. 29.

¹¹¹ COSTA, Leonardo Dantas. Delação premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017. P. 30.

O *collaboratore*, previsto no art. 3º da Lei 304/1982, não somente confessa os crimes cometidos como também auxilia as autoridades policiais e judiciárias a angariar provas decisivas para que outros membros da organização fossem identificados, ou fatos fossem reconstruídos. Seu benefício era que as penas poderiam ser diminuídas da sua metade e a prisão perpétua fosse substituída pela reclusão de dez a doze anos.¹¹²

Ainda em 1982, com a chamada Lei “*Rognoni-La Torre*”, foi inserido o crime de associação mafiosa no art. 416-*bis*, do Código Penal Italiano que marcou a concentração de esforços da justiça italiana na luta contra a criminalidade organizada do tipo mafiosa. O desenrolar dessa luta trouxe o depoimento de diversos *pentiti*, dentre eles, o colaborador Tommaso Buscetta. Com esses diversos depoimentos foi possível elucidar fatos e identificar diversos agentes culminando no chamado “*maxiprocesso*”¹¹³ de Palermo, Sicília, em que mais de quatrocentas pessoas foram acusadas¹¹⁴.

Em, 16 de setembro de 1987 foi proferida pelo Tribunal Criminal de Palermo, presidida pelo juiz Alfonso Giordano, a sentença do “*maxiprocesso*”, que condenou a organização criminosa *Cosa Nostra*, na Sicília, com toda a sua estrutura hierárquica. A represália da máfia ocorreu com os assassinatos de Giovanni Falcone, em 23 de maio de 1992, e de Paolo Borsellino, em 19 de julho de 1992, ambos em Palermo.

A década de noventa também foi produtiva no que diz respeito ao combate ao crime organizado na Itália.

Com estes resultados obtidos nas investigações, ampliou-se os benefícios e, no campo legislativo, introduziu-se atenuantes para os colaboradores relacionados ao delito de tráfico de entorpecentes e no crime de associação para o

¹¹² COSTA, Leonardo Dantas. Delação premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017. P. 31.

¹¹³ BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: direito estrangeiro: doutrina, jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 18-19.

¹¹⁴ LUPO, Salvatore. História da máfia: das origens aos nossos dias. Tradução: Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2002. P. 385.

tráfico ilícito de drogas, através do *Decreto Del Presidente Della Reppubblica nº 309, de 09.10.1990*.

Devido a pressão por parte dos magistrados e, principalmente depois do assassinato do juiz Rosário Livatino, as normas relativas à disciplina da colaboração passaram a ser melhor elaboradas. Neste contexto, emerge o Dec-lei 8, de 15.01.1991, convertido com modificação na Lei 82, de 15 de março de 1991, que tratou da proteção dos colaboradores e testemunhas e, ainda, criou a figura do colaborador da justiça, para aqueles que fornecessem informações úteis às autoridades, sem pertencer a organização criminosa.

Ainda em 1991, foi publicado o Dec-lei 152, de 13 de março, convertido na Lei nº 203/1991, que criou uma causa de aumento de pena para quem facilitasse a associação de tipo mafioso, ou utilizasse da condição intimidativa dela e, trouxe mais benefícios para os colaboradores mafiosos.

No art. 8º do Dec-Lei 152/91, convertido na Lei nº 203/1991, foi introduzida a conduta de dissociação também àqueles que, dissociando-se da associação criminosa, auxiliam as autoridades, policial ou judiciária, na revelação de elementos relevantes para a reconstrução dos fatos ou para a captura de outros autores do crime. Previa-se a substituição da prisão perpétua em pena de reclusão de doze a vinte anos e, para as demais penas, diminuição de um terço até a metade.

Em 1992 teve início a operação mãos limpas que, foi capaz de deflagrar a corrupção generalizada que assolava o ambiente político e econômico do país, com ligações com a própria máfia italiana. Durante a operação, as colaborações processuais foram sinônimo de eficiência investigativa e tiveram ampla utilização.

O marco inicial da operação mãos limpas se deu em fevereiro de 1992, com a prisão de Mario Chiesa, após denúncia feita por um proprietário de lavanderia que relatou o pagamento de propina a Mario.

Após ser mantido na prisão, ter arrestado o dinheiro de suas contas bancárias, imóveis e títulos público, Mario Chiesa confessou detalhadamente, em março de 1992, o esquema de corrupção na Itália que financiava as suas pretensões políticas e a de seu partido.

A partir desta colaboração de Chiesa e, com a prisão de tantos outros, houve uma reação em cadeia de investigados e acusados procurando a justiça para, também, colaborar.

Para o sucesso desta operação, avaliou Sergio Fernando Moro, que a prisões, inicialmente legítimas, fundadas na existência de graves indícios de culpabilidade, possibilitaram a obtenção de confissões e/ou colaborações por meios legais. Além disso, algumas colaborações eram estrategicamente reveladas com o objetivo de garantir o apoio da opinião pública e, principalmente, deixar uma mensagem para criminosos da quantidade de informações que os investigadores e juízes detinham, para que, com isso, se sentissem pressionados, imaginando que as investigações pudessem chegar até eles, e fizessem acordo de colaboração.¹¹⁵

Nota-se, portanto, a importância das confissões e delações para o sucesso da operação italiana. O ponto medular da investigação passava por estes institutos e a estratégia investigativa adotada tinha como ponto central o incentivo para obtê-las.

O aumento do número de confissões aliado à publicidade das investigações teve dois efeitos determinantes para o sucesso da operação. O primeiro, o favorecimento de novas confissões (objetivo principal da estratégia investigativa traçada) e, segundo, o apoio da opinião pública que impediu a obstrução do trabalho desenvolvido.¹¹⁶

¹¹⁵ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 26, p. 52-56, jul./set. 2004, p. 52-62.

¹¹⁶ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 26, p. 52-56, jul./set. 2004, p. 59.

Neste sentido concluiu Sérgio Fernando Moro, ao analisar a operação *mani pulite*:

“As prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*.”¹¹⁷

O sucesso da operação reflete em seus números. Após a primeira confissão, a de Mario Chiesa, em dois anos de operação foram expedidos 2993 mandados de prisão; 6059 pessoas estavam sob investigação, incluindo empresários, administradores locais, parlamentares e quatro primeiros-ministros.

Percebe-se, portanto, que o arcabouço legislativo de combate à máfia que incluiu o aumento de benefícios para aqueles que confessassem e a extensão destes para outros tipos penais, além da criação das figuras do arrependido, dissociado e colaborador da justiça e, ainda, da lei de proteção das vítimas e colaboradores, foram de fundamental importância para o êxito do combate Estatal contra o crime organizado na Itália, representado pelo sucesso da operação mãos limpas.

Em 2001, outra série de modificações legislativas visaram implementar as leis para dar mais efetividade no combate à máfia.

O Dec-lei 8/91, introduzido pela lei 45/2001, impôs tempo para o colaborador reafirmar suas declarações, forma e o modo de documentá-las, visando evitar que o colaborador desistisse de corroborar sua declaração. Além disso, impediu o contato entre os colaboradores para evitar conluíus e, também, proibiu que mais de um colaborador da justiça que acusasse a mesma pessoa, fosse representada pelo mesmo advogado, com o objetivo de impedir acusações manipuladas.

¹¹⁷ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 26, p. 52-56, jul./set. 2004, p. 59.

Já a Lei 63/2001 procurou adequar a colaboração processual com as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Impuseram-se limites à utilização de informações não confirmadas em juízo pelo colaborador. Restou estabelecido ainda, que o colaborador poderia exercer o direito ao silêncio no tocante aos crimes a ele imputados, mas, continua obrigado a responder tudo o que lhe for perguntado com relação aos outros fatos.¹¹⁸

Estas são as linhas gerais da colaboração premiada na Itália.

2.6 A evolução histórica da colaboração premiada no Brasil

O embrião do instituto da colaboração/delação premiada em nosso ordenamento remonta às Ordenações Filipinas que começaram a vigorar em 1603, prevendo em seu livro 5, o crime de Lesa-Majestade descrito no título 6. E, para aquele que delatasse a prática deste crime, previam as Ordenações, diversas recompensas, inclusive o perdão, conforme consta do parágrafo 12 do mesmo título.

Após, a delação premiada constou expressamente no Código Criminal de 1830, no Título CXVI do seu Livro V sob a rubrica “como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão.”.

Modernamente, a primeira lei específica que tratou do tema de colaboração (delação) premiada foi a lei dos crimes hediondos – Lei 8.072/90, que em seu art. 8º¹¹⁹ previu para aquele que denunciasse à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, teria a pena reduzida. Além disso, inseriu o §4º ao art. 159¹²⁰ do Código Penal (extorsão mediante sequestro), possibilitando a redução da pena do coautor que denunciar a empreitada criminosa à autoridade, possibilitando a facilitação da libertação do sequestrado.

¹¹⁸ BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: direito estrangeiro: doutrina, jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 21-22.

¹¹⁹ Art. 8º, parágrafo único: “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

Esta possibilidade exigia que o crime fosse praticado em quadrilha ou bando (hoje previsto com a rubrica de associação criminosa – art. 288 do Código Penal). Portanto, o benefício não poderia ser estendido para aquele que praticasse o delito de extorsão mediante sequestro em coautoria (art. 29 do Código Penal).

Assim, para corrigir esta desigualdade de tratamento, sobreveio a Lei 9.269/96, que passou a possibilitar a extensão dos efeitos da colaboração para os coautores ou partícipes, independente do reconhecimento do crime do art. 288 do Código Penal.

A Lei 9.034/95, dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão ao crime organizado e, através do seu art. 6º¹²¹, acrescentou a possibilidade de delação premiada para os crimes praticados em organização criminosa.

A problemática da legislação acima referida repousou na omissão do conceito de organização criminosa. Para solucioná-lo, tentou-se utilizar o conceito formulado pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo). No entanto, este raciocínio restou afastado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Penal nº 470 (caso que ficou conhecido como “mensalão”).

“Certos conceitos ganham tamanho relevo no Direito Penal que exigem regramento próprio. É o caso do conceito de funcionário público, muito mais amplo que no Direito Administrativo, como se vê do art. 327 do Código Penal. Exatamente a mesma coisa acontece com a conceituação de organização criminosa. É a disciplina de um fato, isto é, o que caracteriza essa realizada. Daí o entendimento de que apenas uma lei penal poderia definir a organização criminosa para o efeito de incidência do inciso VII do art. 1º da Lei 9.613/98 na redação pretérita, tanto que em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.578, de 2009, com tal desiderato.

¹²⁰ Art. 159, §4º do Código Penal: “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.”

¹²¹ Art. 6º: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.”

Nesses termos, sem viabilidade jurídica, data vênua, a imputação aos acusados da formação de organização criminosa, para os efeitos do hoje revogado inciso VII do art. 1º da Lei 9.578/98¹²²

Somente com o advento da Lei 12.850/13 essa lacuna foi preenchida, trazendo o conceito de organização criminosa em seu art. 1º, §1º¹²³, restando revogada a Lei 9.034/95.

Ainda em 1995, foi promulgada a Lei nº 9.080, que introduziu a delação premiada para os crimes previstos nas Leis 7.492/86¹²⁴ e 8.137/90¹²⁵, que tratam dos crimes contra o sistema financeiro nacional e contra as relações de consumo, respectivamente.

Posteriormente, em 1998, sobreveio a Lei 9.613 (Lei de Lavagem de Dinheiro), que prevê benefícios para a colaboração espontânea, nas hipóteses de crime de lavagem de dinheiro, bem como, do delito pretérito à lavagem. Trouxe, portanto, o instituto da delação premiada com algumas novidades: a possibilidade do início de cumprimento de pena em regime menos gravoso e, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e isenção de responsabilidade penal (art. 1º, §5º¹²⁶).

¹²² Acórdão da AP 470/MG do STF

¹²³ Art. 1º, §1º: “considera-se a associação criminosa de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”

¹²⁴ Art. 25, §2º: “nos crimes previstos nessa Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

¹²⁵ Art. 16, parágrafo único: “nos crimes previstos nessa Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

¹²⁶ Art. 1º, §5º (revogado): “A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A lei supra referida foi alterada pela Lei 12.683/2012 que alterou o art. 1º, §5º¹²⁷ para possibilitar o cumprimento integral da pena em regime menos gravoso e, a possibilidade da substituição por pena restritiva de direito a qualquer tempo.

Para Walter Barbosa Bittar, seja pela ausência de requisitos legais para a concessão, seja por não oferecer nenhuma garantia para o colaborador, a aplicabilidade desse instituto restou prejudicada¹²⁸

Desta forma, as legislações que trataram da delação premiada não conseguiram atingir seu objeto e se tornar um meio de prova eficaz no combate ao crime organizado. Diante da inexpressividade da sua utilização, adveio a Lei 9.807/99 que garantiu proteção às vítimas e testemunhas, bem como, aos colaboradores, na tentativa de incentivar a colaboração.

Além de incluir os colaboradores no âmbito de proteção do Estado, a Lei 9.807/99 previu a possibilidade do perdão judicial, com a consequente extinção da punibilidade, para o colaborador primário que tenha efetivamente contribuído na elucidação do caso (art. 13¹²⁹ e 14¹³⁰).

Após, a nova lei de drogas (Lei 11.343/06) também previu em seu art. 41¹³¹ a delação premiada como causa de diminuição de pena.

¹²⁷ Art. 1º, §5: “A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplica-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

¹²⁸ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 245.

¹²⁹ Art. 13: “Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime; parágrafo único: A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.”

¹³⁰ Art. 14: “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

¹³¹ Art. 41: “o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação

A lei do sistema brasileiro de defesa da concorrência – Lei nº 12.529/11, em seu art. 87¹³², estabelece a possibilidade de acordo de leniência nos crimes contra a ordem econômica, formação de cartel e associação criminosa, para fins de suspender o curso do prazo prescricional e impedir o oferecimento da denúncia, com posterior reconhecimento da extinção de punibilidade.

Por fim, foi promulgada a Lei 12.850/13 que além de definir o conceito de organização criminosa, detalhou material e processualmente a colaboração premiada. Em razão destas novas disposições detalhando o acordo, o procedimento e os benefícios, diversos autores sustentam que esta lei deve servir de base para a aplicação de todas as outras leis que prevejam a situação de colaboração (delação) premiada.

A respeito da Lei 12.850/13 servir de parâmetro de aplicação subsidiária para as outras leis, afirmam Humberto Dalla Bernardina de Pinho e José Roberto Sotero de Mello Porto, que:

“Embora existam outras fontes normativas para o instituto, é inegável que o protagonismo ora verificado coincide com a vigência da Lei 12.850/13, em que o tratamento do tema é melhor esmiuçado, gozando, por essa razão, de caráter paramétrico até mesmo para as demais hipóteses.”¹³³

Rafaela Alban e Sebastián Borges de Albuquerque Mello¹³⁴, sustentam a aplicação da Lei 12.850/13 para todos os demais diplomas que preverem a

total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.”

¹³² Art. 87: “Nos crimes contra a ordem economia, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único: Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.”

¹³³ Pinho, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?. In: Delação premiada: um estudo em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. P. 124

¹³⁴ ALBAN, Rafaela; MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A inegociabilidade da prescrição nos acordos de delação premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. P.549.

colaboração (delação) premiada, em razão desta lei dispor sobre os requisitos necessário para a realização do acordo e o procedimento para a sua formalização, além de ter indicado, de modo mais preciso, os possíveis benefícios ao colaborador.

Com tantas legislações dispendo sobre o instituto da colaboração premiada, interessante o posicionamento de Gustavo Badaró que sustenta não haver nada na Lei 12.850/13 que faça concluir que a colaboração premiada prevista no art. 4º, sirva somente para organização criminosa, de modo que, pode-se concluir pela sua aplicação a todos os crimes que previam anteriormente a possibilidade de delação. Portanto, sustenta que a Lei 12.850/13, por disciplinar material e processualmente a colaboração premiada, revogou, as disposições anteriores¹³⁵.

Para corroborar o seu raciocínio, Gustavo Badaró reflete sobre uma situação hipotética de um caso que envolva organização criminosa, tráfico de entorpecentes e lavagem de dinheiro. Cada uma das legislações específicas prevê a delação premiada à sua maneira. Sustenta, portanto, que não seria razoável realizar um acordo de colaboração para cada um dos crimes e, em conformidade com cada uma das leis. Dessa forma, como a previsão da Lei 12.850/13 é completa, do ponto de vista material e processual, além de mais recente, teria revogado as disposições contrárias¹³⁶.

¹³⁵ Delação Premiada. Palestra de Gustavo Badaró. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r6HGJJO1cHE&t=210s>>. Acessado em: 19 de jul. 2017.

¹³⁶ Delação Premiada. Palestra de Gustavo Badaró. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r6HGJJO1cHE&t=210s>>. Acessado em: 19 de jul. 2017.

CAPÍTULO 3 – DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI Nº 12.850/13

3.1 Requisitos para realização da colaboração premiada

Os requisitos da colaboração premiada estão previstos no art. 4º da Lei 12.850/13, quais sejam: colaboração efetiva; voluntariedade; confissão; resultados (incisos I a V do art. 4º);

Guilherme de Souza Nucci observa que estes requisitos são cumulativos-alternativos pois, necessário estarem presentes os requisitos da colaboração efetiva e voluntária, associados a um dos resultados previstos nos incisos do art. 4º da Lei 12.850/13.¹³⁷

3.1.1 Colaboração efetiva

A colaboração efetiva do indivíduo, exige-se tanto na fase investigatória quanto na fase judicial. Busca-se, com isso, evitar a retratação judicial do delator que colaborou durante a fase investigativa. Em razão disso, este primeiro requisito é cumulativo neste ponto, ou seja, realizada a colaboração na fase investigativa, torna-se imprescindível sua corroboração judicial. Por outro lado, caso a colaboração ocorra na fase judicial, não há nenhum obstáculo em aceitá-la, dispensando-se o requisito da cumulatividade.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci:

“É natural que se exija do delator a mesma cooperação dada na fase investigatória quando transposta à fase judicial; noutros termos, tal como a confissão de nada adianta apontar cúmplices durante o inquérito para, depois, retratar-se em juízo. A cumulação é razoável. Entretanto, se o investigado não colabora durante a investigação, mas o faz na fase processual, pode-se acolher a delação premiada, dispensando-se a cumulatividade.”¹³⁸

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Organizações criminosas: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Organizações criminosas: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 51.

Portanto, percebe-se que o requisito da colaboração efetiva é o dever do colaborador de colocar-se à disposição da autoridade policial ou judicial, sempre que necessário.

3.1.2 Voluntariedade

A colaboração premiada somente poderá ser válida e surtir efeitos se for realizada voluntariamente pelo colaborador.

Entende-se por voluntariedade a manifestação de vontade livre e consciente do colaborador, ou seja, distante de qualquer vício nesta manifestação de vontade, tal como, coação física ou moral.

Importante destacar que a Lei 12.850/13 não previu como requisito para a colaboração premiada a espontaneidade, que era requisito exigido pela Lei nº 9.034/95 para fins de acordo de colaboração premiada. A espontaneidade exigiria que o investigado ou acusado procurasse o Ministério Público para fins de firmar um acordo de colaboração premiada, não permitindo o contrário pois, deixaria de ser espontânea.

A Lei 12.850/13 ao invés da espontaneidade, adotou o requisito da voluntariedade. Assim, pode o Ministério Público tomar a iniciativa de propor o acordo de colaboração premiada, desde que seja feito na presença do advogado do investigado/acusado, por força do art. 4º, §15 da Lei 12.850/13.

Sobre a diferença entre espontaneidade e voluntariedade, esclarece David Teixeira de Azevedo:

“A lei, isso não obstante, exige apenas a voluntariedade e não a espontaneidade na delação. A espontaneidade do comportamento pressupõe uma decisão autônoma, sem interferência decisiva externa; é o produto do conhecimento das circunstâncias da ação e das consequências dela no plano jurídico, natural e moral sem qualquer ação persuasiva ou coativa. Já a voluntariedade do comportamento implica uma decisão livre, em maior ou menor grau, a partir da adesão do sujeito a fins práticos e morais ainda que

influenciado por fatores ou motivos externos. A coação externa pode retirar a espontaneidade de uma conduta, mas somente a coação absoluta anula a vontade, porquanto o sujeito não escolhe entre dois fins porque não há margem de liberdade, o que subtrai do ato sua qualidade moral."¹³⁹

Concordando o investiga/acusado, voluntariamente, em realizar o acordo, não haverá qualquer mácula. Sendo esta colaboração além de voluntária, também eficaz, atingindo os objetivos previstos no art. 4º da Lei 12.850/13, terá o colaborador, direito ao prêmio.

3.1.3 Confissão

A confissão, como requisito do acordo de colaboração premiada, não está prevista expressamente. Sua exigência depreende-se da exegese feita do art. 4º, inciso I da Lei 12.850/13. Portanto, a confissão é um requisito implícito da colaboração premiada, restrito à hipótese do inciso I, que trata da identificação dos “demais” coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas.

Como a Lei exige a identificação dos “demais”, interpreta-se este dispositivo de maneira a ser exigido, como requisito para a colaboração premiada, a confissão do delator. Além da confissão, o delator identifica seus coautores e partícipes.

A confissão, por força do art. 197 do código de processo penal não possui valor absoluto, de modo que, seu valor deve ser confrontado com as demais provas do processo. Assim, ainda que o colaborador confesse para formalizar o acordo de colaboração premiada, será necessário que a sua culpabilidade seja provada pela acusação no decorrer do devido processo legal.

Com efeito, a partir dessa forma de colaboração (inciso I, do art. 4º da Lei 12.850/13), a acusação deverá produzir provas para corroborar os elementos

¹³⁹ AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 22. N. 265, Dezembro 2014. P. 4.

evidenciados pelas declarações do delator, tanto para incriminá-lo, como para incriminar os demais coautores e partícipes. Estas provas de corroboração são necessárias para condenar o delator que confessa e aqueles por ela delatados, por força do art. 197 do código de processo penal e, do art. 4º, §16 da Lei 12.850/13.

3.1.4 Resultados

Os requisitos para o acordo de colaboração premiada estão previstos na parte final do art. 4º da Lei 12.850/2013 e seus incisos, que prevê o benefício ou prêmio aquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados, quais sejam: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Quanto a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas (inciso I), para a caracterização deste requisito é necessário que o colaborador entregue parte dos cúmplices da organização criminosa e consiga apontar os delitos cometidos por eles. É prescindível a identificação de todos os cúmplices e todos os crimes cometidos por eles pois, tal exigência inviabilizaria o instituto, tendo em vista ser crível que nem todos os integrantes da organização criminosa tenham acesso a todos os atos de todos os seus membros.

Obviamente que, a delação passará pelo momento da sua valoração e, quanto mais completa e detalhada, maior deverá ser o prêmio atribuído ao colaborador, dentro dos limites legais.

“Segundo nos parece, há de se conceder valor à delação de um membro da organização, identificando os demais e crimes suficientes a envolver todos os apontados, independentemente de esgotar as práticas delitivas; afinal, uma organização de amplo alcance comete inúmeras infrações que nem mesmo todos os seus integrantes conhecem;”¹⁴⁰

O inciso II, “revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”, visa incentivar o fornecimento de informações ao Estado para que este possa “mapear” a organização criminosa a ponto de descobrir a materialidade de infrações penais e sua autoria. Este é o objetivo da investigação.

Guilherme de Souza Nucci¹⁴¹ acredita que este requisito será de pouca utilidade se analisado isoladamente pois, acredita ser difícil que alguém possa delatar a estrutura da organização criminosa e a divisão de tarefas sem que sejam identificados coautores e partícipes ou as infrações penais que remete ao inciso I.

O inciso III, que trata da hipótese de “prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa”, da mesma forma que o item anterior, Guilherme de Souza Nucci¹⁴² acredita ser difícil a caracterização deste requisito, isoladamente, pois, difícil imaginar como poderia o colaborador ajudar a prevenir infrações penais sem identificar coautores e partícipes ou as infrações penais que, por sua vez, é a hipótese do inciso I.

Portanto, as hipóteses dos incisos II e III seriam dispensáveis face o disposto no inciso I da Lei 12.850/13.

O inciso IV se mostra de grande relevância pois, preocupa-se o legislador com “recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa”, tendo em vista que a vítima principal neste caso é o Estado e, por consectário lógico, toda a sociedade. Neste sentido,

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Organizações criminosas: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 52.

¹⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Organizações criminosas: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 53.

¹⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. Organizações criminosas: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 53.

podemos apontar que na Operação Lava-Jato, entre os diversos acordos de colaboração premiada, já foram repatriados setenta e nove milhões de reais¹⁴³.

Guilherme de Souza Nucci¹⁴⁴ entende que, como basta apenas a concretização de um destes resultados para que o colaborador faça jus ao benefício, este requisito do inciso IV deveria servir como parâmetro para o benefício (perdão judicial, redução da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, progressão de regime) a ser concedido. Sustenta que, quanto maior for a recuperação do produto ou proveito do crime, maior deverá ser o benefício, podendo ser aplicado, inclusive, o perdão judicial.

Por fim, estipula o inciso V a hipótese de “localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”, que, por sua vez, trata-se de requisito restrito às hipóteses de crimes de extorsão mediante sequestro e sequestro. De fato, a colaboração que auxilia o encontro da vítima com sua integridade física preservada merece o benefício.

3.2 Dos benefícios do colaborador

O colaborador que, de maneira voluntária e efetiva, atinge os objetivos previstos nos incisos de I a V do art. 4º da Lei 12.850/13, tem direito ao prêmio em troca de sua cooperação com o Estado.

Os prêmios previstos na Lei 12.850/13, podem ser divididos em materiais, processuais e, de execução penal. Os benefícios materiais previstos na lei são o perdão judicial, a redução da pena e a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O benefício de ordem processual diz respeito ao não oferecimento de denúncia. Finalmente, na fase de execução penal, é possível a redução da pena e, a progressão de regime de cumprimento de pena.

¹⁴³ Informação disponível: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>>. Acesso em: 17/07/2017.

¹⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Organizações criminosas: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 53

Os próximos tópicos serão destinados a análise de cada um destes requisitos.

3.2.1 Dos benefícios materiais

Os prêmios materiais previstos na Lei 12.850/13 podem ser identificados no caput do art. 4º, são eles, o perdão judicial, a redução em até dois terços da pena privativa de liberdade e, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Aquele que colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação ou processo criminal, atingindo um dos objetivos previstos nos incisos do art. 4º da Lei 12.850/13, terá direito a um destes benefícios.

O perdão judicial é causa extintiva de punibilidade prevista no art. 107, inciso IX do Código Penal, somente aplicável aos casos previstos em lei e, constitui ato exclusivo do juiz quando profere a sentença, deixando de aplicar pena ao réu. O perdão judicial elimina todos os efeitos condenatório, neste sentido, destaca-se a súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça: “A sentença concessiva de perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.”

Trata-se do maior prêmio possível para o colaborador pois, além de ter extinta sua punibilidade, não sofrerá nenhum outro efeito condenatório.

O segundo prêmio previsto na Lei 12.850/13, é a causa de diminuição de pena que possibilita a redução da pena privativa de liberdade em até dois terços.

E, por fim, o terceiro prêmio material previsto é a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Neste ponto, em especial, a lei não impõe limites para possibilitar a substituição, ao contrário do que ocorre com o art. 44 do Código Penal.

Com efeito, partindo desta interpretação, é possível que independente da quantidade da pena imposta pelo juiz na sentença condenatória, seria possível a sua substituição por quaisquer das penas restritivas de direitos previstas no art. 43 do Código Penal.

Como veremos mais detidamente no tópico acerca da aplicação dos benefícios, o juiz deve inicialmente aplicar a pena concreta ao caso, passando-se à dosimetria como se não houvesse o acordo de colaboração premiada. Após calcular a pena, aí sim, aplica-se o benefício decorrente do acordo de colaboração premiada. Esta metodologia de aplicação do benefício do acordo de colaboração premiada é análoga à forma de aplicação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pois, somente desta forma, caso o colaborador descumpra os termos do acordo, seria possível aplicar a pena imposta, desconsiderando-se o benefício concedido.

3.2.2 Dos benefícios processuais

Além dos prêmios materiais vistos acima, existe a possibilidade de prêmio processual para o colaborador com a não apresentação da denúncia.

Segundo o art. 4º, §4º da Lei 12.850/13, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e, for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Com relação a este benefício, questiona Guilherme de Souza Nucci¹⁴⁵, por quanto tempo poderia o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia? Este deixar de oferecer denúncia do §4º da referida Lei equivaleria ao arquivamento do inquérito policial? Se não equivale a arquivamento, por quanto tempo dever-se-ia aguardar a manifestação do Ministério Público?

¹⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa – Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 57.

Respondendo estas questões propostas, Guilherme de Souza Nucci entende que este deixar de oferecer denúncia não corresponde ao arquivamento do inquérito pois, qualquer prêmio decorrente da colaboração premiada deve ser concedido pelo juiz, após homologação do acordo e, aplicado na sentença. E mais, o arquivamento não forneceria ao colaborador nenhuma segurança, haja vista que, havendo novas provas, poderia ser reaberto o inquérito. Conclui, com isso, no sentido de que tratar-se-ia de uma colaboração informal, a qual o colaborador assumiria todos os riscos decorrentes de não ter um acordo assinado e homologado.¹⁴⁶

Por outro vértice, Vicente Greco Filho¹⁴⁷ enxerga no §4º da Lei, autêntica hipótese de arquivamento do inquérito policial, tendo em vista que o §3º do art. 4º prevê a hipótese de suspensão do prazo para oferecimento de denúncia ou do processo, por seis meses, prorrogáveis por mais seis, até que sejam cumpridas as medidas decorrentes do ato de colaboração.

Afrânio Silva Jardim, sustenta que este benefício deve ser submetido ao controle do judiciário, para que este homologue o arquivamento com as ressalvas do art. 28 do Código de processo penal, de modo que o desarquivamento somente seria possível caso surgissem novas provas de que o indiciado não poderia ter sido beneficiado, como por exemplo, novas provas acerca da liderança frente ao crime organizado.¹⁴⁸

No tocante ao controle deste arquivamento, sugere Andrey Borges de Mendonça que esta possibilidade de não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, a qual trata como “acordo de imunidade”, deveria estar sujeita a controle interno, por meio de órgão hierarquicamente superior, formado por representantes do próprio Ministério Público. Todavia, reconhecendo a carência de previsão legal, sustenta que este acordo deveria passar pelo controle judicial, onde o juiz,

¹⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa – Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 57.

¹⁴⁷ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 42.

¹⁴⁸ JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 34.

recusando o acordo com este benefício, aplicaria o art. 28 do Código de Processo Penal, por analogia. De outro lado, concordando o juiz em homologar o acordo com este benefício processual, determinaria o arquivamento do inquérito policial, utilizando por analogia o art. 87, parágrafo único da Lei 12.529/11, extinguindo a punibilidade do colaborador¹⁴⁹. Posicionamento com o qual concordamos neste trabalho.

Ressalte-se que este benefício processual, deve ser aplicado no mesmo instante que o juiz homologa o acordo de colaboração premiada pactuado, sendo, portanto, uma exceção à aplicação dos benefícios somente quando da sentença condenatória, posterior ao devido processo legal.

Todavia, merece maior reflexão a observação feita por Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato que sustentam a impossibilidade de homologação deste acordo e aplicação do benefício de imediato, tendo em vista a aplicação de benefício sem processo, ou seja, com violação do devido processo legal, sem que se verifique a ocorrência dos resultados previstos pelo art. 4º e seus incisos, além, da dificuldade de eliminar a possibilidade de ser o colaborador líder da organização criminosa antes da instrução processual¹⁵⁰.

Acreditamos que o risco apontado acima deve ser considerado e sopesado pelas partes quando das tratativas do acordo de colaboração premiada que preveja este benefício processual. Por parte do investigado, há de ser considerado o risco de ficar desprotegido legalmente. Pelo Ministério Público, há de se cogitar o risco de não oferecimento de denúncia sem confirmar provas durante a instrução processual.

Contudo, feito o acordo nestes termos, nos parece que a interpretação mais correta seja submetê-lo ao crivo do juiz para que este homologue o arquivamento do inquérito policial, extinguindo-se a punibilidade do colaborador, por

¹⁴⁹ MENDONÇA, Andrey Borges da. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). Revista Custos Legis, v. 04, 2013. P. 20-21.

¹⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 134.

analogia ao art. 87 da Lei 12.529/11 ou, discordando do acordo e do arquivamento do inquérito policial, seja aplicado em decorrência deste raciocínio, o art. 28 do Código de Processo Penal.

3.2.3 Dos benefícios da fase de execução penal

Prevê a Lei 12.850/13 em seu art. 4º, §5º que se a colaboração ocorrer em momento posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos legais.

Trata-se da hipótese do agente que preferiu arriscar no processo de conhecimento, ou seja, não realizou acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e exerceu durante o devido processo legal, a sua defesa. Iniciada a execução penal decorrente da sentença condenatória transitada em julgado, decide, neste momento, firmar acordo de colaboração premiada.

Nesta fase processual, não permitiu o legislador o perdão judicial, mas, tão-somente, a possibilidade de redução da pena até a metade ou, a progressão de regime.

A competência para homologação deste acordo de colaboração premiada é do juiz competente pela execução penal¹⁵¹.

No que tange à progressão de regime, prevê a lei de execuções penais – Lei 7.210/1984, em seu art. 112 requisito objetivo (cumprimento de lapso temporal) e subjetivo (bom comportamento). Desta forma, o acordo de colaboração premiada, na fase de execução penal, afasta a necessidade destes requisitos.

Portanto, a colaboração, efetiva e voluntária, que atinja os objetivos previstos na Lei de Organização Criminosa, no âmbito da execução penal, permite que seja concedido o benefício da progressão de regime, independente do

¹⁵¹ PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada: legitimidade e procedimento. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013. P. 43.

preenchimento dos requisitos previstos no art. 112 da Lei de Execuções Penais – Lei 7.210/1984.

De se obtemperar ainda a crítica feita por Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato que vislumbram a inconstitucionalidade desta possibilidade por violação da garantia da coisa julgada. Sustentam que a atitude do colaborador de buscar o acordo somente após a sentença penal condenatória transitada em julgado, viola a coisa julgada e a segurança jurídica com relação aos demais réus¹⁵².

Em que pese a crítica, entendemos que não ocorre a alegada violação à coisa julgada pois, primeiro, prescindível para fins de colaboração perquirir acerca dos motivos que levam o colaborador a aderir ao pacto com o Ministério Público e, segundo, a colaboração seria mais uma exceção à coisa julgada, ao lado da revisão criminal, destacando-se a inexistência de direitos absolutos. Desta forma, levando-se em consideração a finalidade da colaboração premiada de salvaguardar interesses de ordem maior do Estado, acreditamos que o benefício é compatível com a constituição, pois, resguarda, em última análise o Estado Democrático de Direito, colocado em xeque pelas organizações criminosas.

Sustentando a inexistência de direitos absolutos e a possibilidade de aplicação da colaboração premiada nesta fase, Rogério Filippetto e Luísa Carolina Vasconcelos Chagas Rocha:

“Entretanto, sem apequenar a importância das garantias fundamentais, está mais do que assentado que estas não podem assumir a condição de absolutas, comportando sempre uma calibragem diante da necessidade de ponderação. Além disso, sob a perspectiva processual, tal óbice já não existiria no Processo Penal, por não se poder falar na existência de coisa soberanamente julgada. A rescisão da sentença condenatória já era admitida em favor do acusado em sede de habeas corpus ou revisão criminal. Revela-se, agora, uma nova possibilidade: a colaboração processual.”¹⁵³

¹⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 129-130.

3.3 Procedimento

Destaca-se que todas as leis anteriores que previram a delação/colaboração premiada não estruturaram o procedimento que somente veio a ser disciplinado pela Lei 12.850/13.

Permite-se que a colaboração premiada da Lei 12.850/13 seja feita em qualquer momento, seja durante a investigação, processo ou, até mesmo, após o trânsito em julgado. O procedimento para a colaboração premiada pode ser dividido em três fases: o momento da negociação, a homologação do acordo e, por fim, a aplicação dos benefícios ao colaborador.

Cada uma destas fases possui as suas peculiaridades que serão tratadas nos próximos tópicos.

3.3.1 Negociação

A utilização da justiça penal negociada ainda é recente no Brasil, e caracteriza-se por ser uma medida de exceção, enquanto que nos Estados Unidos da América é forma de se administrar a justiça.

O art. 4, §15º da Lei 12.850/13 dispõe que “em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá ser assistido por defensor”. Este dispositivo legal coloca a presença do defensor como imprescindível em todas as fases, inclusive, para o acordo.

Portanto, necessário que a defesa técnica do acusado esteja de acordo com o ato de colaboração. De certo que nada impede que a acusação proponha o acordo (lembrando que o requisito é a voluntariedade e, não a espontaneidade), todavia, é mais natural que a proposta seja de iniciativa do acusado para que se evite falar em coação ou ausência de voluntariedade no ato.

¹⁵³ FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. P. 172.

“Apesar de, no Brasil, nada impedir que um membro do Ministério Público faça a proposta de colaboração a um investigado ou réu, a praxe tem sido no sentido de que a acusação produza suas provas sem contar com depoimentos de réus colaboradores. Se aparecerem, a iniciativa tem que vir da defesa, sempre por meio de advogado constituído ou defensor público, e assim se evita o discurso de que as colaborações foram resultado de pressão por parte das autoridades envolvidas.”¹⁵⁴

Em razão disso, o instituto da colaboração deve passar a ser visto como mais uma estratégia da defesa e desdobramento da garantia constitucional da ampla defesa. Ao analisar a situação do acusado, a colaboração pode ser, sem dúvida, o melhor caminho a ser indicado tecnicamente.

Não é demais lembrar que nos Estados Unidos da América, o *plea bargaining* é responsável por solucionar 90% (noventa por cento) dos casos, tornando-se, portanto, a estratégia de defesa mais aconselhável, enquanto que, no Brasil, o instituto começa a ser desmistificado e difundido no âmbito das grandes operações policiais, vide exemplo da Operação Lava Jato.

Havendo o interesse pela defesa técnica e com o consentimento do investigado/acusado, a defesa pode procurar o Ministério Público ou a autoridade policial (que deverá reportar o fato ao Ministério Público, titular da ação penal), em qualquer momento processual, inclusive após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, para indicar sua intenção de realizar o acordo de colaboração premiada. Cabe ao Ministério Público, de maneira discricionária, analisando a oportunidade e conveniência do acordo, indicar se tem ou não interesse na colaboração.

Caso o Ministério Público acene negativamente para o acordo, ao acusado restará a tentativa de obter do juízo, de ofício, na sentença, a diminuição da pena em razão da sua colaboração. Neste ponto, necessário ressaltar que a Lei 12.850/13 não prevê a possibilidade da concessão dos benefícios de ofício, de modo

¹⁵⁴ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 111.

que, o ato de colaborar com o Estado, sem o acordo formal com o Ministério Público, deixará o colaborador sem garantias de receber o benefício, exceto o da atenuante genérica do art. 66 prevista no Código Penal.

Neste sentido, Cláudia Benevides Guedes da Fonseca:

“Pois bem, em se negando o membro do Ministério Público a realizar acordo, ao acusado nada restará senão apenas avaliar as demais estratégias: confessar, negar tudo, negar parte dos fatos, calar etc. Pode, é certo, revelar em juízo o que sabe além de apenas confessar e tentar obter benefícios de diminuição de pena diretamente do juiz, *ex officio*, na sentença. Todavia, corre todos os riscos daí decorrentes: como a nova lei não fala que o juiz pode aplicar os benefícios de ofício, o colaborador sem acordo formal com o Ministério Público pode simplesmente não obter nenhuma vantagem processual além da atenuante da confissão e da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal.”¹⁵⁵

De outra banda, caso seja interesse do Ministério Público a realização do acordo, serão marcadas quantas reuniões forem necessárias para a sua formalização e assinatura.

Para início das tratativas, no âmbito da operação Lava Jato, tem sido utilizado “termo de confidencialidade” entre o investigado ou réu e o Ministério Público Federal para garantir que aquilo que for dito nestas tratativas prévias não possa ser usado por nenhuma das partes antes da homologação judicial, bem como, serve para demarcar a data inicial das negociações.¹⁵⁶

Ainda no âmbito da Lava Jato, tem sido recorrente a utilização de anexos¹⁵⁷, nos quais o colaborador demonstra aquilo que vai dizer e apresenta suas provas ou onde conseguiu-las. Esta forma, foi desenvolvida em razão da revelação de nomes que ocupam cargos que lhes garantem o foro por prerrogativa de função. Assim, para respeitar a regra de competência processual, desenvolveu-se esta

¹⁵⁵ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 110/111.

¹⁵⁶ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 112.

¹⁵⁷ NETTO, Vladimir. Lava Jato: o juiz Sergio Moro e os bastidores da Operação que abalou o Brasil. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016. P. 62.

metodologia, dentro da operação lava jato, para que, aquelas delações que envolvessem pessoas com foro por prerrogativa da função, pudessem ser enviadas para o órgão competente.

Com efeito, destaca-se que o termo de confidencialidade e estes anexos de delação, não são requisitos legais e, portanto, prescindíveis. Todavia, no âmbito da maior operação investigativa do Brasil, em virtude da complexidade dos atos de corrupção e lavagem de dinheiro, além das pessoas e dos cargos envolvidos, foi necessário a criação destes mecanismos para que as regras processuais e o devido processo legal não fossem desrespeitados.

Ao analisar aquilo que o colaborador tem a oferecer e verificada a credibilidade das informações prestadas, iniciam-se as negociações acerca dos benefícios.

Cibele Benevides Guedes da Fonseca sugere que o modelo implementado na operação lava jato, seja o ideal, com o acompanhamento de, no mínimo, duas pessoas de cada lado, seja advogado e colaborador de um lado e, de outro, dois membros do Ministério Público, para que possa haver troca de ideias e ponderação acerca dos pontos do acordo a ser celebrado.¹⁵⁸

3.3.2 Momento

A colaboração premiada poderá ser realizada em qualquer tempo, seja durante a investigação, a fase processual ou, até mesmo, após sentença penal condenatória com trânsito em julgado, de acordo com os arts. 3º e 4º, §§2º e 5º, todos da Lei 12.850/13.

Com relação ao acordo de colaboração premiada realizado na fase de execução penal, defendem Rogério Sanchez Cunha e Ronaldo Batista¹⁵⁹ que o juízo

¹⁵⁸ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 114.

¹⁵⁹ CUNHA, Rogério Sanchez; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei nº 12.850/13). 3ª ed. Salvador: JusPodium, 2014, p. 67.

competente para homologá-lo seja o da execução penal por força do art. 66, inciso I da Lei de Execuções Penais – Lei 7.210/84.

3.3.3 Forma

A forma necessária para a homologação do acordo de colaboração premiada está prevista no art. 6 da Lei 12.850/13. Prevê referido dispositivo que o acordo deverá ser feito de maneira formal, por escrito e conter: o relato da colaboração e seus possíveis resultados; as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Conforme visto, o acordo de colaboração premiada tem natureza de negócio jurídico processual que, para sua validade, necessita observar estas formalidades previstas na Lei 12.850/13. Com isso, garante-se ao colaborador, o direito de exigir, judicialmente, o cumprimento dos termos avençados com a acusação e homologados pelo Judiciário. A forma, portanto, é uma garantia do colaborador.

3.3.4 Legitimidade

O art. 4, §§ 2º e 6º da Lei 12.850/13 atribuem aos delegados de polícia a iniciativa para propor acordos de colaboração premiada.

O Procurador-Geral da República ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, em 02 de agosto de 2013, para questionar tais dispositivos.

Sustenta que os dispositivos violam os arts. 5º, inciso LIV (devido processo legal), 37, caput (princípio da moralidade) e, 129, inciso I (princípio acusatório e titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público).

Partindo da premissa do sistema acusatório, alega que o ônus exclusivo da imputação e da prova, cabe somente ao Ministério Público, de modo que, aceitar o acordo de colaboração premiada ofertado pelo Delegado de Polícia ofenderia o devido processo legal e a competência a eles atribuída, na medida em que, excederia a investigação criminal.

Completando o argumento, quanto a moralidade e o devido processo legal, argumentou o Procurador-Geral da República, que o Delegado de polícia não teria competência recursal para impugnar a decisão judicial de não homologação ou a decisão que determine sua adequação.

Em síntese, segue a ementa da petição inicial proposta pelo Procurador Geral da República:

“Ação direta de inconstitucionalidade, art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas). Legitimidade de delegado de polícia para acordos de colaboração premiada. Ofensa ao sistema acusatório e à moralidade. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para transacionar em ação penal.”¹⁶⁰

A Advocacia Geral da União, Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – FENADEPOL, Federação Nacional dos Policiais Federais – FENAPEF, Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF, rebateram as alegações, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade proposta, sustentando em síntese que:

O art. 144 da Constituição Federal conferiu às polícias civil e federal o exercício das funções afetas à polícia judiciária, trazendo, a presidência do inquérito policial como competência exclusiva da polícia judiciária, de tal modo que, compete ao delegado de polícia apurar a veracidade dos fatos criminosos que ocorrerem.

Com efeito, a atividade investigativa direcionada para a obtenção de provas é tarefa de competência da polícia judiciária.

¹⁶⁰ STF, ADI 5508/DF (4000217-27.2016.1.00.0000) Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Procurador-Geral da República. Data do protocolo: 28/04/2016.

Portanto, a principal atribuição do delegado de polícia como presidente do inquérito policial é buscar elementos de prova acerca dos fatos investigados para servir de fundamento para que o Ministério Público possa oferecer denúncia.

Para o exercício destas competências e atribuições, o legislador decidiu instrumentalizar o delegado de polícia prevendo no art. 3, inciso I da Lei 12.850/13 a colaboração premiada como meio de obtenção de prova.

Acerca da natureza jurídica do instituto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu através do Habeas corpus nº 127.483/PR¹⁶¹, tratar-se de meio de obtenção de prova, razão pela qual, somente produzirá efeitos se forem atingidos os objetivos previstos nos incisos do art. 4º da Lei 12.850/13.

Além disso, argumentam que a colaboração premiada é mais efetiva e benéfica para a sociedade quando realizada na fase pré-processual, sendo intencional a previsão da legitimidade dos delegados de polícias, tendo em vista que, em muitas ocasiões não é possível a manifestação do Ministério Público.

Para preservar a função de controle externo do Ministério Público, a lei prevê sua manifestação nas propostas de acordo de colaboração premiada formuladas pelos delegados de polícia, nos exatos termos do art. 4º, §2º da Lei 12.850/13.

Quanto a titularidade da ação penal conferida ao Ministério Público pelo art. 129, inciso I da Constituição Federal, sustentam que não há violação, pois, as normas são compatíveis e harmônicas. Os efeitos decorrentes do acordo de colaboração premiada (perdão judicial, redução da pena e substituição por pena restritiva de direitos) dependem da homologação do acordo e do julgamento feito por juiz competente, dentro do processo movido exclusivamente pelo Ministério Público.

¹⁶¹ STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

Ou seja, o direito de punir (efeitos do acordo de colaboração premiada) pertence ao Estado, enquanto o *jus persecuendi* é exercido pelo Ministério Público através da ação penal pública. Portanto, não haveria incompatibilidade.

Neste sentido, segue ementa do parecer do Advogado Geral da União, Fábio Medina Osório:

“Processo penal. Lei nº 12.850/13. Legitimidade do delegado de polícia para propor acordo de colaboração premiada. Como presidente do inquérito, compete ao delegado de polícia a função precípua de apurar a veracidade dos fatos ocorridos, dentro dos procedimentos legais e princípios constitucionais. Artigo 144 da Constituição Federal. Definição legal da delação premiada como meio de obtenção de provas. Atividade incluída no rol de atribuições dos delegados de polícia. Ausência de violação aos princípios da moralidade e do devido processo legal. O acordo de delação premiada possui reflexos tão somente no *jus puniendi* do Estado, que o exerce por meio da jurisdição criminal. Permanecendo intacto o *jus persecuendi* do Ministério Público, não se observa ofensa ao artigo 129, I, da Constituição da República. Manifestação pela improcedência do pedido veiculado na presente ação direta.”¹⁶²

Estes são os pontos e contrapontos referentes a legitimidade de os delegados de polícia negociarem e proporem o acordo de colaboração premiada.

Em 29 de abril de 2016, o relator da Adin nº 5508, Min. Marco Aurélio, adotando rito abreviado, com base no art. 12 da Lei nº 9.868/99, determinou o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que, ainda não decidiu a respeito do tema.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal não se posiciona, definitivamente sobre o tema, neste trabalho nos posicionamos pela constitucionalidade dos dispositivos legais questionados pelo Procurador-Geral da República por entender, principalmente, que a colaboração como meio de obtenção de provas que é, serve como um instrumento extra para que polícia judiciária possa exercer a sua competência de investigar crimes e, com isso, não haveria ofensa à titularidade da ação penal que não sofreria qualquer interferência.

3.3.5 Homologação judicial

Após as tratativas prévias, estando ambas as partes de acordo com as cláusulas e benefícios pactuados, assina-se o termo de colaboração premiada, peticionando-se ao Juiz competente para que ocorra a homologação.

De se obtemperar que a competência para homologação do acordo de colaboração premiada segue as regras de competência previstas na Constituição Federal e no código de processo penal, em razão da omissão da Lei 12.850/13.

A Lei 12.850/13, em seu art. 7º prevê a distribuição sigilosa do termo de colaboração premiada, constando apenas informações suficientes para não identificar o colaborador e o seu objeto. Tal dispositivo legal pretende evitar os chamados vazamentos que poderiam atrapalhar a continuidade das investigações.

Após a distribuição sigilosa do termo de colaboração premiada, o Ministério Público dirige-se diretamente para o juiz competente complementando as informações, é o que dispõe o art. 7º, §1º da Lei 12.850/13: “As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas”.

Ressalte-se que, segundo o art. 4º, §6º da Lei 12.850/13, o juiz não participa das tratativas e da elaboração das cláusulas finais do termo de colaboração premiada. Este dispositivo prestigia o sistema acusatório mantendo o juiz afastado das negociações desenvolvidas pelas partes do processo, efetivamente, colaborador e acusação.

Garante-se com este procedimento a imparcialidade do juiz, ponto central do sistema acusatório, adotado pela Constituição Federal em seu art. 129, inciso I. Portanto, cabe às partes e, somente a elas, a discussão e elaboração dos termos de

¹⁶² STF, ADI 5508/DF (4000217-27.2016.1.00.0000) Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Procurador-Geral da República. Data do protocolo: 28/04/2016.

acordo de colaboração premiada, ficando a cargo do juiz competente, apenas, a análise da legalidade do acordo e voluntariedade das declarações do colaborador, nos termos do art. 4º, §7º da Lei 12.850/13.

“O procedimento estabelecido, independente da fase a ser observada, atendeu ao que preconiza o sistema acusatório, na medida em que há nítida preocupação em se preservar a imparcialidade judicial, sua isenção quanto ao conteúdo do acordado. É por isso que ao examinar o acordo, o dever do juiz é velar pela sua regularidade, legalidade e voluntariedade.”¹⁶³

O sistema acusatório é prestigiado em alguns documentos internacionais, tais como as Regras de Havana (Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados e do Ministério Público), adotada no 8º Congresso das Nações Unidas para a prevenção de crimes e Tratamento de Delinquentes, bem como, em documentos nacionais, tais como a Constituição Federal (art. 129, inciso I), o Código de Processo Penal (art. 4º) e, a Declaração de Brasília contra a corrupção (item 2).¹⁶⁴

A exceção à regra da não participação do juiz ocorre quando as tratativas e a aceitação ocorram na própria audiência pois, a nova lei de organização criminosa, permite que a colaboração premiada ocorra em qualquer momento processual, inclusive após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Portanto, caso o acusado não tenha firmado acordo de colaboração premiada na fase investigatória e, porventura, durante a audiência de instrução, na presença do juiz, iniciam-se as tratativas e formaliza-se o acordo, a colaboração premiada deve ser aceita.

No entanto, há quem defenda que, neste caso, por prudência, o juiz deveria suspender a audiência para que as partes possam negociar o acordo sem a presença do juiz. Posicionamento com o qual concordamos neste trabalho. Neste sentido:

¹⁶³ FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. P. 175.

“Parece mais conveniente que, se durante um interrogatório o acusado se propuser a colaborar, suspenda-se a audiência, a fim de que as partes possam negociar o acordo, sem a presença do juiz.”¹⁶⁵

De qualquer sorte, o papel do juiz limita-se a análise da legalidade do ato e da voluntariedade da colaboração. Presentes estes pressupostos, deve o juiz homologar o acordo. Havendo alguma cláusula ilegal, abusiva ou, ausente a voluntariedade, o juiz poderá recusar a homologação do acordo ou, adequá-lo ao caso concreto.

Entendendo necessário para aferir a voluntariedade, pode o magistrado, designar uma audiência sigilosa com o colaborador e o seu defensor, sem a presença do Ministério Público.

Quando a recusa do juiz aos termos do acordo de colaboração premiada, alguns doutrinadores sustentam que o juiz não poderia recusar de plano o acordo ou alguma de suas cláusulas sem antes aplicar o previsto no art. 28 do código de processo penal, submetendo a discordância judicial ao controle interno do Ministério Público, em razão da disponibilidade regrada do direito de ação penal pública incondicionada, devendo a última palavra ser do Ministério Público.

Neste ponto, interessante o posicionamento de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto que sustentam a obrigatoriedade da homologação se presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a colaboração. A análise do juiz acerca da homologação submeter-se-ia ao princípio da discricionariedade regrada.¹⁶⁶

Em posição pouco mais extremada, Walter Nunes da Silva Júnior entende que no processo penal acusatório, tendo a acusação do domínio da ação penal, o

¹⁶⁴ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 1120/121.

¹⁶⁵ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 122.

¹⁶⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei 12.850/13). 3ª ed. Salvador: JusPodium, 2014.p. 72.

juiz deveria sempre homologar o acordo, em razão da sua imparcialidade, salvo, apenas, situação excepcional.¹⁶⁷

No entanto, nesta fase inicial, cabe ao juiz apenas a análise da regularidade, legalidade e voluntariedade pois, o exame do conteúdo da colaboração é postergado para o momento da sentença, quando, então, o juiz avaliará a eficácia da colaboração.¹⁶⁸

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento através do Habeas corpus nº 127.483, de que ao juiz é permitido apenas a análise da legalidade e voluntariedade do acordo, para fins de homologação. De outro lado, não deve o juiz analisar aspectos relacionados à oportunidade e conveniência do acordo, nem mesmo, aspectos acerca das informações prestadas pelo colaborador pois, o momento oportuno desta análise seria o julgamento e não quando da etapa de homologação do acordo.

Quanto à possibilidade de o juiz adequar o acordo, deve-se entender que o juiz não poderia invadir o conteúdo deste, tendo em vista não ser parte e, desta forma, resguardar sua imparcialidade. A previsão da adequação deve ser relacionada às cláusulas abusivas e aos aspectos relacionados à voluntariedade, legalidade e regularidade, afetos ao ato de homologação. Assim, a interpretação correta seria no sentido de o juiz determinar a adequação do acordo para sair de uma situação de ilegalidade/irregularidade para a legalidade/regularidade, vedando-se ao juiz a manifestação acerca do conteúdo deste acordo¹⁶⁹.

¹⁶⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal. 2ª ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015. P. 542.

¹⁶⁸ FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. P. 175.

¹⁶⁹ Delação Premiada. Palestra de Gustavo Badaró. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r6HGJJO1cHE&t=283s>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

3.3.5.1 Prisão preventiva e colaboração premiada

O Procurador da República, Manoel Pestana, sustentou em seu parecer, nos autos de Habeas corpus nº 5029016-71.2014.4.04.0000, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 4ª Região que:

“De outra banda, vislumbro presente, além da necessidade de preservar a ordem pública, um dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, outro requisito, qual seja, a conveniência da instrução criminal. A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que os investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso dos pacientes, que lidam com o pagamento a vários agentes públicos, mas também na possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos. Com efeito, a conveniência da instrução processual, requisito previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, deve-se acrescer a possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal, como se tem observado ultimamente, diante dos inúmeros casos de atentados contra a administração e as finanças do país”.

Este argumento não foi enfrentado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que manteve a prisão dos réus da operação Lava Jato em razão de outros fundamentos, corroborados pelas Cortes Superiores.

Todavia, enfrentando esta questão, Carlos Eduardo Gonçalves sustenta que o Procurador da República explicitou aquilo que está implícito nas decretações de prisões da operação Lava Jato. Para ele, todas as prisões cautelares decretadas têm como principal argumento, a finalidade de forçar a delação, todavia, por ser escuso este interesse, utiliza-se da argumentação para buscar-se um motivo idôneo para as prisões.¹⁷⁰

O referido autor repudia de maneira veemente o fundamento sustentado pelo Procurador da República:

¹⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Eduardo. A colaboração premiada como fundamento da prisão preventiva. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P.91/114.

“Nesse contexto, considera-se que a prisão cautelar é completamente desvirtuada quando aplicada para servir de instrumento de coação, qual seja: delate antes de ser preso e evite a prisão; ou, se já preso, delate logo para abreviar o sofrimento. Em última análise, o cerceamento da liberdade (ou risco real de) é uma poderosa moeda de troca a ser manipulada pelo acusador. O problema é que isso, além da completa deturpação do instituto da prisão cautelar e grave retrocesso democrático e civilizatório que representa, torna a prisão um instrumento para obter a confissão. Prende-se primeiro para, através da tortura (se não a física, inegavelmente psicológica), obter-se a confissão.”¹⁷¹

Atacando o argumento da possibilidade de a prisão preventiva servir como instrumento para obtenção da colaboração premiada, sustentam José de Assis Santiago Neto e Flávia Ávila Penido:

“Trata-se de recurso a um método antigo, francamente utilizado desde a inquisição na idade média e repetido por todos os regimes autoritários: prenda primeiro e, através da tortura, física ou psicológica, obtenha a confissão e a colaboração que posteriormente será usada como prova, ‘recompensando’ o colaborador ao final com o perdão de seus pecados ou da redução de sua punição. Apesar de recorrente, é inaceitável no contexto de Estado Democrático de Direito. Primeiro porque em um país que zela pela dignidade da pessoa humana, qualquer meio cruel infringido a um dos seus não deve subsistir, tampouco se a ofensa tem origem no próprio Estado. Segundo, porque não se deve desvirtuar a prisão preventiva – excepcional dada a presunção de inocência – para utilizá-la com fins diversos daqueles previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. E terceiro, porque o modelo inquisitorial é incompatível com o modelo constitucional de processo – o que, por si só, já nos remete aos outros dois argumentos.”¹⁷²

A Procuradora da República, Cibele Benevides Guedes da Fonseca, também é contrária à justificação da prisão preventiva com base na possibilidade de se obter a colaboração premiada:

“É certo que não se pode utilizar prisões para forçar alguém a cooperar, afinal, o Estado não pode obrigar alguém a tomar essa decisão. Todas as normas a respeito da colaboração premiada falam em voluntariedade, e não poderia ser diferente em um Estado

¹⁷¹ GONÇALVES, Carlos Eduardo. A colaboração premiada como fundamento da prisão preventiva. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. P.100/101.

¹⁷² NETO, José de Assis Santiago; PENIDO, Flávia Ávila. A delação premiada em confronto com o processo democrático. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. P.271.

democrático de direito. A opção pela linha de defesa tem que ser livremente tomada pelo agente e seu defensor. Assim, não se pode prender alguém buscando que colabore com o Ministério Público.”¹⁷³

Todavia, Cibele Benevides Guedes da Fonseca, analisa as prisões preventivas decretadas no âmbito da operação Lava Jato como legais, tendo em vista que estas encontram-se fundamentadas nos requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.¹⁷⁴

Além disso, as prisões preventivas decretadas no âmbito da operação Lava Jato não devem ser vistas como uma forma de coagir pois, não são o motivo pelo qual os agentes decidem colaborar e, para esta afirmação utiliza-se dos números da operação:

“No caso da Operação Lava Jato, 70% (setenta por cento) dos acordos firmados com réus soltos. Para ser mais exato, 71,83% (setenta e um vírgula oitenta e três por cento) dos réus colaboradores da Lava Jato firmaram o acordo soltos. Com efeito, dos 71 (setenta e um) acordos firmados até o término do presente trabalho, 51 (cinquenta e um) foram realizados com réus soltos. Na realidade, houve inclusive um acordo de colaboração premiada firmado após a saída do acusado da prisão: o caso do empresário Ricardo Pessoa, dono da UTC Engenharia.”¹⁷⁵

E arremata, no sentido de que os agentes procuram a colaboração para se verem livres da prisão. Refutando, assim, a tese de que a prisão seria uma forma de coagir os agentes a colaborar em troca da liberdade:

“no caso da Operação Lava Jato, o acordo de colaboração premiada não necessariamente significou a soltura dos réus presos: dos 19 (dezenove) réus colaboradores da Lava Jato que realizaram o acordo quando se encontravam presos, 04 (quatro) permanecem presos preventivamente, e 10 (dez) se encontram presos em seu domicílio. Apenas 05 (cinco) réus colaboradores que firmaram seus acordos quando estavam presos foram soltos. Esses dados empíricos reforçam a tese acima defendida, no sentido de que a liberdade do réu colaborador preso vai depender da

¹⁷³ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 228.

¹⁷⁴ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 225/232.

¹⁷⁵ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 226.

presença ou não dos fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.”¹⁷⁶

Assim, inicialmente destacamos que a prisão preventiva fundamentada exclusivamente na possibilidade da uma eventual colaboração é incompatível com o Estado Democrático de Direito. De outra banda, temos que, presentes os requisitos previstos nos art. 312 e 313 do Código de Processo Penal, não há que se falar em ilegalidade da prisão. Contudo, deve-se perquirir, neste momento, se o acordo de colaboração premiada pactuado com agente legalmente detido, seria válido.

Bruno Espiñeira Lemos e Felipe Machado Caldeira, fazem uma análise do acordo de colaboração premiada sob a ótica da teoria dos negócios jurídicos prevista no código civil, onde a vontade deve ser livre e consciente, sob pena de nulidade do ato. Neste contexto, entendem que a realidade carcerária brasileira, reconhecidamente ofensiva à dignidade humana, vicia o consentimento do delator e, que a ciência desta realidade pela acusação e pelo judiciário, aliados à fundamentação da prisão com objetivo de obter a delação, caracteriza o defeito do negócio jurídico previsto no art. 156 do código civil – estado de perigo – e, sua consequência é a nulidade do negócio jurídico celebrado, nos termos do art. 171, II do código civil.¹⁷⁷

Cibele Benevides Guedes da Fonseca entende que o acordo é perfeitamente válido:

“Assim, estando presentes os requisitos da prisão cautelar, esta deve ser decretada, e em tendo sido decretada, nada impede que o Estado-acusador firme com o investigado ou acusado preso o acordo. Do mesmo modo que o Juiz, em um interrogatório, deve lembrar ao acusado os benefícios de uma confissão, nada obsta que o Ministério Público ou a autoridade policial lembrem os benefícios de um acordo de colaboração premiada a um réu preso, cabendo a ele e ao seu defensor sopesar o custo-benefício de confessar e, no caso em questão, de colaborar com a Justiça.”¹⁷⁸

¹⁷⁶ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 230.

¹⁷⁷ LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado. Delação premiada de acusado preso. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P.75/89.

¹⁷⁸ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 228/229.

O Supremo Tribunal Federal vem corroborando estes acordos de colaboração premiada firmados com indivíduos presos, como se percebe através de trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do Habeas corpus nº 127.483-PR:

“Se a delação foi feita durante o período em que o delator se encontra na prisão, seja temporária, seja preventiva, tal circunstância, por si só, não a anula necessariamente, por ela – a prisão, desde que legalmente decretada, não tem o condão de viciar sua vontade.”¹⁷⁹

Neste contexto, entendemos correta a análise do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se pode vedar a colaboração premiada para o agente preso. O fato do indivíduo estar preso não impede que sejam pactuados acordos de colaboração premiada e, por consequência, reputamos válidos os acordos celebrados, neste contexto, no âmbito da operação Lava-Jato. Neste sentido, não se pode cogitar de vício ou nulidade na colaboração premiada obtida à partir de pessoa presa.

3.3.5.2 Cláusulas abusivas

A lei 12.850/13 prevê como prêmios ao colaborador diversos benefícios (perdão judicial, redução da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, progressão de regime). Há, portanto, margem para que as partes negociem o acordo e, ao final, possa o juiz aplicar estes benefícios de acordo com a intensidade da colaboração.

Não obstante estes benefícios legais, verifica-se no âmbito da operação Lava-Jato a concessão de benefícios não previstos na lei.

Gustavo Badaró alerta para o risco do rompimento com a legalidade. Entende inaceitável e ilegal o acordo feito sob penas inexistentes no sistema, tal

¹⁷⁹ STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

como o regime aberto diferenciado. Problematisa a situação, exemplificando o caso de um desses delatores beneficiados com penas inexistentes, cometer um outro crime qualquer, como por exemplo um homicídio culposo decorrente de atropelamento no trânsito. Entende que seria impossível fazer a unificação da pena deste crime com uma pena não prevista em lei. Assim, sustenta a ilegalidade deste tipo de cláusula¹⁸⁰.

Neste trilha, destaca-se a decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski na PET 7.265¹⁸¹, que não homologou o acordo de delação premiada do publicitário Renato Barbosa Rodrigues Pereira, enviado pela Procuradoria-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, por entender abusivas as cláusulas que concedem benefícios além dos previstos na Lei 12.850/13, ilegais as que concedem benefícios não previstos na legislação e, abusivas as que as partes fixam, em substituição ao Poder Judiciário, a pena e o benefício do colaborador. Posição com a qual concordamos.

Discute-se, também, a possibilidade de o delator permanecer na posse de uma parcela do produto oriundo ou proveniente do crime.

Pierpaollo Cruz Bottini¹⁸², entende ser ilegítima esta cláusula para um acordo de colaboração premiada, exceto nos casos de não haver a denúncia (art. 4º, §4º da Lei 12.850/13), mas, nos casos em que o colaborador é processado e condenado, ainda que receba os benefícios do acordo de colaboração premiada, os efeitos automáticos da pena acompanham a condenação. Deste modo, os efeitos do art. 91 do Código Penal¹⁸³ e a perda da primariedade acompanham a condenação

¹⁸⁰ Delação Premiada. Palestra de Gustavo Badaró. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r6HGJJ01cHE&t=83s>>. Acessado em 19 jul. 2017.

¹⁸¹ STF, Segunda Turma, Pet. 7.265/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão monocrática. Julgamento: 14/11/2017.

¹⁸² Aula ministrada em 10/12/2015 pelo Ministro Rogério Schietti (STJ) e teve com debatedor o Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini, no 1º Congresso “Ética, Corrupção e Gestão de Empresas”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D_NXju2b_0g>. Acessado em: 18 jul. 2017.

¹⁸³ Art. 91 do Código Penal: “São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. § 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem

independente da existência de um acordo de colaboração premiada. Sendo estes efeitos indisponíveis, configuraria a abusividade da cláusula. Já com relação aos efeitos secundários da condenação, previstos no art. 92 do Código Penal¹⁸⁴, entende que seria possível as partes transigirem sobre sua incidência.

A renúncia do colaborador à recurso, foi considerada ilegal pelo Ministro Teori Zavascki¹⁸⁵, em alguns acordos da Operação Lava Jato. A decisão de não homologar a renúncia ao direito de recorrer, foi confirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Sustentam este mesmo posicionamento Gustavo Badaró¹⁸⁶, Rogério Schietti¹⁸⁷ e Pierpaolo Cruz Bottini¹⁸⁸.

Por fim, Sebastián Borges de Albuquerque Mello analisando o termo do acordo de colaboração premiada firmado entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa, no âmbito da operação Lava-Jata, no qual foi pactuado na cláusula 5ª, incisos III e V, a suspensão do processo e do prazo prescricional pelo período de dez anos, aponta para a ilegalidade de negociação de prescrição nos acordos de colaboração premiada, tendo em vista que a prescrição é matéria de ordem pública

encontrados ou quando se localizarem no exterior. § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.”

¹⁸⁴ Art. 92 do Código Penal: “São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.”

¹⁸⁵ STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

¹⁸⁶ Delação Premiada. Palestra de Gustavo Badaró. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r6HGJJ01cHE&t=83s>>. Acessado em 19 jul. 2017.

¹⁸⁷ Aula ministrada em 10/12/2015 pelo Ministro Rogério Schietti (STJ) e teve como debatedor o Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini, no 1º Congresso “Ética, Corrupção e Gestão de Empresas”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D_NXju2b_0g>. Acessado em: 18 jul. 2017.

¹⁸⁸ Aula ministrada em 10/12/2015 pelo Ministro Rogério Schietti (STJ) e teve como debatedor o Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini, no 1º Congresso “Ética, Corrupção e Gestão de Empresas”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D_NXju2b_0g>. Acessado em: 18 jul. 2017.

e, somente direitos disponíveis, poderiam ser negociados no acordo de colaboração premiada, tendo em vista sua natureza jurídica de negócio jurídico processual.¹⁸⁹

Afrânio Silva Jardim, vê como ilegais as cláusulas pactuadas entre o Ministério Público e o investigado/acusado que prevejam qual a pena e o benefício a ser aplicado. Entende que o acordo de colaboração premiada se presta a garantir ao colaborador a segurança necessária para cooperar com a Justiça em troca de prêmios, todavia, estes prêmios não podem ser fixados no acordo de forma a engessar o Judiciário. Invocando o princípio da individualização da pena, sustenta que o juiz não é parte do acordo, bem como, quando o homologa, apenas analisa a voluntariedade, regularidade e legalidade. A dosimetria da pena e o reconhecimento de qual(is) prêmio(s) e sua quantidade, é tarefa relegada à discricionariedade do magistrado pautada pelo livre convencimento motivado. Portanto, entende ilegítimos os prêmios que não encontram respaldo legal, bem como, o pacto por uma pena e benefício determinado.¹⁹⁰

Como visto no início deste tópico, este foi o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski na PET. 7.265/DF¹⁹¹, ao não homologar o acordo de colaboração premiada firmado entre a Procuradoria-Geral da República e Renato Barbosa Rodrigues Pereira. Posicionamento com o qual concordamos.

3.3.6 Sentença

Após a instrução processual o juiz irá proferir a sentença que deverá observar aquilo que fora pactuado e homologado.

Caso o juiz não observe os benefícios da colaboração, surge para o colaborador o direito ao recurso.

¹⁸⁹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A inegociabilidade da prescrição nos acordos de delação premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 545-565.

¹⁹⁰ JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 33-40.

¹⁹¹ STF, Segunda Turma, Pet. 7.265/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão monocrática. Julgamento: 14/11/2017.

A Lei 12.850/13 não previu a forma como o juiz deve aplicar os benefícios do acordo de colaboração premiada. Doutrinariamente e, no âmbito da operação Lava Jato, tem-se utilizado por analogia o formato de aplicação das penas restritivas de direito.

Ou seja, na sentença penal condenatória, deve o juiz, na fase de dosimetria da pena, calcular e aplicar a pena que deveria ser aplicada caso não houvesse o acordo de colaboração premiada, para, posteriormente, substituir a pena aplicada pelo benefício decorrente da colaboração.

Justifica-se esta forma de aplicação do acordo de colaboração premiada levando-se em consideração a possibilidade de o colaborador descumprir qualquer cláusula do acordo pois, neste caso, ocorrerá a reconversão da pena aplicada.

O raciocínio é o mesmo das penas restritivas de direito que, se não foram cumpridas pelo réu, aplica-se a pena que havia sido anteriormente substituída.

“Assim tem sido feito na Operação Lava Jato, quando as partes negociam expressamente a pena no caso concreto (ex.: três anos de reclusão, sendo o primeiro em regime semiaberto e os demais em prisão domiciliar com uso de tornozeleira) e o juiz, ao prolatar a sentença, diz qual a pena cabível e, em seguida, a substitui pela pena do acordo.”¹⁹²

3.3.6.1 Personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade, repercussão do fato criminoso e eficácia da colaboração.

O art. 4º, §1º da Lei 12.850/13, dispõe que “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”

¹⁹² FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 125.

A doutrina diverge quanto a este dispositivo ser avaliado como requisito para firmar o acordo de delação premiada¹⁹³, podendo o Ministério Público deixar de oferecer o acordo de colaboração no caso destes requisitos serem desfavoráveis ou, o juiz deixar de homologar o acordo, também no caso de serem negativas estas circunstâncias do §1º do art. 4º, enquanto que, outros, defendem que este dispositivo deve ser analisado pelo juiz quando da aplicação dos benefícios¹⁹⁴.

A personalidade está atrelada à pessoa do colaborador, podendo ser positiva ou negativa. A análise da personalidade deve servir para que o juiz possa verificar a culpabilidade do fato e não do autor, para que possa definir qual o tipo de benefício pode ser concedido pelo Estado.

A depender da personalidade e do crime praticado, não seria recomendável o benefício máximo do perdão judicial.

“Deve-se ocupar o juiz de verificar se a personalidade do agente – positiva ou negativa – relaciona-se ao fato praticado, para que se busque a culpabilidade de fato (e não a culpabilidade de autor). Exemplo: sujeito ganancioso (características de personalidade) integra organização criminosa para sonegar milhões em tributos. Deve ser apenado mais gravemente e, conforme o caso, quando se torna delator, não merece o perdão judicial.”¹⁹⁵

Já os requisitos objetivos são afetos ao fato criminoso e, igualmente servem para aferir qual o tipo de benefício o infrator-delator pode receber, sopesando-se o dano efetivo do crime cometido.

Em razão disso, no presente trabalho, entendemos que o art. 4º, §1º da Lei 12.850/13 não pode ser visto como requisito para permitir ou não que o Ministério Público ofereça acordo de colaboração premiada. Da mesma forma que o juiz no ato de homologação do acordo deve verificar, tão-somente, a voluntariedade, regularidade e legalidade do mesmo. Razão pela qual, o referido dispositivo destina-

¹⁹³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei 12.850/2013. Salvador/BA: JusPodivm, 2013. P 47-48.

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Organizações criminosas: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 52.

¹⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 51-52.

se à fase da sentença, para que o juiz tenha elementos para decidir qual benefício deve ser aplicado e a sua quantidade.

Acreditamos ainda que em razão da ética e do direito subjetivo do colaborador ao prêmio do acordo caso sua colaboração seja efetiva, que o juiz, na sentença, não pode deixar de conceder os benefícios caso aprecie os elementos do art. 4, §1º da Lei 12.850/13, como desfavoráveis ao colaborador.

Desta forma, entendemos como correta a interpretação dada ao art. 4, §1º da Lei 12.850/13 no sentido de que o dispositivo serve para o juiz decidir qual benefício deve ser concedido ao colaborador e a sua medida.

3.3.7 Cooperação jurídica internacional e colaboração premiada.

Os negócios ilícitos realizados pelas organizações criminosas não respeitam as fronteiras. Tratando-se da macrocriminalidade, necessário que os países se unam para o combate a este tipo de crime. Segundo Vladimir Aras, existem diversos tipos de cooperação jurídica internacional, tais como, as que recaem sobre as pessoas (extradição, entrega, transferência temporária de pessoas e transferência de condenados); as que recaem sobre os meios de obtenção de provas (cartas rogatórias, auxílio direto, videoconferência internacional); as que recaem sobre o proveito do crime (rastreamento, bloqueio, confisco e repatriação de ativos); entre outras, tais como informação espontânea, cooperação internacional por meio de forças-tarefas, cooperação policial fronteiriça e transferência de procedimentos criminais.¹⁹⁶

Atento ao fato de que muitos dos acusados na Operação Lava Jato tenham praticado crimes no exterior e, para evitar qualquer tipo de omissão por parte do colaborador por receio de futura responsabilização internacional, o Ministério Público Federal, no âmbito desta operação tem incluído cláusula na qual somente se comprometerá a prestar cooperação jurídica internacional no caso da autoridade

estrangeira celebrar com o colaborador acordo ou lhe fizer proposta formal, no mínimo, equivalente ao acordo de colaboração premiada pactuado no Brasil.¹⁹⁷

Cibele Benevides Guedes da Fonseca destaca o êxito da operação Lava Jato em razão da cooperação jurídica internacional:

“Muito do êxito da Operação Lava Jato se deve à cooperação jurídica internacional. Com efeito, até Agosto de 2016 o Ministério Público Federal já havia contabilizado, apenas para tal caso em Curitiba, 96 (noventa e seis) pedidos de cooperação ativos para 29 (vinte e nove) países diferentes; e 26 (vinte e seis) pedidos de cooperação passivos, oriundos de 12 (doze) países diferentes. Já no Grupo de Trabalho da Lava Jato do núcleo político-Brasília, que funciona na Procuradoria-Geral da República, até Agosto de 2016 foram feitos 12 (doze) pedidos, todos ativos, a 03 (três) países distintos: Suíça, Israel e França.”¹⁹⁸

Destaca-se, com isso, que a cooperação jurídica internacional, no contexto da macrocriminalidade no mundo globalizado, é imprescindível na busca das provas de corroboração para validar a colaboração premiada.

¹⁹⁶ ARAS, Vladimir. Direito Probatório e Cooperação Jurídica Internacional. In: SALGADO, Daniel de Rezende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). A Prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. Salvador: JusPodium, 2015. P. 269/306.

¹⁹⁷ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 127.

¹⁹⁸ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 128.

CAPÍTULO 4 – DIREITOS E GARANTIAS DO COLABORADOR

4.1 Contraditório, ampla defesa e devido processo legal

A colaboração premiada deve ser vista como uma extensão da garantia medular da ampla defesa. Afinal, entende-se por ampla defesa não apenas a mera oposição ou resistência¹⁹⁹, mas, também, a influência no resultado do processo.

Ao acusado é garantida a ampla defesa e todos os meios e recursos a ela inerentes, conforme previsão do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal. Portanto, o exercício da ampla defesa pode-se dar com o silêncio do acusado, com a negativa total ou parcial dos fatos, a confissão parcial ou total dos fatos e, também, com a possibilidade de colaborar com o Ministério Público.

A Lei 12.850/13 ampliou o leque de possibilidades da defesa. O acusado ao fazer um prognóstico acerca da sua situação, sopesando-se todas as provas e alternativas pode chegar à conclusão de que seria mais benéfico negociar alguns benefícios em troca de colaborar com a acusação.

Ao avaliar as provas e o contexto fático, o acusado e seu defensor podem vislumbrar um cenário desfavorável caso a defesa enveredasse pelos caminhos tradicionais de confronto e resistência face à acusação. Torna-se, então, a colaboração premiada, mais uma opção posta à disposição do acusado.

Em um cenário desfavorável, onde a defesa vislumbra real possibilidade de condenação, serve a colaboração premiada como uma alternativa à clássica estratégia de defesa para minorar os efeitos da potencial condenação.

Neste sentido, David Teixeira de Azevedo:

“Numa palavra, se a apreciação técnica e realista dos aspectos processuais desaconselham a defesa processual; ou o

¹⁹⁹ STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC. 04/02/2016.

enfrentamento dos aspectos probatórios e dogmáticos da questão posta em juízo, objeto da imputação, dissuadem desafiar o mérito, não há porque deixar de aderir a outros caminhos defensivos que minimizem a responsabilidade criminal, previstos no sistema jurídico, como acima lembrado. A delação premiada, tanto quanto as demais opções estratégicas dispostas na legislação, deve ser opção dentro das coordenadas da defesa e presidida, portanto, exclusivamente pelo interesse do cidadão, cuidando o advogado de formalizá-la na atmosfera da maior segurança jurídica possível para obtenção de seus efeitos positivos.”²⁰⁰

Com a implementação de instrumentos que expandem a ampla defesa, está o Estado consolidando a garantia constitucional. Portanto, a defesa tradicional no processo penal brasileiro ganha, com a colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13, mais uma vertente que visa à imunidade, perdão judicial, redução da pena ou, progressão de regime.

Sustenta Walter Nunes da Silva Júnior que para prestigiar a ampla defesa e o contraditório, deve o juiz no momento do interrogatório, além de avisar ao acusado acerca do direito ao silêncio, também avisar sobre outros direitos previstos no ordenamento jurídico, entre os quais, o de colaborar.²⁰¹

Embora neste trabalho termos adotado entendimento de que a colaboração premiada prestigia a garantia constitucional da ampla defesa, destaca-se a crítica feita por Rubens Casara e Antonio Pedro Melchior, no sentido de que a colaboração premiada corrompe a defesa pois, torna o Advogado um agente do sistema, demitindo-o de sua função pública e essencial à justiça de defender a liberdade que, jamais poderia ser negociada a pretexto de prêmios. Não há, neste formato, controle do poder punitivo estatal²⁰².

²⁰⁰ AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. Boletim IBCCRIM, ano 22, n. 265, dezembro/2014, p. 5.

²⁰¹ SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. Curso de Direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal. 2ª ed. Natal: OWL Editora Jurídico, 2015. P. 537.

²⁰² CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. Estado pós-democrático e delação premiada: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negociada no Brasil. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 426-430.

Portanto, a despeito da crítica acima exposta, a colaboração premiada nada mais é do que a efetivação ou, consagração do direito de defesa. É a disponibilização de mais uma ferramenta para defesa do acusado.

Quanto ao direito ao devido processo legal, esta é a característica que diferencia o modelo brasileiro de colaboração premiada do sistema norte-americano de *plea bargaining*. Neste, não há processo, não há produção de provas. Há, com a concordância do acusado, aplicação imediata da pena, dispensando-se o processo. No sistema brasileiro, embora haja o acordo, este não surte efeitos imediatamente. É necessário que seja respeitado o devido processo legal e todos os seus consectários lógicos para, ao final, ser aplicada a pena e os benefícios, na medida da importância da colaboração.

Ainda no tocante ao direito do devido processo legal, interessante o apontamento feito por Pierpaolo Cruz Bottini, acerca da litigância entre as partes. Sustenta que para o investigado/acusado realizar o acordo de colaboração premiada, é necessário reconhecer a legitimidade do procedimento e dos fatos, de modo que, neste momento, não seria cabível a litigância e eventuais discussões. Todavia, após a formalização do acordo, embora as partes reconheçam o mérito da acusação e, portanto, não há neste ponto litigância, é imprescindível permitir que o acusado possa litigar quanto a classificação jurídica dos fatos, que irradiaria seus reflexos na pena e, em eventual benefício de redução de pena, além de poder questionar a dosimetria da pena, inclusive com interposição de recursos e ações impugnativas.²⁰³

Quanto a esta possibilidade de litígio ressalte-se a observação feita pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti, a respeito da possibilidade de o réu vir a ser absolvido mesmo tendo feito acordo de colaboração premiada, na

²⁰³ Aula ministrada em 10/12/2015 pelo Ministro Rogério Schietti (STJ) e teve como debatedor o Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini, no 1º Congresso “Ética, Corrupção e Gestão de Empresas”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D_NXju2b_0g>. Acesso em 18/07/2017.

hipótese de não terem sido produzidas provas da materialidade e da sua autoria, mesmo após o devido processo legal.²⁰⁴

Por estes motivos, continuam sendo imprescindíveis as garantias do contraditório, ampla defesa e devido processo legal no âmbito da colaboração premiada.

4.2 Direito ao silêncio

Atinente ao direito ao silêncio, previsto na Constituição Federal em seu art. 5, inciso LXIII, questiona-se a possibilidade do colaborador fazer uso deste direito constitucional ou não, tendo celebrado o acordo de colaboração premiada.

Prevê o art. 4º, §14 da Lei 12.850/13 que ao fechar o acordo de colaboração premiada o colaborador renuncia ao direito ao silêncio submetendo-se ao compromisso de dizer a verdade.

Sem embargo de entendimento em sentido contrário, como o de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto no sentido da inconstitucionalidade deste dispositivo²⁰⁵ face à constitucional garantia do direito ao silêncio, a renúncia a direito fundamental é perfeitamente possível.

Para que seja possível e válida a renúncia à direito fundamental deve-se observar os pressupostos da capacidade, temporariedade, revogabilidade da renúncia e benefícios proporcionais.

Somente pode renunciar o direito ao silêncio aquele que tenha capacidade. Do ponto de vista da responsabilização penal, somente será capaz de renunciar o direito ao silêncio, o colaborador imputável.

²⁰⁴ Aula ministrada em 10/12/2015 pelo Ministro Rogério Schietti (STJ) e teve como debatedor o Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini, no 1º Congresso “Ética, Corrupção e Gestão de Empresas”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D_NXju2b_0g>. Acesso em 18/07/2017.

“(...) é necessário que o renunciante ostente capacidade para tomar decisões. Como se trata, aqui, de investigado ou acusado em processo penal, é possível afirmar que somente pessoa imputável poderá realizar acordo de colaboração premiada.”²⁰⁶

Esta renúncia feita por colaborador imputável e, portanto, capaz, não pode ser eterna, pois, representaria a própria extinção do direito fundamental ao silêncio. A necessidade desta renúncia ser temporária faz com que “fora dos fatos e processos referentes ao acordo de colaboração premiada ou após o cumprimento da pena, o réu colaborador mantém sua garantia intacta.”²⁰⁷

Ou seja, a renúncia ao direito fundamental restringe-se ao fato e ao processo no qual o colaborador decidiu voluntariamente renunciar à garantia. Fora do contexto destes fatos e no âmbito daqueles relacionados à renúncia, após o cumprimento da pena, a garantia constitucional ao silêncio permanece intacta.

Marcos Paulo Dutra Santos, não vislumbra a ocorrência de uma renúncia, mas, sim, a opção de não exercício do direito constitucional ao silêncio em determinado momento, o que afastaria a argumentação de inconstitucionalidade, desde que, o não exercício ocorra de maneira voluntária e consciente.²⁰⁸

A renúncia ao direito fundamental, também não pode ser um caminho sem volta, em razão disso previu a Lei 12.850/13 em seu art. 4º, §10º, a possibilidade do colaborador retratar-se na decisão de colaborar, sem a necessidade sequer de justificar-se. Em razão da sua retratação, prevê o referido dispositivo legal que, “as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

²⁰⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei 12.850/13). 3ª ed. Salvador: JusPodium, 2014. P.78.

²⁰⁶ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 140.

²⁰⁷ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 140.

²⁰⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (Delação) Premiada. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 125.

Pedro Augustin Adamy²⁰⁹, ao analisar a renúncia à direito fundamental na área tributária, sustenta que além dos pressupostos da capacidade, temporariedade e revogabilidade da renúncia, é necessária a concessão de benefícios proporcionais ao direito renunciado. E, neste ponto, concorda Cibele Benevides Guedes da Fonseca²¹⁰.

De outro lado, majoritariamente aceita-se na doutrina²¹¹ a constitucionalidade da renúncia à garantia do silêncio.

“Não há dúvidas, portanto, de que o direito ao silêncio é renunciável, podendo o acusado e seu advogado optar validamente pela estratégia de defesa consistente em falar toda a verdade sobre os crimes e comparsas a fim de obter benefícios decorrentes do acordo de colaboração premiada.”²¹²

Superada a questão acerca da constitucionalidade e legitimidade da renúncia ao direito ao silêncio, necessário indagar qual a consequência possível para o colaborador que faltar com a verdade em seu depoimento.

O colaborador não é testemunha pois, tem interesse na causa. Sendo assim, o colaborador deve ser tido como informante²¹³, já que não presta

²⁰⁹ ADAMY, Pedro Augustin. Renúncia a Direito Fundamental. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. P.52/53.

²¹⁰ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 141.

²¹¹ Neste sentido: FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. O perfil constitucional: material da delação premiada como meio de prova. In ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). Capacitar, VII Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores da República. Brasília: ESMPU, 2011. P.20; COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e Mentira como Prova: a Proteção às Organizações Criminosas. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade. Salvador: JusPodivm, 2015. P. 182; PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. Revista dos Tribunais 929/2013. P. 319. Mar/2013. DTR/2013/585. P. 06; CONSERINO, Cássio Roberto. Crime Organizado e institutos correlatos. São Paulo: Atlas, 2011. P. 122; BARROS, Felipe Luiz Machado. Colaboração Premiada e direito à não autoincriminação: (in) constitucionalidade da renúncia do direito ao silêncio prevista na Lei 12.850/2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Natal/RN, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/21318/1/FelipeLuizMachadoBarros_DISSERT.pdf>. Acessado em 17 jul. 2017; FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 141/145.

²¹² FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 145.

²¹³ FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. O perfil constitucional: material da delação premiada como meio de prova. In ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). Capacitar, VII Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores da República. Brasília: ESMPU, 2011. P.07.

compromisso legal de dizer a verdade. Gustavo Badaró, enxerga o colaborador como testemunha anômala²¹⁴. Fato é que, trata-se de uma testemunha *sui generis* em razão da necessidade de falar a verdade, mas, não pode ser processada por falso testemunho.

Com efeito, o colaborador não é testemunha e nem deve ser compromissado a dizer a verdade, todavia, assume o compromisso de não a falsear, em razão da renúncia ao direito ao silêncio, bem como, da possibilidade de ser punido pelo crime do art. 19 da Lei 12.850/13.

“É certo que o acusado cooperante não é testemunha, porém dele se exige o compromisso de dizer a verdade, eis que expressamente abre mão do direito ao silêncio”²¹⁵

Como não presta o compromisso legal de dizer a verdade, não pode o colaborador que mentir responder pelo crime de falso testemunho previsto no art. 342 do código penal, mas, estaria tipificado o delito do art. 19 da Lei 12.850/13 que prevê:

“Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Assim, descumprindo o compromisso de dizer a verdade, o colaborador poderá incidir na prática do crime tipificado no art. 19 da Lei 12.850/13 além de ser punido com a rescisão do acordo e a perda dos benefícios legais nele previstos. E, ainda, em caso de sentença penal condenatória já proferida, deve-se aplicar a pena fixada na sentença, desconsiderando-se a pena aplicada com a incidência do benefício, à semelhança da aplicação de pena restritiva de direitos quando descumprida.

²¹⁴ Delação Premiada. Palestra de Gustavo Badaró. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r6HGJJO1cHE&t=283s>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

²¹⁵ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 145.

“As consequências do descumprimento, além do risco de incidir o acusado na prática de crime do art. 19 da Lei nº 12.850/2013, consistem ainda na rescisão do acordo, com a perda dos benefícios legais dele decorrentes. Se já houver sido proferida a sentença condenatória, há entendimento no sentido de que a pena a ser aplicada deve ser a fixada primeiramente na sentença, e não a estipulada no acordo.”²¹⁶

A respeito da oitiva do delator no processo, surge um problema de ordem prática, relacionada ao momento da oitiva do delator pois, duas situações podem ocorrer: a primeira, o delator é acusado no mesmo processo que as pessoas delatadas. Na segunda, o delator é ouvido em um processo no qual apenas os delatados figuram como acusados.

Nesta primeira hipótese revela-se o problema prático, pois, sendo o delator um dos acusados no processo, seria natural a sua oitiva ao final da instrução processual por meio de seu interrogatório. Todavia, isso impede que os delatados exerçam o contraditório e ampla defesa para questionar o delator logo no início da instrução processual, como se testemunha fosse. O problema decorrente de ouvir o delator apenas no interrogatório, é transformar a fase do art. 402 do Código de Processo Penal, em uma nova instrução processual, quando, na verdade, deveria servir como diligências complementares.

Se os delatados só puderem contraditar o delator no momento dos interrogatórios, ou seja, ao final da instrução processual, do conteúdo desta prova, pode surgir tantas novas circunstâncias que, possibilite à defesa dos delatados o pedido de novas e complementares diligências que se transformariam em uma nova instrução processual.

Gustavo Badaró, sugere que o juiz presidente da instrução processual separe a oitiva do delator em dois momentos, sendo que, no primeiro, o delator seria ouvido ao início do processo tal qual uma testemunha para que sua versão seja explorada e submetida ao contraditório e a ampla defesa dos delatados e, em um segundo momento, agora ao final da instrução, seja ouvido o réu novamente, desta

²¹⁶ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 147.

vez, na qualidade de interrogado. Com isso, entende que a instrução seria melhor aproveitada com as contraprovas defensivas evitando-se a reabertura ampla da instrução processual²¹⁷.

Já na segunda hipótese sugerida, se o delator não faz parte do processo, ele irá depor como testemunha, conforme previsto no art. 4º, §12 da Lei 12.850/13. Embora o delator seja acusado em outro processo, ele será ouvido como uma testemunha *sui generis* em relação aos delatados neste processo no qual o não figura como acusado. Com isso, preserva-se o direito do contraditório e da ampla defesa dos delatados.

4.3 Direito de ser assistido por advogado

Consequência lógica da ampla defesa, o direito de ser assistido por Advogado está previsto no art. 4º, §15 da Lei 12.850/13 que prevê: “Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deve estar assistido por Advogado.”

Inferre-se deste dispositivo legal que durante toda a negociação, independente do momento processual, o investigado/réu deve ser assistido por seu defensor. Este dispositivo implica, até mesmo, na colaboração premiada em sua fase incipiente, ou seja, na negociação informal. O Ministério Público não pode, ainda que informalmente, iniciar as negociações com o agente não assistido por Advogado.

O direito à ampla defesa, técnica e pessoal²¹⁸, reforçada pelo artigo supra referido, é irrenunciável. A imprescindibilidade do defensor ao lado do colaborador em todos os atos garante a lisura do procedimento, evitando-se eventual alegação futura de coação ou pressão, para a formalização do acordo.

²¹⁷ Delação Premiada. Palestra de Gustavo Badaró. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r6HGJJO1cHE&t=145s>>. Acesso em 19 de julho de 2017.

²¹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 147-174.

Todavia, como a lei prevê a imprescindibilidade do defensor do colaborador em todos os atos, a recusa do defensor quanto a opção feita pelo investigado/acusado de colaborar como estratégia de defesa poderia trazer algum embaraço para a continuidade da investigação. Neste ponto, esclarece Cibele Benevides Guedes da Fonseca que, ao colaborador restaria somente contratar outro advogado particular ou, aceitar a assistência da defensoria pública para fazer valer o seu direito de defesa pessoal²¹⁹.

Como a ampla defesa divide-se em autodefesa e defesa técnica, havendo o conflito entre ambas no tocante a colaboração premiada, neste ponto, concordamos com o posicionamento acima, não obstante, implicar ônus extra ao colaborador ter de procurar uma defesa técnica compatível com suas intenções.

Neste tópico ainda, interessante observar a situação do colaborador que seja advogado. Parece possível que o colaborador atue em causa própria, e neste caso, não haveria nenhuma restrição que pudesse invalidar a colaboração premiada pois, o requisito legal estaria sendo cumprido satisfatoriamente.

A exegese do dispositivo legal não pode pressupor que o colaborador, ainda que seja advogado, seja obrigado a contratar outro defensor ou utilizar-se dos serviços prestados pela defensoria pública. A norma deve ser interpretada no sentido de que a colaboração premiada para ser válida, deve ser feita na completude da ampla defesa, ou seja, devem estar alinhadas a defesa técnica e a autodefesa desde o início das negociações.

Neste sentido, a lição de Cibele Benevides Guedes da Fonseca:

“Por fim, cumpre ressaltar a ampla possibilidade de o réu colaborador advogar em causa própria, caso seja advogado, não havendo norma que o force a ser assistido por um outro advogado se ostentar, ele próprio, a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.”²²⁰

²¹⁹ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 147.

²²⁰ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 148.

4.4 Direito subjetivo do colaborador ao prêmio e à garantia do duplo grau de jurisdição

No tocante ao direito subjetivo aos prêmios previsto na Lei 12.850/13, essencial separar duas situações. A primeira, diz respeito ao réu que não firmou, por qualquer motivo que seja, acordo de colaboração premiada com o Ministério Público e, portanto, não homologado pelo Judiciário, mas, colabora efetivamente alcançando as finalidades previstas em lei. A segunda situação, é a do agente que assinou acordo de colaboração premiada com o Ministério Público. A questão acerca do direito subjetivo aos prêmios pela colaboração passa pela análise destas duas situações.

Pois bem. A primeira situação a ser enfrentada, portanto, é a do acusado que colabora efetivamente com a investigação e, em decorrência desta, os objetivos da Lei 12.850/13 são alcançados. Mas, por circunstâncias outras, o “colaborador informal” não firmou acordo de colaboração premiada com o Ministério Público.

Esta situação repousa na análise da discricionariedade ou não do Ministério Público propor o acordo de colaboração premiada.

Para Afrânio Silva Jardim, não se pode impedir o réu de confessar e delatar seus comparsas. Assim, também não se pode condicionar os prêmios de uma colaboração ao aval do Ministério Público pois, estaria sendo cerceada a ampla defesa e à proporcionalidade, na medida em que, se o prêmio serve para quem celebra o acordo com o Ministério Público, deve valer, da mesma forma, para quem não o faz, mas, colabora efetivamente. A ressalva ficaria a cargo da impossibilidade deste colaborador informal exigir os benefícios que ficaria facultado ao reconhecimento do juiz. Portanto, entende que seria possível a aplicação destes benefícios, de ofício pelo juiz.²²¹

Ressalvados posicionamento contrários no mesmo sentido de Marcos Paulo Dutra Santos²²² que sustentam a possibilidade de concessão dos benefícios de ofício pelo juiz ante a prescindibilidade da formalização do acordo, majoritariamente na doutrina, levantam-se vozes no sentido de que o acordo de colaboração premiada parte da premissa da disponibilidade do oferecimento da proposta que fica a cargo do Ministério Público, cabendo somente a ele, a análise de conveniência e oportunidade para propositura do acordo de colaboração e, portanto, inviável a concessão de prêmio ao colaborador informal, de ofício pelo juiz.

Neste sentido, Alexandre de Castro Coura e Américo Bedê Junior, entendem “não ser possível afirmar a existência de um direito subjetivo do acusado ao acordo e às suas consequências no processo penal brasileiro. A lógica do acordo parte da premissa da disponibilidade do oferecimento da proposta, que possui caráter eminentemente funcional, do ponto de vista da produção de provas lícitas e úteis ao autor da infração penal.”²²³

Igualmente entendem Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, que não se deve falar em concessão dos benefícios de colaboração premiada de ofício, pois o acordo é uma faculdade, uma discricionariedade ao alvedrio do Ministério Público, o que, por si só, afasta a possibilidade de reconhecer o direito subjetivo do acusado aos prêmios da Lei 12.850/13, pela colaboração prestada, sem a formalização do acordo. Para os referidos autores, o raciocínio aplicado deve ser análogo ao utilizado para a suspensão condicional do processo que, caso não ofertada pelo Ministério Público, o juiz não pode propô-la de ofício, devendo aplicar o art. 28 do código de processo penal. Desta forma, como o acordo de colaboração premiada e da suspensão condicional do processo, são institutos que trabalham com a disponibilidade da ação penal, a decisão acerca da sua propositura, ou não, cabe

²²¹ JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: *Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 35-38.

²²² SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 124.

²²³ COURA, Alexandre de Castro; JUNIOR, Américo Bedê. Atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada. In: *Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 65/66.

tão somente ao Ministério Público e jamais poderia ser aplicada de ofício pelo Judiciário.²²⁴

Sobre o assunto, Andrey Borges de Mendonça também entende que não se trata de direito subjetivo do agente, porém, fundamenta seu posicionamento no entendimento firmado no Manual da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA.²²⁵

“O legislador indica que devem ser analisadas as circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto para verificar se é ou não cabível a colaboração. Veja, portanto, que não se trata de direito subjetivo do investigado/imputado/condenado realizar o acordo e receber os benefícios. O membro do MP e o Delegado de Polícia devem verificar a adequação da colaboração àquele caso concreto, à luz da estratégia investigativa e da persecução penal, sem olvidar a própria repercussão social do fato criminoso e sua gravidade. Conforme consta do Manual do ENCCLA sobre colaboração premiada, ‘a autoridade policial e o Ministério Público não são obrigados a propor ou aceitar a oferta de colaboração quando julgarem, pela circunstância do caso, que ela não é necessária’”²²⁶

Seguindo o posicionamento contrário a concessão de ofício pelo magistrado, Cibele Benevides Guedes da Fonseca pontua que:

“Desse modo, o acusado não pode pleitear os benefícios da colaboração premiada ao juiz, e este não pode concedê-los *ex officio*, se não houver a anuência expressa do Ministério Público. Isso decorre da própria natureza negociada da colaboração: só ocorre quando há consenso entre acusação e defesa. Nenhuma das duas pode ser impelida a realizar o acordo, especialmente o Ministério Público, titular da ação penal e regido pelo princípio da obrigatoriedade. A colaboração deve ser excepcional, e fruto de um acordo entre as partes. Não pode ser imposta pelo réu ou pelo julgador”²²⁷

Portanto, quando o réu não realiza o acordo de colaboração premiada, porém, colabora efetivamente, não há direito subjetivo ao acordo e, nem aos

²²⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei nº 12.850/13). 3ª ed. Salvador: JusPodium, 2014. P. 62.

²²⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração Premiada e a nova lei do crime organizado. In: Custos Legis: a Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, Vol 4, 2013.

²²⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração Premiada e a nova lei do crime organizado. In: Custos Legis: a Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, Vol 4, 2013. P. 11.

prêmios pois, cabe ao Ministério Público a análise de conveniência e oportunidade para a propositura do acordo, enquanto que, é vedado ao juiz a concessão dos prêmios, de ofício. Todavia, deixamos em destaque, o posicionamento de Afrânio Silva Jardim referido no início do tópico, no sentido de que nesta circunstância, o acusado não possui direito subjetivo ao acordo, muito embora, fosse permitido ao juiz a concessão do prêmio, de ofício.

A segunda situação acerca do colaborador possuir direito subjetivo aos benefícios, deve ser vista sob o enfoque da existência do acordo. Se existe o acordo de colaboração premiada assinada entre o Ministério Público e o colaborador, a doutrina e a jurisprudência inclinam-se no sentido de ser direito subjetivo.

Caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, possui, o colaborador, direito subjetivo ao prêmio estabelecido no acordo, de sorte que, uma vez descumpridos os termos do acordo pelo Estado, poderá o colaborador recorrer judicialmente para fazer valer seus direitos.

Assim, a sentença, que deixa de reconhecer ou aplica em desconformidade os prêmios pactuados no acordo de colaboração premiada que, atingiu seus resultados, pode ser exigida judicialmente através de recurso.

Com efeito, este direito subjetivo ao prêmio do acordo de colaboração premiada que se tornou efetiva advém da segurança jurídica que, nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho está descrita da seguinte forma:

“a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e a previsibilidade dos indivíduos em relação ao efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos

²²⁷ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 169.

seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas”²²⁸

O Ministro Teori Zavascki complementa o tema referente ao direito subjetivo do colaborador ao prêmio:

“Portanto, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.”²²⁹

Corroborando este entendimento, Frederico Valdez Pereira:

“o acordo preliminar homologado judicialmente não importa a concessão antecipada do benefício, mas significa que, preenchidos os seus termos, cumprindo o agente com suas obrigações e ônus assumidos no acerto, passa a ter direito a tratamento favorável, o que deveria mesmo constar no termo, o qual é condicional, mas vinculado pelo seu conteúdo”²³⁰

Portanto, o colaborador quando atinge os objetivos delimitados no acordo passa a ter direito de exigir do Estado, em razão da segurança jurídica e do princípio da confiança, os benefícios que lhe foram prometidos quando da formalização do acordo.

Nestas sendas, se o colaborador tem o direito público subjetivo de exigir o cumprimento dos termos do acordo, seria um contrassenso limitar o seu direito ao recurso. Se o colaborador abre mão do seu direito ao recurso e, o acordo não é

²²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almeida, 1998. p.250.

²²⁹ STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC. 04/02/2016.

²³⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada: legitimidade e procedimento. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2014. P. 138.

cumprido na sua integralidade, estaria arranhada a garantia medular do duplo grau de jurisdição.

Em razão disso, no uso de suas competências legais, o Ministro Teori Zavascki, no momento de homologar os acordos de colaboração premiada da Operação Lava Jato, analisando, tão somente, a regularidade, legalidade e voluntariedade, deixou de homologar cláusula do acordo que previa a renúncia ao direito de recorrer.

O duplo grau de jurisdição é garantia fundamental, o que a torna irrenunciável.

Neste ponto, o Ministro Teori Zavascki²³¹ reconheceu em alguns acordos da Operação Lava Jato a ilegalidade da cláusula de acordo de colaboração premiada que previa a renúncia ao direito de recorrer. A decisão de não homologar esta cláusula foi confirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Com base neste posicionamento firmado pela Corte Suprema, no âmbito da operação Lava Jato, a cláusula que previa a renúncia ao direito de recorrer passou a prever a possibilidade de recurso quando o acordo não for cumprido pelo Estado-juiz.²³²

Finalizando este tema, Alexandre de Castro Coura e Américo Bedê Junior, sustentam que a legalidade pode ser relativizada, desde que em favor do colaborador, a ponto de se permitir que o juiz possa ampliar o benefício oferecido pelo Ministério Público, no caso da colaboração superar as expectativas e trazer um resultado muito maior e efetivo do que o esperado inicialmente.²³³

²³¹ STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC. 04/02/2016.

²³² FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 150.

²³³ COURA, Alexandre de Castro; JUNIOR, Américo Bedê. Atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 67/68.

“Em síntese, a adequação legal da proposta prevista no §8 do artigo 4 deve ser interpretada como a possibilidade do juiz ampliar, nunca reduzir, a proposta do benefício feito pelo MP.”²³⁴

4.5 Direito de não ser processado por ato de improbidade administrativa

A Lei 12.850/13 não faz nenhuma ressalva para impossibilitar que o colaborador possa ser processado no âmbito da improbidade administrativa, vide Lei 8.429/92.

A questão ganha relevo face ao art. 17, §1º da Lei 8.429/92 que veda a transação, acordo ou conciliação nas ações destinadas a apurar prática de ato de improbidade por qualquer agente público.

Com efeito, questiona-se a possibilidade de o acordo de colaboração premiada impedir que o colaborador seja processado por improbidade administrativa, face o dispositivo supramencionado.

Humberto Dalla Bernardina de Pinto e José Roberto Sotero de Mello Porto, sustentam a possibilidade de flexibilização do art. 17, §1º da Lei 8.429/92 tendo em vista que o art. 36, 4º da Lei de Mediação²³⁵ e arts. 16²³⁶ e 17²³⁷ da Lei Anticorrupção – Lei 12.846/13, apontam para este caminho²³⁸.

²³⁴ COURA, Alexandre de Castro; JUNIOR, Américo Bedê. Atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 68.

²³⁵ Art. 36, §4º: “Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.”

²³⁶ Art. 16: “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. § 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. § 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para

Pierpaollo Cruz Bottini, sustenta, não obstante a proibição constante na Lei de Improbidade Administrativa, no âmbito da operação Lava-Jato têm se entendido pelas partes, a possibilidade de extensão dos efeitos do acordo de colaboração premiada para efeitos da improbidade administrativa e ação civil pública, partindo da premissa de que estas possuem apenas efeito declaratório e, não, de reparação patrimonial, de forma que, o colaborador quando faz o acordo e efetua um pagamento, estar-se-ia antecipando eventual pena. Portanto, não seria um acordo para evitar a improbidade administrativa e ação civil pública, mas, seria uma antecipação da pena imposta e, a ação civil pública teria o efeito meramente declaratório²³⁹.

Sustenta Cibeles Benevides Guedes da Fonseca que ante a ausência de vedação expressa, o Estado poderia, a princípio, utilizar a confissão do colaborador para puni-lo na esfera da improbidade administrativa. Todavia, argumenta ser recomendável que a cláusula acerca da isenção seja negociada para que o Ministério Público deixe consignado expressamente que não processará o colaborador por improbidade administrativa.²⁴⁰

assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. § 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas. § 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. § 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada. § 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento. § 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei. § 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.”

²³⁷ Art. 17: “A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.”

²³⁸ PINHO, Humberto Della Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?. In: *Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. P. 125-127.

²³⁹ Aula ministrada em 10/12/2015 pelo Ministro Rogério Schietti (STJ) e teve como debatedor o Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini, no 1º Congresso “Ética, Corrupção e Gestão de Empresas”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D_NXju2b_0g>. Acesso em 19 jul. 2017.

²⁴⁰ FONSECA, Cibeles Benevides Guedes da. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 151.

Da mesma forma como foi sustentado no item anterior acerca do duplo grau de jurisdição, o Estado deve ser leal e cumprir o pactuado, sendo assim, ainda que o acordo de colaboração premiada seja omissivo no tocante a impossibilidade do Ministério Público vir a processar o colaborador na esfera da improbidade administrativa, esta impossibilidade seria corolário lógico do princípio da moralidade administrativa prevista no art. 37 da Constituição Federal, bem como dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Portanto, deve o Estado agir pautado pela moralidade e lealdade, respeitando as expectativas do colaborador.

Neste sentido, Nicolao Dino:

“O próprio êxito da colaboração premiada ou do acordo de leniência firmados no âmbito da persecução penal ou do processo administrativo, pode ficar comprometido se a autoincriminação numa instância, em troca de um benefício, puder implicar responsabilização integral em outra instância, na esfera da improbidade administrativa. Isso iria de encontro, inclusive, ao princípio da proteção da confiança legítima, corolário do princípio da segurança jurídica, o qual preconiza que o cidadão, ao confiar no comportamento do estado, não pode sofrer prejuízos em consequência direta do crédito a ele atribuído.”²⁴¹

No entanto, para não dar margem à discussão, nos acordos entabulados no âmbito da operação Lava Jato, há cláusula prevendo imunidade nas ações de improbidade administrativa ao colaborador. Tal cláusula tem sido homologada sem questionamentos no Poder Judiciário, tanto em primeiro grau de jurisdição quanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal²⁴².

Neste sentido, Gustavo Badaró sustenta que o nosso ordenamento jurídico deve caminhar para uma solução global dos fatos ligados à delação premiada, devendo esta ser a mais ampla possível para resolver todas as situações

²⁴¹ DINO, Nicolao. A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: Possibilidade e Repercussão Probatória. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade. Salvador: JusPodium, 2015. P.458.

²⁴² Informação disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017

correlatas sob pena de não se alcançar importantes acordos de colaboração por detalhes alheios à área criminal²⁴³.

4.6 Retratação da proposta e rescisão do acordo

A Lei 12.850/13 prevê em seu art. 4º, §10 que “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.”

A análise deste dispositivo legal passa pelo momento em que esse arrependimento ocorre. O dispositivo legal menciona a retratação da proposta. Portanto, pressupõe que o acordo ainda não tenha sido homologado, o que implica que o ato de retratação do agente colaborador somente pode ocorrer antes da homologação dos termos acordados.

Os efeitos da retratação são a impossibilidade de utilização das provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador contra ele e a impossibilidade de concessão dos benefícios, embora as provas produzidas continuem válidas com relação ao demais investigados.

Neste sentido o ensinamento de Cibele Benevides Guedes da Fonseca:

“A retratação da proposta em nada prejudica a presunção de inocência ou não-culpabilidade do acusado, já que a própria lei adverte que as provas auto incriminatórias por ele até então produzidas não poderão ser usadas contra ele pelo Ministério Público, embora sejam válidas em relação aos demais investigados.”²⁴⁴

De outro lado, caso a proposta tenha sido convertida em um acordo de colaboração premiada devidamente homologada, não há que se falar em retratação do colaborador, mas, em rescisão contratual.

²⁴³ Delação Premiada. Palestra de Gustavo Badaró. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r6HGJJO1cHE&t=283s>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

Na rescisão os efeitos são diversos da retratação, pois acarreta a perda dos benefícios bem como a possibilidade de utilização de todas as provas já produzidas em seu desfavor no caso de não haver sentença ou, o cumprimento da pena imposta em sentença penal condenatória, caso já exista.

Neste sentido, Cibele Benevides Guerra da Fonseca:

“Veja-se que rescisão não se confunde com retratação, tampouco seus efeitos. A rescisão ocasionada pelo colaborador acarreta a perda dos seus benefícios, bem como a possibilidade de utilização de todas as provas já produzidas em seu desfavor, se ainda não tiver sido prolatada a sentença; ou o cumprimento da pena imposta na sentença, se esta já foi proferida.”²⁴⁵

Portanto, dependendo do momento em que o colaborador retroage voluntariamente na sua intenção de colaborar (antes ou após a homologação do acordo) a consequência será diversa. Tratando-se de retratação e rescisão, resta, então, saber a diferença entre eles.

Na rescisão do acordo de colaboração premiada, o agente colaborador perderá todos os benefícios nele previstos e, todas as provas produzidas poderão ser utilizadas em seu desfavor. Enquanto que, no caso de retratação da proposta de colaboração premiada, seu prejuízo ocorrerá apenas com relação à perda dos prêmios do acordo, tendo em vista que este sequer chega a ser formalizado, todavia, no tocante às provas autoincriminatórias produzidas, o Estado não poderá utilizá-las em seu desfavor.

Neste sentido, Cibele Benevides Guedes da Fonseca:

“Diferentemente dos casos de retratação, em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, nos casos de rescisão imputável ao colaborador, ele perderá todos os benefícios concedidos, permanecendo hígidas e válidas todas as provas

²⁴⁴ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 154.

²⁴⁵ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 155.

produzidas, inclusive depoimentos que houver prestado e documentos que houver apresentado.”²⁴⁶

De se obtemperar, também, a possibilidade de rescisão por parte do Ministério Público. Como não há previsão legal, tal possibilidade deve ser pactuada com o agente colaborador.

No âmbito da Operação Lava Jato há cláusula prevendo as hipóteses de rescisão por culpa do Ministério Público e suas consequências, prevendo que o colaborador poderá, a seu critério, fazer cessar a cooperação, assegurada a manutenção dos benefícios já concedidos e as provas produzidas.²⁴⁷

Com relação a retratação por parte do Ministério Público, interessante o posicionamento de Walter Nunes da Silva Júnior que sustenta, embora a lei não preveja, necessária a fundamentação da retratação no caso de agentes públicos para que o Poder Judiciário possa examinar a sua finalidade.²⁴⁸

Outra reflexão no tocante à retratação das partes e suas consequências é feita por José Maurício Cabral Mattos Filho e Marcelo Fernandez Urani que sustentam, no caso de retratação de qualquer das partes, as provas não poderão ser utilizadas, nem com relação ao colaborador, nem com relação aos demais investigados, em nenhuma hipótese. Isso em razão da violação do direito de não produzir provas contra si. No primeiro caso (utilizada contra o próprio colaborador), a violação seria direta ao direito de não produzir provas contra si. Na segunda hipótese (utilizar as informações obtidas contra os demais investigados/acusados) seria ilícita pois, decorrente da própria ilegitimidade inicial do ato.²⁴⁹

“Tal entendimento encontra consonância com o art. 5º, LVI da Constituição e da nova redação introduzida pela reforma de 2008 no

²⁴⁶ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 157.

²⁴⁷ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 158.

²⁴⁸ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal. 2 ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015. P. 542.

²⁴⁹ FILHO, José Maurício Cabral Mattos; URANI, Marcelo Fernandez. Aspectos críticos da colaboração premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 334-337.

art. 157, do Código de Processo Penal brasileiro, que aduz que ‘são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais, ou legais’. Ou seja, se é uma imposição constitucional tais provas serem obrigatoriamente desentranhadas dos autos da persecução penal, jamais poderão ser objeto idôneo para lastrear uma acusação, sequer uma condenação”²⁵⁰

Analisados os aspectos relacionados à retratação do acordo de colaboração premiada, passamos à verificação do sigilo que permeia a colaboração premiada.

4.7 Direito ao sigilo do teor da colaboração

Como visto ao longo deste trabalho, a colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13 pode ter cinco objetivos: I – identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (art. 4 da Lei 12.850/13).

O sigilo é um dos elementos necessários para garantir a efetividade das investigações decorrentes das informações obtidas através da colaboração premiada, visando alcançar os objetivos traçados pela Lei 12.850/13.

Para assegurar o sigilo da colaboração a Lei 12.850/13 previu no art. 7º e seus parágrafos as cautelas a serem adotadas durante o procedimento de colaboração premiada.

De acordo com o art. 7º, *caput* da Lei 12.850/13, “o pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto”.

²⁵⁰ FILHO, José Maurício Cabral Mattos; URANI, Marcelo Fernandez. Aspectos críticos da colaboração premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de

Portanto, após a fase de negociação e formalização do acordo, deve o instrumento de colaboração premiada ser apresentado para homologação judicial. Este procedimento, portanto, de acordo com o dispositivo legal referido é sigiloso, haja vista que o acordo será distribuído apenas com as informações necessárias, deixando-se de identificar o colaborador e o objeto para não atrapalhar nas investigações.

Neste sentido, o Ministro Roberto Barroso, em decisão monocrática, se manifestou nos autos de Mandado de Segurança nº 33278-DF mantendo-se o sigilo de acordos de colaboração premiada às comissões parlamentares de inquérito – CPI's. Assim, manteve-se o sigilo, restringindo o acesso apenas ao juiz, ao membro do ministério público, ao delegado de polícia e aos defensores que atuam nos autos, excluindo-se outras autoridades.

“Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JURISDICIONAL. COLABORAÇÃO PREMIADA. SIGILO. OPONIBILIDADE A CPMI. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. 1. Não cabe mandado de segurança, contra ato jurisdicional, a não ser que se trate de decisão teratológica, o que não é o caso. 2. É plausível a tese segundo a qual, antes do recebimento da denúncia, o acesso aos depoimentos colhidos em regime de colaboração premiada é restrito ao juiz, ao membro do Ministério Público, ao delegado de polícia e aos defensores que atuam nos autos, excluindo-se outras autoridades, ainda que com hierarquia e poderes semelhantes (art. 7º da Lei 12.850/13) 3. *Writ* a que se nega seguimento.”²⁵¹

Somente após distribuído ao juiz competente o pedido de homologação é que as informações pormenorizadas do acordo de colaboração premiada serão enviadas para que o juiz possa decidir acerca da homologação no prazo de quarenta e oito horas (art. 7º, §1º da Lei 12.850/13).

Os autos do acordo de colaboração premiada serão restritos ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo

Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 336-337.

²⁵¹ STF, Primeira Turma, MS 33.278/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO. Decisão monocrática. Julgamento: 18/11/2014. Publicação: Dje-228 DIVULG. 19/11/2014 PUBLIC. 20/11/2014.

acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento (art. 7º, §2º da Lei 12.850/13).

O sigilo que acoberta o acordo de colaboração premiada será levantado quando do recebimento da denúncia, observando-se os direitos do colaborador previstos no art. 5 e seus incisos, da Lei 12.850/13 (art. 7º, §3º da Lei 12.850/13).

Márcio Anselmo²⁵² afirma que neste momento apenas o acordo de colaboração premiada devidamente homologado e eventuais declarações que sustentem a denúncia é que deixa de ser sigiloso e não todo o procedimento.

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que o sigilo pode ser mitigado em face de determinadas circunstâncias, conforme decidido na Petição 5.952-DF, pelo Ministro Teori Zavascki, em 16 de março de 2016:

“4. Por fim, nada impede o levantamento do sigilo, tal como evocado pelo aditamento de fls. 243-250. É que a Constituição proíbe restringir a publicidade dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX), e estabelece, com as mesmas ressalvas, que a publicidade dos julgamentos do Poder Judiciário é pressuposto inafastável de sua validade (art. 93, IX). Não há, aqui, interesse social a justificar a reserva de publicidade. É certo que a Lei 12.850/2013, quando trata da colaboração premiada em investigações criminais, impõe regime de sigilo ao acordo e aos procedimentos correspondentes (art. 7º), sigilo que, em princípio, perdura até a decisão de recebimento da denúncia, se for o caso (art. 7º, § 3º). Essa restrição, todavia, tem como finalidades precípua (a) proteger a pessoa do colaborador e de seus próximos (art. 5º, II) e (b) garantir o êxito das investigações (art. 7º, § 2º). No caso, o colaborador já teve sua identidade exposta publicamente e o desinteresse manifestado pelo órgão acusador revela não mais subsistir razões a impor o regime restritivo de publicidade.”

Desta forma, não havendo risco para o êxito das investigações e para o colaborador, tendo o ministério público se manifestado pelo levantamento do sigilo, não há razão, segundo o julgamento supra referido, na manutenção do mesmo.

²⁵² ANSELMO, Márcio Adriano. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-26/academia-policial-sigilo-colaboracao-premiada-visao-supremo>>. Acessado em: 29 jun. 2017.

Este posicionamento foi reiterado quando o Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Luiz Edson Fachin que levantou o sigilo dos processos relacionados às investigações ligadas à construtora Odebrecht na operação Lava Jato. Foram abertos diversos inquéritos em face de autoridades com prerrogativa de foro no caso que ficou conhecido popularmente como “a lista de Janot”. Garantido o êxito das investigações, os sigilos dos acordos de colaboração premiada foram levantados²⁵³.

Ainda no tocante ao sigilo, necessário abordar a distinção feita pelo Supremo Tribunal Federal, exposta na decisão monocrática do Ministro Teori Zavascki, de 11 de dezembro de 2015, na Pet. 5.790-DF que diferencia o sigilo endoprocessual do extraprocessual.

Para o Supremo Tribunal Federal²⁵⁴, portanto, caracteriza-se o sigilo endoprocessual:

“[...] A primeira parte do art. 7º, § 3º, da Lei 12.850 trata do sigilo endoprocessual, ou seja, para as demais partes do processo, em especial para os atingidos pela colaboração. Por isso, dispõe que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia (este, o limite máximo para a manutenção do sigilo do acordo). O foco, no caso, é o direito daqueles que foram atingidos pelo conteúdo do acordo, buscando maximizar (embora diferido) o contraditório e a ampla defesa. Em tal caso, o termo final do sigilo é o recebimento da denúncia. A partir desse instante, o acordo e seus desdobramentos tornam-se, necessariamente, públicos para os réus incriminados ou referidos pela colaboração (ao menos em relação àqueles termos pertinentes, que foram substrato para o oferecimento da denúncia). Mas é importante destacar que, conforme dito, trata-se de um termo final máximo.”

Já o sigilo extraprocessual²⁵⁵:

²⁵³ Informação disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-11/fachin-levanta-sigilo-inqueritos-relacionados-delacao-odebrecht>>. Acessado em: 29 jun. 2017.

²⁵⁴ STF, Segunda Turma, Pet. 5.790/DF, Rel. Teori Zavascki. Decisão monocrática. Julgamento: 11/12/2015. Publicação: Dje – 255 DIVULG. 17/12/2015 PUBLIC 18/12/2015.

²⁵⁵ STF, Segunda Turma, Pet. 5.790/DF, Rel. Teori Zavascki. Decisão monocrática. Julgamento: 11/12/2015. Publicação: Dje – 255 DIVULG. 17/12/2015 PUBLIC 18/12/2015.

“Por sua vez, outra coisa diz respeito ao sigilo extraprocessual (publicidade externa) – ou seja, a possibilidade de os cidadãos acompanharem ou não o processo. Também aqui incide princípio da publicidade, que se plasma, nas palavras de Ferrajoli, numa garantia das garantias ou garantia de segundo grau, ou seja, pois representam instrumentos pelos quais se assegura o controle sobre a efetividade das demais garantias. Em nosso ordenamento constitucional, a exceção à publicidade dos atos processuais somente deve ser admitida pela lei quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, conforme dispõe o art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal.

No caso, a Lei 12.850/2013 dispõe, no art. 5º – expressamente referido no art. 7º, § 3º – que o colaborador tem o direito a ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados, assim como não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito. Estes seriam os motivos que poderiam justificar a manutenção do sigilo extraprocessual, focados na preservação da intimidade e imagem do colaborador”

Com efeito, sintetizando a posição do Supremo Tribunal Federal, a regra do sigilo da colaboração premiada perdura até o recebimento da denúncia, podendo ser afastado se não houver riscos para a proteção da pessoa do colaborador e pessoas próximas a ele e para a garantia do êxito das investigações (arts. art. 5º, inciso II e 7º, §2º da Lei 12.850/13).

O Supremo Tribunal Federal²⁵⁶ também decidiu que, uma vez que os colaboradores que respondem a outras ações penais com denúncia recebida e já tiveram sua identidade exposta publicamente e o ministério público se manifesta pelo levantamento do sigilo o mesmo deve sucumbir face ao princípio da publicidade dos atos processuais.

Com relação ao delatado, o contraditório acerca do conteúdo das colaborações premiadas que o envolvam, será diferido para o período da instrução processual.

De se obtemperar que o sigilo no tocante ao delatado não fere o devido processo legal, tendo em vista que lhe é assegurado o acesso aos autos, com tudo

²⁵⁶ Como por exemplo, as decisões nas Pet. 5263-DF, Agravo regimental na petição, decidido em 16/03/2015 e Petições 5208-DF, 5209-DF, 5244-DF e 5245-DF, decididas em 06/03/2015, todas do Min. Teori Zavascki.

o que foi formalmente documentado. Este é o posicionamento exposto pelo ministro Celso de Mello, adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas corpus 127.483/PR:

“De outro lado, Senhor Presidente, é preciso também lembrar que a imposição legal de sigilo ao procedimento penal em que celebrado acordo de delação premiada não tolhe o direito do investigado (e de seu Advogado) de acesso aos elementos de informação constantes dos autos, e nestes já formalmente documentados, em face do princípio da comunhão da prova.”²⁵⁷

Esta situação é abrangida pelo entendimento fixado na Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal que garante ao Advogado a prerrogativa profissional de acesso aos autos.

Este acesso aos autos correspondente a todos os elementos de prova formalmente incorporados é de extrema relevância para o delatado que poderá exercer a ampla defesa no momento da audiência de instrução (em razão do contraditório diferido pelas peculiaridades da investigação decorrente da colaboração premiada), ciente de todos elementos constantes dos autos.

Percebe-se assim, que o sigilo é fundamental para o sucesso da colaboração premiada e seus desdobramentos. Tendo em vista o benefício que o êxito dos efeitos da colaboração premiada pode trazer à toda sociedade, é razoável a mitigação alinhavada pelo Supremo Tribunal Federal. De sorte que, a publicidade prevalece após recebimento da denúncia ou, quando não houver riscos para o êxito das investigações e para o próprio colaborador e aqueles próximos a ele.

4.8 Direito de proteção ao colaborador

O art. 5º da Lei 12.850/13 dispõe sobre os direitos do réu colaborador que em sua essência visa protegê-lo em casos de coação ou ameaça em decorrência das informações prestadas em troca dos benefícios da colaboração premiada. Tal

²⁵⁷ STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje – 021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

proteção estende-se às pessoas próximas, nos termos do art. 2º, §1º da Lei 9.807/99.

O inciso I do art. 5º da Lei 12.850/13 trata do direito do réu colaborador de usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica, que corresponde à Lei 9.807/99 que, por sua vez, conforme disposto no preâmbulo, “estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.”

Destaca-se a previsão do art. 2º, §3º da Lei 9.807/99 que, a proteção do réu colaborador somente é viável com a sua anuência, ou de seu representante legal.

A Lei 9.807/99 exclui de maneira expressa, através de seu art. 2º, §3º, a proteção aqueles que estejam presos, seja por cumprimento de pena, quer seja em decorrência de prisão cautelar, mas, ressalva que os órgãos de segurança pública podem, eventualmente, adotar medidas de preservação da integridade física destes indivíduos privados de sua liberdade.

Todavia, tratando-se de réu colaborador, preso ou em liberdade, garante-se a sua proteção através dos mecanismos previstos na Lei 9.807/99, por força do disposto no art. 15 do referido diploma legal. Dentre as medidas possíveis estão a custódia em dependência separada dos demais presos (art. 15, §1º), a concessão de medidas cautelares direta ou indiretamente relacionadas com a eficácia da proteção, durante a instrução processual (art. 15, §2º combinado com art. 8º) e, em caso de cumprimento de pena em regime fechado, a adoção de medidas que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados (art. 15, §3º).

A forma de proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores materializa-se nas hipóteses, que podem ser cumuladas ou não, previstas no art. 7º da Lei 9.807/99 que prevê, em rol não taxativo, a possibilidade de conceder segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; preservação da identidade, imagem e dados pessoais; ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; apoio e assistência social, médica e psicológica; sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; apoio do órgão executor do programa para cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento mensal.

Caso as medidas acima não sejam suficientes prevê o art. 8º da Lei 9.807/99 que, sendo necessário poderá o conselho deliberativo solicitar ao Ministério Público que requeira ao juiz a concessão de medidas cautelares direta ou indiretamente relacionadas com a eficácia da proteção.

Estas medidas suplementares podem envolver, até mesmo, a alteração de nome completo para o réu colaborador, ao cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente (inclusive filhos menores) e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, resguardando-se ao protegido o direito de solicitar ao juiz competente o retorno à situação anterior, retomando o nome original, quando cessada a coação ou ameaça nos termos do art. 9º, §1º e 10º da Lei 9.807/99.

Os incisos II e V do art. 5º da Lei 12.850/13 tratam da proteção do réu colaborador, relacionadas a preservação de sua identidade e imagem.

Para garantir a eficácia do dispositivo legal, a nova lei de organização criminosa tipificou em seu art. 18, a conduta de “revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito”, aplicando-se pena de reclusão de um a três anos, e multa.

4.9 Preservação de sua identidade nos autos

Em continuação a análise da proteção ao réu colaborador, prevê o art. 7º, inciso IV da Lei 9.807/99, a possibilidade de preservação da identidade, imagem e dados pessoais da pessoa ameaçada.

Esta figura é doutrinariamente conhecida como “testemunha sem rosto”. Nada obstante a premente necessidade de proteger o colaborador, vítima/testemunha ameaçada ou coagida, necessário refletir sobre o direito do delatado de conhecer e identificar o colaborador para que possa exercer o seu lícito direito ao contraditório e à ampla defesa.

A questão permanece em aberto no Supremo Tribunal Federal. Todavia, existem dois julgados de extrema importância para este tema.

O primeiro, proferido pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, em 2008, que, de maneira unânime, decidiu como legítima a conduta do magistrado de negar ao réu, porém, não aos seus advogados, o acesso à identidade de uma das testemunhas, nos casos envolvendo criminalidade violenta:

“EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. SIGILO NA QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA. PROGRAMA DE PROTEÇÃO À TESTEMUNHA. ACESSO RESTRITO À INFORMAÇÃO. CRIMINALIDADE VIOLENTA. ALEGAÇÕES NÃO APRESENTADAS NO STJ. ORDEM DENEGADA NA PARTE CONHECIDA. 1. A tese de nulidade do ato do interrogatório do paciente devido ao sigilo das informações acerca da qualificação de uma das testemunhas arroladas na denúncia não deve ser acolhida. 2. No caso concreto, há indicações claras de que houve a preservação do sigilo quanto à identidade de uma das testemunhas devido ao temor de represálias, sendo que sua qualificação foi anotada fora dos autos com acesso restrito aos juízes de direito, promotores de justiça e advogados constituídos e

nomeados. Fatos imputados ao paciente foram de formação de quadrilha armada, da prática de dois latrocínios e de porte ilegal de armas. 3. Legitimidade da providência adotada pelo magistrado com base nas medidas de proteção à testemunha (Lei nº 9.807/99). Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas e das testemunhas e de co-autores ou partícipes que se oferecerem para fazer a delação premiada. 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado”. (HC nº 90.321-5 – São Paulo, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Decisão de 02/09/2008).

De outro lado, e mais recente, temos o posicionamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Habeas corpus nº 127.483 – PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, no qual o Ministro Celso de Mello, analisando o sigilo e a colaboração premiada, ponderou o seguinte:

“O fato irrecusável, no exame da questão do acesso a procedimentos estatais em regime de sigilo – especialmente naqueles casos em que o Estado se vale do instituto da colaboração premiada -, é um só: o delatado – como assinala a doutrina (FREDERICO VALDEZ PEREIRA, “Delação Premiada – legitimidade e procedimento”, p. 124/125, item n. 4.2.3.1, 2013, Juruá) -, tem, constitucionalmente, o direito de confrontar, em sede processual, o colaborador ou delator em razão da prerrogativa do contraditório, assegurada, em juízo, a quem sofre imputação penal deduzida pelo Estado.”

Neste julgamento, embora o foco tenha recaído no sigilo do procedimento, anteriormente ao recebimento da denúncia, o Ministro Celso de Melo, ressaltou a questão referente ao sigilo decorrente da proteção ao colaborador e, de outro lado, o direito constitucional do delatado de confrontá-lo, exercendo o contraditório e a ampla defesa.

Desta forma, a questão permanece em aberto no Supremo Tribunal Federal, todavia, levando-se em consideração o julgamento do Habeas corpus 127.483 – PR, julgado em 2015, conclui-se no presente trabalho, considerando a indefinição jurisprudencial acerca do tema, no sentido de que o delatado possui o direito de ter pleno acesso ao processo, bem como, a identidade do colaborador para que possa exercer o seu direito de defesa e ao contraditório, sem restrições.

Neste sentido, Cibeles Benevides Guedes da Fonseca:

“(...) de modo que é certo dizer que o Supremo Tribunal Federal garante o pleno acesso, sem qualquer restrição, a toda e qualquer informação constante do processo, inclusive o conhecimento, por parte do delatado, da identidade do acusado cooperante.”²⁵⁸

4.10 Direito a realização de novo acordo mesmo após descumprimento de acordo de colaboração premiada anterior

Surgiu o questionamento acerca da personalidade negativa do colaborador poder ser utilizada como forma de impedir a formalização de acordo de colaboração premiada.

A situação prática analisada pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu em razão de Alberto Youssef ter descumprido acordo de colaboração premiada homologado anteriormente a formalização do novo pacto.

Desta forma, o ponto nevrálgico da discussão é se o agente pode realizar novo acordo de colaboração premiada face ao descumprimento de outro anteriormente homologado, considerando-se a personalidade corrompida e o disposto no art. 4º, §1º da Lei 12.850/13.

Por ocasião do julgamento do Habeas corpus nº 127.483 – PR, o Plenário do Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que não há previsão legal expressa no sentido de proibir este novo acordo de colaboração premiada e que a personalidade do colaborador deve ser levada em conta pelo Ministério Público ao oferecer os benefícios na fase de tratativas.

Neste sentido, Cibeles Benevides Guedes da Fonseca:

“nada impede que o réu colaborador que descumpriu um acordo anterior possa firmar nova avença, desde que as informações novas

²⁵⁸ FONSECA, Cibeles Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 167.

sejam relevantes e as condições para o acordo sejam, nesse segundo momento, mais duras.”²⁵⁹

Acompanhando esta linha de raciocínio, Vladimir Aras:

“Um colaborador que tenha firmado e descumprido um acordo de delação premiada pode ser novamente beneficiado pelo mesmo instituto, num segundo acordo? A resposta é sim. E é semelhante à que se daria a quem perguntasse se uma testemunha mendaz - que tenha prestado falso testemunho num processo – poderia ser chamada a depor em juízo noutro caso sobre outros fatos. A resposta também seria sim. Não há esse tipo de interdição na legislação processual. Obviamente, uma testemunha mentirosa perde a credibilidade. E quem tenha descumprido um primeiro acordo de colaboração deve suportar as consequências da inadimplência, previstas no primeiro termo, e tem de submeter-se a condições mais rigorosas numa eventual nova avença.”²⁶⁰

Desta forma, entende-se como possível a realização de novo acordo de colaboração premiada para quem, já tenha descumprido acordo anterior.

²⁵⁹ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 177.

CAPÍTULO 5 - DIREITOS E GARANTIAS DO DELATADO

5.1 Contraditório e ampla defesa

O delatado é a pessoa mencionada na colaboração premiada feita por outrem e a ele são garantidos todos os direitos fundamentais, em especial o da ampla defesa e contraditório, corolários do devido processo legal.

Todavia, necessário se faz tentar harmonizar a efetividade da colaboração premiada e os direitos e garantias individuais do delatado. Para tanto, urge reconhecer que o delatado poderá contraditar o conteúdo das delações em momento posterior, tratando-se, portanto, de contraditório diferido.

A Lei 12.850/13 prevê no art. 7º e seus parágrafos que o sigilo do acordo de colaboração premiada perdurará até o recebimento da denúncia, observando-se os direitos do colaborador previstos no art. 5º da Lei 12.850/13.

De se obtemperar, no entanto, que conforme sustentado no item 4.7 onde discorreremos sobre o direito ao sigilo do colaborador, que o Supremo Tribunal Federal nos autos da Petição 5.952-DF, tem mitigado o sigilo em torno dos acordos de colaboração quando não há risco para as investigações e para o colaborador, contando com a manifestação do ministério público pelo levantamento do sigilo.

Com efeito, enquanto o sigilo for necessário para a efetividade das investigações, o delatado não terá, momentaneamente, acesso ao seu conteúdo que ficará restrito ao juiz, ministério público e ao delegado, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento (art. 7º, §2º da Lei 12.850/13).

Portanto, a regra é que o delatado somente terá acesso ao que já estiver documentado, com autorização da autoridade competente, ressalvadas às diligências em andamento. O acesso ao conteúdo do acordo de colaboração somente ocorrerá após o recebimento da denúncia quando o sigilo, por lei, será levantado ou, excepcionalmente, antes do recebimento da denúncia quando não for mais necessário para as investigações.

Levantado o sigilo antes ou após o recebimento da denúncia, terá o delatado assegurado todos os seus direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

Da mesma forma que, se durante as investigações for determinado o depoimento do delatado, ser-lhe-á garantido o acesso aos autos para que não haja violação da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Assim, garante o art. 23, parágrafo único da Lei 12.850/13, o acesso aos autos, no mínimo, nos três dias anteriores à oitiva do delatado.

“Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.”

Este dispositivo legal está em consonância com a súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal que prevê ser “direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Todavia, este acesso não é ilimitado, posto que, as investigações encontram-se em andamento. Desta forma, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o acesso aos autos pelo delatado intimado a prestar declarações deve ser limitado aos elementos que lhe digam respeito e já estiverem documentados nos autos, mantendo-se o sigilo e, portanto, negado o acesso, para as diligências pendentes e referentes a terceiras pessoas.

“O alcance da ordem concedida refere-se ao direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrangendo, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias pendentes, em especial as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos.”²⁶¹

As Cortes Superiores já se manifestaram pela legalidade do contraditório diferido, não havendo, portanto, ofensa do devido processo legal e seus consectários lógicos.

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça nos autos da Ação Penal nº 707/DF, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão que: “tendo sido formulado acordo de delação premiada no curso do inquérito policial, em razão do sigilo necessário, não há falar em violação ao princípio do contraditório”²⁶²

No mesmo sentido manifestou-se o Supremo Tribunal Federal através do julgamento do Habeas corpus 127.483 – PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

“De outro lado, Senhor Presidente, é preciso também lembrar que a imposição legal de sigilo ao procedimento penal em que celebrado acordo de delação premiada não tolhe o direito do investigado (e de seu Advogado) de acesso aos elementos de informação constantes dos autos, e nestes já formalmente documentados, em face do princípio da comunhão da prova.”²⁶³

Outro ponto que merece destaque e que já foi abordado neste trabalho no tópico acerca dos direitos do colaborador, especificamente, no subitem acerca da proteção de sua identidade nos autos, é o direito do delatado de acesso à identificação do delator pois, estão em conflito o direito de proteção do colaborador tratado no art. 7º da Lei 12.850/13 e o direito ao contraditório e ampla defesa do delatado.

²⁶¹ STF, Primeira Turma. HC nº 94.387/RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 18/11/2008. Publicação: Dje-227 DIVULG. 27/11/2008 PUBLIC. 28/11/2008.

²⁶² STJ, Corte Especial, AP n. 707/DF, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. Publicação: 07 mai. 2014.

Como a questão permanece em aberto no Supremo Tribunal Federal, e considerando o julgamento do Habeas corpus 127.483 – PR, julgado em 2015, concluímos, diante desta indefinição jurisprudencial, no sentido de que o delatado possui o direito de ter pleno acesso ao processo, bem como a identidade do colaborador.²⁶⁴

Outra questão de relevo dentro do direito ao contraditório e a ampla defesa relacionados ao delatado reporta-se à possibilidade de impugnar ou não o acordo de colaboração premiada realizado por outrem com o Ministério Público. Ou seja, sendo terceira pessoa, alheia ao acordo, poderia ou não impugnar aquele feito pelo delator.

O direito de acesso aos elementos da investigação disponíveis, não garante o direito do delatado impugnar o acordo firmado entre o colaborador e o Ministério Público. O delatado pode sim, ter acesso a todos os elementos de prova produzidos nos autos do caderno investigativo para possibilitar o exercício da ampla defesa e do contraditório, mas, não lhe permite impugnar o acordo firmado entre o delatado e o órgão acusatório em razão da falta de legitimidade.

O acordo firmado entre o delator e o ministério público é tido como negócio jurídico processual personalíssimo que gera efeitos apenas entre as partes que o celebram, de modo que, terceiros não podem impugná-lo. De certo que as informações prestadas pelo delator atingem o delatado, contudo, sendo a delação um meio para obtenção de provas, cabe ao delatado impugnar as provas, as afirmações feitas pelo delator e as medidas restritivas de direitos adotadas em seu desfavor, porém, não pode questionar a validade do acordo de colaboração premiada realizado.

²⁶³ STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC. 04/02/2016.

²⁶⁴ O conflito entre o direito do colaborador à proteção de sua identidade e o direito do delatado ao contraditório e à ampla defesa foi desenvolvido no item 4.9 - preservação da identidade nos autos, ao qual remetemos o leitor.

Neste sentido decidiu a 5ª Turma do Superior tribunal de Justiça, nos autos de Recurso ordinário em Habeas corpus nº 69.988/RJ, de Relatoria do Ministro Reynaldo da Fonseca:

“A delação premiada é uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador), não possuindo o condão de, por si só, interferir na esfera jurídica de terceiros, ainda que citados quando das declarações prestadas, faltando, pois, interesse dos delatados no questionamento quanto à validade do acordo de colaboração premiada celebrado por outrem”²⁶⁵

No mesmo sentido julgou o Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Dias Toffoli:

“Em suma, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados terão legitimidade para confrontar, em juízo, as afirmações sobre fatos relevantes feitas pelo colaborador e as provas por ele indicadas, bem como para impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor com base naquelas declarações e provas, inclusive sustentando sua inidoneidade para servir de plataforma indiciária para a decretação daquelas medidas – mas não, repita-se, para impugnar os termos do acordo de colaboração feito por terceiro.”²⁶⁶

5.2 O valor probatório do acordo de colaboração premiada

A Lei 12.850/13 não permite a condenação do delatado com base apenas nas informações prestadas pelo colaborador. Este é o ponto medular da nova lei de organização criminosa que reflete no principal direito do delatado pois, caso as informações prestadas pelo colaborador não sejam ratificadas por outras provas, o delatado deve ser absolvido.

Sob este prisma, o colaborador deve ser visto como informante, não possuindo força de prova as suas declarações.

²⁶⁵ STJ. Recurso ordinário em Habeas corpus nº 69.988/RJ (2016/0105405-0). 5ª Turma. Relator Ministro Soares da Fonseca. Data do Julgamento: 25/10/2016. Data da Publicação 07/11/2016.

²⁶⁶ STF. Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

Este entendimento deriva do contido no art. 4, §16 da Lei 12.850/13 que dispõe: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Ou seja, em nosso ordenamento jurídico, a colaboração premiada é tida como meio de obtenção de prova²⁶⁷ e, por força de dispositivo legal neste sentido, é necessária a chamada “prova de corroboração” para que o delatado possa vir a ser condenado. Esta interpretação foi reforçada na jurisprudência e na doutrina, vejamos:

O Ministro Dias Toffoli, em seu voto proferido no julgamento do habeas corpus 127.483/PR, pelo Supremo Tribunal Federal, assentou que:

“o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.”²⁶⁸

No mesmo sentido e, também no mesmo julgamento supra mencionado, votou o Ministro Celso de Mello, assegurando “que nenhuma condenação penal poderá ter por único fundamento as declarações incriminadoras do agente colaborador.”²⁶⁹

Na doutrina, destacamos o entendimento de Cibele Benevides Guedes da Fonseca, no qual:

“o colaborador deverá indicar provas independentes para confirmar suas alegações, que sozinhas não tem suporte para condenar o delatado. É necessário que o réu cooperante aponte, por exemplo,

²⁶⁷ STF, Primeira Turma, HC 75.226/MS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 12/08/1997. Publicação: Dj-28/97 PUBLIC 19/09/1997.

²⁶⁸ STF. Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

²⁶⁹ STF. Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

endereços, contas, pessoas, bem como apresente documentos, e-mails e mensagens telefônicas que possam respaldar o que diz.”²⁷⁰

Como o depoimento do colaborador não possui valor de prova, não se presta a servir para corroborá-la, o depoimento de outro réu colaborador. Esta situação é tratada na doutrina como corroboração recíproca ou cruzada. Nesta hipótese, as informações prestadas pelo colaborador seriam reafirmadas pelo depoimento de outros colaboradores. Esta corroboração recíproca foi refutada pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento do Habeas corpus 127.483-PR, como se percebe através de trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

“o Estado não poderá utilizar-se da denominada ‘corroboração recíproca ou cruzada’, ou seja, não poderá impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, por sua vez, por outros delatores...”²⁷¹

Gustavo Badaró afirma ser “insuficiente para o fim de corroboração exigido pelo §16 do art. 4º da Lei 12.850/13 que o elemento de confirmação de uma delação premiada seja outra delação premiada, de um diverso delator, ainda que ambas tenham conteúdo concordante.”²⁷²

Correto o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina nacional que refutam esta possibilidade pois, desta forma, anula-se a possibilidade de criminosos-delatores mancomunados direcionem suas delações para incriminar alguém inocente. Esta situação não é hipotética e ocorreu, de fato, na Itália. O caso Enzo Tortora²⁷³, ficou conhecido como um dos maiores erros judiciais daquele país, por ter condenado um inocente apenas com base na palavra de delatores que, em conluio, direcionaram suas delações com finalidades políticas contra um inocente.

²⁷⁰ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 189.

²⁷¹ STF. Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação: Dje-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

²⁷² BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei 12.850/13. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850131111.html>>. Acessado em: 11 jul. 2017.

²⁷³ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Mouro. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 24, n. 281, abril, 2016. P. 9-11

Portanto, correta a inadmissibilidade de um delator servir como prova de corroboração para outro delator.

Além disso, tipificou a Lei 12.850/13, em seu art. 19, a conduta de quem imputar falsamente a prática de infração penal a pessoa que sabe inocente, sob pretexto de colaborar com a justiça. Desta forma, a inadmissibilidade da prova de corroboração ser feita por outra delação somado à tipificação do art. 19 da Lei 12.850/13, converge o sistema para evitar casos análogos à experiência italiana.

Face este entendimento, correta a visão de Cibele Benevides Guedes da Fonseca no sentido de que o ministério público, no momento de oferecimento da denúncia deve indicar os meios pelos quais pretende produzir esta prova de corroboração para que haja o mínimo necessário de justa causa para a ação penal. Todavia, o momento de ser avaliada a prova de corroboração é na sentença, quando, então, decidirá o juiz pela condenação ou absolvição do delatado.²⁷⁴

Por fim, interessante a hipótese ilustrada por Gustavo Badaró sobre o que denominou como “delação branca”. As delações brancas, seriam aquelas feitas por pessoas que poderiam ser colaboradores, mas, não realizam o acordo de colaboração premiada com o Ministério Público. Assim, estas pessoas (coautores ou partícipes do crime) serviriam como testemunhas no processo com a finalidade de escapar da insuficiência das delações do colaborador, servindo de prova de corroboração. Este mecanismo busca superar a barreira da impossibilidade de corroboração através das delações cruzadas. Ao invés de realizar diversas delações no mesmo sentido, impede-se o acordo de colaboração com um potencial delator para que este sirva, no processo, como prova de corroboração (pseudotestemunha) das demais delações, evitando-se que ele se torne mais um delator, esvaziando-se a prova de corroboração²⁷⁵.

²⁷⁴ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 190.

²⁷⁵ Delação Premiada. Palestra de Gustavo Badaró. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r6HGJJO1cHE>>. Acessado em: 15 jul. 2017.

Embora não haja mecanismos legais para evitar esta manobra, Gustavo Badaró indica que o juiz deverá ter esta cautela quando for analisar as provas de corroboração, no momento da sentença.

Impõe-se, neste contexto de análise do valor da colaboração (art. 4º, §16 da Lei 12.850/13), refletir sobre o grau de convencimento que o depoimento do colaborador teria para fins de medidas cautelares reais e pessoais, recebimento de denúncia, pronúncia e decretação de prisão preventiva.

Gustavo Badaró²⁷⁶ e Pierpaolo Cruz Bottini²⁷⁷, entendem que, nada obstante a omissão legislativa, a interpretação correta do §16 é no sentido de que se ele não vale como prova para fins de sentença, não poderia, isoladamente, servir para decretar as medidas cautelares mencionadas.

De outro lado, Rogério Schietti²⁷⁸ entende que a delação poderia servir para decretação de medidas cautelares, haja vista que, hodiernamente, na prática, aceita-se a decretação destas apenas com o auto de prisão em flagrante acompanhado das declarações de dois policiais militares. Em razão deste paralelo, entende ser possível a utilização, isolada, da delação para fins de decretação de medidas cautelares, todavia, ressalva que, em uma análise perfunctória do tema, para fins de oferecimento e recebimento de denúncia deveria haver algo além da delação, de modo que, somente ela, não seria suficiente para sustentar a acusação.

Trata-se de tema sem definição pela jurisprudência atualmente, e de extrema relevância em razão das possíveis intervenções do Estado na esfera pessoal e patrimonial do indivíduo delatado. Não obstante a necessidade de amadurecer a discussão, neste momento, nos parece razoável o posicionamento do

²⁷⁶ Delação Premiada. Palestra de Gustavo Badaró. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r6HGJJQ1cHE&t=34s>>. Acessado em: 14 jul. 2017.

²⁷⁷ Aula ministrada em 10/12/2015 pelo Ministro Rogério Schietti (STJ) e teve como debatedor o Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini, no 1º Congresso “Ética, Corrupção e Gestão de Empresas”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D_NXju2b_0g&t=4131s>. Acesso em 18 jul. 2017.

²⁷⁸ Aula ministrada em 10/12/2015 pelo Ministro Rogério Schietti (STJ) e teve como debatedor o Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini, no 1º Congresso “Ética, Corrupção e Gestão de Empresas”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D_NXju2b_0g&t=4131s>. Acesso em 18 jul. 2017.

ministro Rogério Schietti pois, o art. 4º, §16º da Lei 12.850/13, impede a condenação com fundamento nas delações, o que nos sugere, a princípio que, a delação, de maneira isolada, não serve como prova de condenação, mas, serviria para caracterizar o *fumus comissi delicti* necessário para a decretação das medidas cautelares.

5.3 Prova emprestada

O acordo de colaboração premiada e as provas obtidas em sua decorrência poderão ser emprestadas e utilizadas em outras esferas, tais como, a tributária, cível e improbidade administrativa.

Como visto anteriormente no item do direito de não ser processado por ato de improbidade, no capítulo acerca dos direitos do colaborador, a princípio a prova produzida em decorrência de colaboração premiada poderia ser até mesmo utilizada contra o próprio colaborador em outras esferas.

No entanto, com relação ao colaborador surgiu a interpretação de que em razão da moralidade dos atos do Estado, da segurança jurídica e do princípio da confiança, a utilização das provas obtidas através de colaboração contra o delator em outras esferas de responsabilidade seria um paradoxo insuperável.

Assim, firmou-se o entendimento no Supremo Tribunal Federal, através do Habeas corpus 127.483-PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli no sentido de não ser permitida a utilização destas provas em desfavor do colaborador.

Com efeito, os acordos de colaboração premiada, no âmbito da operação Lava Jato, conforme destacamos anteriormente, faz esta ressalva.

Todavia, embora estas provas não atinjam o colaborador, elas podem (e devem) irradiar seus efeitos em outras esferas contra quaisquer outros investigados, seja através de cooperação jurídica internacional, quer seja com outras esferas e poderes da administração pública.

Neste sentido é a doutrina de Cibele Benevides Guedes da Fonseca:

“A prova poderá ser emprestada também ao Ministério Público dos Estados, à Receita Federal, à Procuradoria da Fazenda Nacional, ao Banco Central do Brasil e a outros órgãos, nacionais e estrangeiros, para a instrução de procedimentos e ações fiscais, cíveis, administrativas, inclusive disciplinares, bem como qualquer outro procedimento público de apuração dos fatos, mesmo nos casos de rescisão do acordo, salvo se essa se der por descumprimento de exclusiva responsabilidade do Ministério Público Federal.”²⁷⁹

Portanto, não há qualquer impedimento no compartilhamento destas provas decorrentes de colaboração premiada. A ressalva, conforme sustentado por Cibele Benevides Guedes da Fonseca²⁸⁰, recai na análise de conveniência e oportunidade do Estado analisar se há ou não risco para o êxito das investigações em andamento.

Além deste raciocínio deve-se ter por baliza o entendimento do Supremo Tribunal Federal²⁸¹ que fez prevalecer o sigilo de acordos de colaboração premiada (que ainda não tivesse a denúncia recebida) ante o interesse das Comissões Parlamentares de Inquérito no acesso a estes dados.

Em síntese, portanto, a questão do compartilhamento das provas produzidas através de acordos de colaboração premiada deve ser vista sob dois enfoques. O primeiro diz respeito às provas obtidas através de acordos que não resultaram em recebimento da denúncia e, portanto, sigilosos. Estas provas, não devem ser compartilhadas ou emprestadas pois, a investigação ainda está em curso e, em razão disso, o sigilo destas informações garantem o sucesso das investigações. O segundo enfoque diz respeito ao momento posterior ao recebimento da denúncia, quando, então, o sigilo dos autos é levantado e, portanto, todas as provas produzidas podem e devem ser compartilhadas.

²⁷⁹ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 193.

²⁸⁰ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 193.

²⁸¹ STF, Primeira Turma, MS 33.278/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO. Decisão monocrática. Julgamento: 18/11/2014. Publicação: Dje-228 DIVULG. 19/11/2014 PUBLIC. 20/11/2014.

Ao delatado que teve contra si a utilização de provas emprestadas que derivaram de acordos de colaboração premiada resta, somente, exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa, inclusive com a possibilidade de buscar um acordo de colaboração premiada.

5.4 Responsabilização cível e criminal do colaborador

A responsabilização do colaborador mentiroso é garantia do delatado. Previu a Lei 12.850/13, em seu art. 19, que “Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Trata-se do crime de falsa colaboração. A crítica a este dispositivo legal está na baixa pena cominada ao delito que pode levar à prescrição e até mesmo incentivar o colaborador a assumir o risco de mentir, imputando falsamente crime a outrem para obter benefícios.

“É o crime de Falsa Colaboração. A pena é baixa para a gravidade da conduta. Ser mencionado num acordo de colaboração premiada muitas vezes significa uma mancha indelével na reputação da pessoa delatada, ainda que se comprove a falsidade da imputação tempos depois, sobretudo em tempos de mídias sociais, com informações fluidas e julgamentos populares impiedosos.”²⁸²

De se observar ainda que, se dessa imputação falsa de crime houver a instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, a tipificação correta passa a

²⁸² FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração Premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. P. 195.

ser a do art. 339 do código penal²⁸³ que prevê o crime de denúncia caluniosa com pena de dois a oito anos de reclusão, e multa²⁸⁴.

Portanto, além de configurar crime a delação falsa, por caracterizar um ato ilícito, deverá ser responsabilizado na seara civil aquele que fizer delações falsas contra outrem.

A responsabilização cível e criminal do delator que falsear suas declarações, pode ser interpretada, portanto, como uma garantia do sistema à favor do delatado.

²⁸³ Art. 339 do Código Penal: “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa.

²⁸⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (Delação) Premiada. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 126.

CAPÍTULO 6 – COLABORAÇÃO PREMIADA E A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE

6.1 Da garantia da imparcialidade

No plano internacional a garantia da imparcialidade é tratada com maior atenção constando expressamente nos tratados internacionais de direitos humanos. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em seu art. 14.1 prevê o direito a um “tribunal imparcial”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada pela Organização dos Estados Americanos, em seu art. 8.1 prevê o direito a “um juiz ou tribunal imparcial”.

Nada obstante a consagração expressa da garantia do juiz ou tribunal imparcial nos tratados internacionais de direitos humanos, a Constituição Federal brasileira prevê diversas garantias processuais, tais como, juiz natural, devido processo legal, direito ao contraditório, ampla defesa, publicidade, motivação das decisões judiciais, etc, entretanto, não previu expressamente o direito ao julgamento por juiz imparcial.

Nada obstante a ausência de previsão expressa no texto constitucional da garantia do juiz imparcial, sua existência é corolário lógico da garantia do devido processo legal, pois, não há possibilidade da sua concretização sem observância da imparcialidade. Com efeito, a própria Constituição Federal assegurou prerrogativas para a independência e, vedações de atuação para os juízes, com intuito de assegurar a imparcialidade do julgador²⁸⁵.

Conclui-se, portanto, que a imparcialidade do juiz é garantia constitucional implícita na Constituição Federal.

²⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. 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. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-1.html>>. Acessado em: 05 jun. 2017.

Por outro lado, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos integram o ordenamento jurídico nacional em razão de terem sido promulgados internamente por meio dos Decretos nºs. 592, de 6 de julho de 1992 e, 678, de 6 de novembro de 1992, respectivamente.

O Supremo Tribunal Federal através do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, entendeu que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, ou seja, estão abaixo das normais constitucionais e acima das normas ordinárias. Todavia, há corrente que entende no sentido de que por força do art. 5º, §2º da Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos integram a Constituição e, por isso, possuem *status* constitucional²⁸⁶.

Adotando-se um ou outro posicionamento quanto ao grau hierárquico dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro, o efeito prático será o mesmo, pois, qualquer norma infraconstitucional anterior ou posterior à promulgação dos tratados internacionais de direitos humanos acima referidos que conflite com a garantia da imparcialidade do juiz ou tribunal, não terá mais aplicação.

Portanto, temos que a garantia da imparcialidade do juiz ou tribunal é prevista expressamente em tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil e, pode ser extraído, também, como uma garantia implícita inerente ao devido processo legal previsto na Constituição Federal.

Tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 colocou em destaque a proteção dos direitos e garantias fundamentais, necessário se torna reinterpretar o processo penal e sua finalidade, no sentido de entender o processo como instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas que atuam contra o abuso do poder estatal.²⁸⁷

²⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 190.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. A dignidade da pessoa humana desde a concepção. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P. 146-147.

“o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal.”²⁸⁸

A garantia da jurisdição implica na existência de um juiz que seja imparcial e comprometido com a eficácia da constituição, limitadora de sua atuação. Deve, portanto, ser contextualizada com as garantias orgânicas da magistratura que são pressupostos para a efetiva imparcialidade do julgador e que irá determinar a posição do juiz em relação as partes do processo.

Para Aury Lopes Júnior a garantia orgânica da independência é pressuposto necessário para a existência de um juiz natural, imparcial e independente, que possa decidir conforme sua livre convicção, alheio a pressões externas, mas, respeitando as provas e as garantias fundamentais, em especial, a vedação das provas ilícitas e motivação das decisões judiciais.²⁸⁹

“A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimação de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada nas garantias dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.”²⁹⁰

Para exercer esta função de garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal é necessário que o juiz possua algumas garantias, dentre elas, a imparcialidade que para Aury Lopes Júnior é:

“um ‘princípio supremo do processo’ e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e final julgamento da pretensão acusatória e do caso penal. Sobre a base da imparcialidade funda-se

²⁸⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 57.

²⁸⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 57.

²⁸⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 61.

²⁹⁰ LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. In: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, set-dez.2016, p. 57.

a estrutura dialética de um processo penal constitucional e democrático.”²⁹¹

A imparcialidade é, portanto, a posição destacada do juiz face às partes do processo. O Estado, representado pelo juiz, assume a posição de terceiro no processo, alheio ao interesse das partes. Não acima, mas, além do interesse destas²⁹².

Observa-se que não basta apenas a separação entre partes e julgador para que seja concretizado o sistema acusatório e garantida a imparcialidade do juiz. Assim, entende Aury Lopes Júnior que deve ser afastado do juiz poderes instrutórios, pois a imparcialidade estaria comprometida de modo que, o afastamento é necessário para, posteriormente, as provas que forem produzidas pelas partes sejam avaliadas, prestigiando-se desta forma, o sistema acusatório.²⁹³

Para se determinar o conceito e alcance da garantia da imparcialidade, necessário verificar a sua evolução dentro do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que foi o responsável por esta construção, irradiando seus ensinamentos para outros tribunais.

No início da década de oitenta era predominante na Europa o modelo de juizado instrutor (juiz inquisidor). O juiz que julgava, também investigava. Esse sistema, em crise, passou a ser questionado até que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos foi instado a se manifestar.

Analisando os poderes instrutórios do juiz na fase pré-processual, entendeu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, nos casos *Piersack*²⁹⁴ e *De Cubber*²⁹⁵, pela sua incompatibilidade com a garantia da imparcialidade do julgador.

²⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 62.

²⁹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 11.

²⁹³ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 63-65.

²⁹⁴ No caso *Piersack vs. Bélgica*, de 01 de outubro de 1982, Christian Piersack, foi acusado de participação no assassinato de duas pessoas. Pierre Van de Walle atuou como coordenador da seção da promotoria que investigou o caso e, posteriormente, o mesmo presidiu o Tribunal do Júri de Barbante, condenando Piersack à pena de dezoito anos de trabalhos forçados. Piersack recorreu ao Tribunal de Cassação belga, que indeferiu, entre outras teses, a violação do dever de imparcialidade

Desde o julgamento de *Piersack*, foi sendo construída a interpretação objetiva e subjetiva da garantia da imparcialidade. Entende-se que a imparcialidade subjetiva está relacionada à convicção pessoal do juiz, distante de pré-juízos ou preconceitos relacionados ao objeto ou às partes da controvérsia. De outra banda, a imparcialidade objetiva reflete na aparência de imparcialidade, ou seja, o juiz ou tribunal deve estar em uma situação que elimine, objetivamente, qualquer dúvida acerca de sua imparcialidade.²⁹⁶

Outro ponto de destaque, no caso *De Cubber*, refere-se a hipótese de atuações sucessivas de um mesmo magistrado em diferentes fases de um mesmo processo penal. Neste caso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos julgou violada a imparcialidade objetiva pois, “o sucessivo exercício das funções de juiz investigador e de magistrado julgador, aliado à intensa atuação durante a fase pré-

do Tribunal do Júri, por entender que não haveria comprovação da efetiva atuação de Pierre Van de Walle na investigação. A questão foi levada ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O governo Belga sustentou, em síntese, que durante a fase de investigações do caso, Pierre Van de Walle teve seu nome vinculado apenas em alguns documentos que tratavam de matérias administrativas, não guardando relação com o caso e, além disso, que a investigação foi acompanhada e analisada por seu superior direto, portanto, sua posterior participação como presidente do Tribunal do Júri não viola a imparcialidade. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao analisar o caso, entendeu que não havia prova suficiente da violação da independência do magistrado, todavia, no tocante a afronta à imparcialidade judicial (viés objetivo) o entendimento foi diverso, entendendo-se a favor de *Piersack*. Assim, através deste caso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconheceu a existência da imparcialidade judicial, firmando entendimento no sentido de que há violação da imparcialidade objetiva do juiz, quando, no processo forem acumuladas as funções de acusar e julgar por uma só pessoa. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165173>>. Acessado em 04 nov. 2017.

²⁹⁵ No caso *De Cubber vs. Bélgica*, de 26 de outubro de 1984, *De Cubber* foi condenado pelo Tribunal de Oudenaarde a cinco anos de prisão e pagamento de multa, por furto de automóvel, e um ano de prisão e pagamento de multa por falsificação de documentos. Um dos três magistrados responsáveis pelo julgamento perante o Tribunal também atuou na investigação de ambos os processos. *De Cubber* alegou violação à imparcialidade do tribunal, recorrendo ao Tribunal Recursal de Ghent e, ao Tribunal de Cassação. Em razão da manutenção da condenação, levou o caso para apreciação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que concluiu que as atividades de tal julgador na investigação poderiam gerar dúvida quanto à sua imparcialidade como membro do órgão colegiado, entendendo que o seu envolvimento com o caso poderia ser fator determinante para o julgamento, em razão da influência que teria sobre os demais magistrados, além da possibilidade de já estar previamente contaminado para decidir. Assim, através deste caso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reiterou a existência da imparcialidade judicial, reafirmando entendimento no sentido de que há violação da imparcialidade objetiva do juiz, quando, no processo forem acumuladas as funções de acusar e julgar por uma só pessoa. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165125>>. Acessado em 04 de nov. 2017.

²⁹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 65.

processual, justifica a dúvida do acusado acerca da perda da imparcialidade do magistrado”²⁹⁷.

Com relação ao aspecto objetivo da imparcialidade, adotou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos a chamada teoria da aparência de justiça, no sentido de a sociedade acreditar que um julgamento tenha sido realizado por um juiz imparcial.

“Tão importante quanto o juiz ser imparcial é o juiz parecer imparcial. Se a sociedade não acredita que a justiça foi feita, porque não se garantiu ao acusado um julgamento por juiz ou tribunal imparcial, o resultado de tal processo será ilegítimo e prejudicial ao Poder Judiciário. A sociedade sentirá estar diante de uma sentença injusta, seja ela condenatória ou absolutória.”²⁹⁸

Com relação à teoria da aparência escreve Antônio Eduardo Ramires Santoro:

“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.”²⁹⁹

Analisando esta primeira orientação firmada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Gustavo Badaró afirma que se passou a entender que a aparência de imparcialidade era comprometida nos casos em que havia a intervenção prévia do julgador na fase de investigação, proferindo decisões em que se realizasse uma antecipação quanto ao mérito da causa, tais como, prisão preventiva, temporária, interceptação telefônica, busca e apreensão, quebra do sigilo

²⁹⁷ MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. P. 127.

²⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. 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. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-1.html>>. Acessado em: 05 jun. 2017.

²⁹⁹ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei nº 12.850/13. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 453.

bancário ou fiscal, entre outras. Com efeito, toda atuação jurisdicional na fase da investigação era considerada como comprometedora da imparcialidade objetiva do juiz.³⁰⁰

Este primeiro posicionamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que reconhecia a violação da garantia da imparcialidade quando o juiz tivesse qualquer contato com os elementos pré-processuais foi revisitado na década de noventa.

O modelo de juizado de instrução (juiz inquisidor) foi abandonado pelos países Europeus, de modo que, foi necessário que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos adequasse sua interpretação acerca da garantia da imparcialidade do juiz aos novos contornos dos sistemas processuais europeus.

Assim, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos foi relativizada nos julgamentos de *Hauschildt*³⁰¹, *Sainte-Marie*³⁰² e *Padovani*³⁰³.

³⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. 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. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-gantias-1.html>>. Acessado em: 05 jun. 2017.

³⁰¹ No caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, de 24 de maio de 1989, *Hauschildt* foi condenado por fraude e evasão fiscal. No decorrer do processo *Hauschildt* foi mantido sob custódia, embora tenha requerido nove vezes a sua liberdade para o juiz Claus Larsen que, por sua vez, denegou todas elas. Após a condenação de primeira instância, recorreu ao Tribunal Superior da Dinamarca do Leste, tendo sido mantida sua condenação, porém, considerando o período de prisão preventiva, *Hauschildt* foi colocado em liberdade. Desta decisão, interpôs recurso perante a Suprema Corte Dinamarquesa, que o rejeitou. O caso foi levado ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos que, desta vez, não se baseou apenas em uma análise formal e abstrata da participação do julgador na fase de instrução para que fosse decretada sua quebra de imparcialidade objetiva. Além disso, entendeu ser necessária a análise concreta do caso, já que ao decidir questões relacionadas ao curso da instrução (como no caso, a prisão cautelar) o julgador não necessariamente depara-se com as mesmas circunstâncias que devem ser examinadas na decisão terminativa, o que, a princípio, tornaria possível a atuação de um mesmo julgador em ambas as etapas do processo, não havendo parcialidade pela simples atuação do julgador no curso de processo e posteriormente no julgamento. Analisando-se a imparcialidade sob esta nova perspectiva, o Tribunal verificou que o juiz Larsen ao negar a liberdade de *Hauschildt* por nove vezes, sob o argumento de haver fortes indícios de culpabilidade pelos crimes investigados, entendeu como violada a imparcialidade. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164742>>. Acessado em 04 nov. 2017.

³⁰² No caso *Sainte-Marie vs. França*, de 16 de dezembro de 1992, Jean Pierre *Sainte-Marie*, foi preso preventivamente por suspeita de participação em ataques a bomba contra a polícia de Bayone, na França. Sua prisão foi mantida pelo juiz investigador da Corte Criminal de Bayone. Houve recurso para a Corte de Apelação, que manteve a prisão preventiva. Posteriormente, A Corte de Bayone considerou o procedimento ilegal, o que motivou o Ministério Público a recorrer ao Tribunal de Apelação, que, composto pelos mesmos juízes que antes haviam mantido a prisão de *Sainte-Marie*,

O caso *Hauschildt* é o marco da relativização da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que, neste julgamento, embora tenha sido reconhecida a violação da garantia da imparcialidade do juiz em seu aspecto objetivo, ressaltou que o simples fato do juiz ter proferido decisões na fase pré-processual e, posteriormente, venha a julgar o mérito da demanda, não justifica, por si só, a perda da imparcialidade que deve ser analisada caso a caso.

Em razão deste novo posicionamento, passa-se a analisar a natureza dos juízos realizados pelo juiz em suas decisões para aferir se a imparcialidade restou ou não violada. Desta forma, não basta que o juiz tenha atuado na fase pré-processual para declarar violada a imparcialidade objetiva, é necessário analisar, concretamente, os juízos desenvolvidos neste ato pré-processual.

Portanto, nota-se que desde o caso *Piersack e De Cubber*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vinha adotando o entendimento de que o juiz que atuasse na fase pré-processual estaria impedido de julgar o mérito da controvérsia. Aplicava-se um critério de impedimento absoluto. Com a nova realidade dos sistemas europeus, a garantia da imparcialidade e o direcionamento adotado foi revisto para relativizá-lo. Com efeito, a partir do caso *Hauschildt*, decidiu a Corte Europeia que seria necessário analisar os atos pré-processuais para perquirir se houve ou não a quebra da imparcialidade.

“Na visão do Tribunal, portanto, o simples fato de um juiz de direito ou um juiz de apelação, em um sistema como o dinamarquês, ter

condenou-o a quatro anos de prisão por porte ilegal de armas e munições. Levado o caso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, decidiu-se que não houve violação da imparcialidade, pois o simples fato de os juízes da Corte de Apelação terem antes indeferido pedido de liberdade não retira deles a imparcialidade necessária para julgamento do mérito da acusação. Segundo o Tribunal, apenas circunstâncias especiais permitem considerar violada a imparcialidade de um Tribunal. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164619>>. Acessado em 04 nov. 2017.

³⁰³ No caso *Padovani vs. Itália*, de 26 de fevereiro de 1993, Alessandro Padovani foi preso em flagrante com objetos roubados e, no mesmo dia, apresentado ao juiz investigador, que o interrogou, confirmou sua prisão e intimou-o a comparecer perante ele para julgamento nove dias depois, ocasião na qual, após breve instrução, o réu foi condenado a um ano de prisão e multa. Levado o caso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, decidiu-se que não foi violada a garantia de imparcialidade do Tribunal, pois o juiz, no caso um pretor com poderes para decidir sobre casos de menor gravidade, atuou em conformidade com a legislação processual italiana ao tomar seu depoimento imediatamente após a prisão. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164545>>. Acessado em 04 nov. 2017.

também tomado decisões antes do julgamento em relação ao caso, incluindo aquelas a respeito da detenção preventiva, não pode ser tido por si só, como justificador de temores acerca de sua imparcialidade”³⁰⁴

André Machado Maya comentando esta decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirma:

“Disse a Corte, neste sentido, que a decisão sobre a prisão cautelar requer uma análise sumária dos dados disponíveis para apurar a razoabilidade da suspeita da polícia, enquanto a decisão de mérito exige do magistrado uma análise das evidências apresentadas e debatidas perante o tribunal. Assim, apenas decisões que exijam do juiz a formação de uma convicção quase plena acerca da responsabilidade penal do acusado é que justificariam objetivamente o receio quanto à perda da imparcialidade por parte do réu, situação essa constatada no caso *Hauschildt vs. Dinamarca*.”³⁰⁵

Com relação à decisão da Corte Europeia no caso *Hauschildt*, comenta Gustavo Badaró:

“Ou seja, a violação da imparcialidade não se deu pelo simples fato de, abstratamente, o juiz ter decretado ou prorrogado a prisão preventiva, mas porque, concretamente, na fundamentação de tal decisão, invocou como razão de decidir a existência de ‘suspeitas confirmadas’ contra o acusado. Assim, sendo, é de se concluir que, pelo novo posicionamento, não basta, por si só, que o juiz tenha decretado uma prisão cautelar para que se considere impedido de julgar a causa por ter perdido sua imparcialidade objetiva. É necessário analisar, concretamente, os juízos por ele desenvolvidos naquele ato.”³⁰⁶

Sobre a passagem de presunção absoluta à relativização do entendimento do Tribunal Europeu de Direitos humanos acerca da garantia da imparcialidade do juiz, destaca-se:

³⁰⁴ TEDH, Caso *Hauschildt vs. Dinamarca*, sentença de 24.05.1989.

³⁰⁵ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 129.

³⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *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*. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-1.html>>. Acessado em: 05 jun. 2017.

“Nesse andar, segundo Lopes Jr., a referida jurisprudência do TEDH deu ensejo ao que denomina de ‘presunção absoluta de parcialidade do juiz-instrutor’, de modo que não importa se, no caso concreto, o juiz investigador adquiriu ou não pré-conceitos ou pré-juízos em relação ao suspeito; tendo ele atuado na fase pré-processual, estará impedido de participar do julgamento. O que importa não é, pois, a capacidade do juiz de manter-se imparcial, ou o fato de ele ter ou não ter se contaminado com os elementos indiciários colhidos na investigação, mas, sim, a visibilidade, a impressão do acusado e da sociedade em relação à imparcialidade do julgador, ‘a confiança que os tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos justicáveis, especialmente na esfera penal’. (...) Esse entendimento, porém, embora tenha surgido como absoluto nos julgamentos dos casos De Cubber e Bem Yaacoub, foi de certa forma relativizado por ocasião do julgamento do caso Hauschildt, em que o TEDH afirmou expressamente que o simples fato de um magistrado ter atuado na fase pré-processual não é suficiente para, por si só, considerar objetivamente justificada eventual dúvida sobre sua imparcialidade, sendo imprescindível analisar, diante das circunstâncias do caso concreto, se o juiz tomou decisões que exijam dele formar uma convicção sobre a culpabilidade do suspeito.”³⁰⁷

O novel posicionamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos foi reafirmado por ocasião do caso *Sainte-Marie*. Neste julgamento, a prisão do acusado foi mantida pelo juiz-investigador da Corte Criminal local, bem como, através de recurso, pela Corte de Apelação. Posteriormente, a Corte Criminal local reconheceu a ilegalidade do procedimento. Desta decisão, a acusação recorreu à Corte de Apelação que, composta pelos mesmos juízes que haviam mantido a prisão do acusado anteriormente, decidiu condená-lo. Afastando a violação da garantia da imparcialidade do juiz, a Corte Europeia decidiu que apenas circunstâncias especiais poderiam levar ao reconhecimento da violação da imparcialidade.

Conforme destaca André Machado Maya, neste momento “o relevante, na opinião da Corte Europeia, é o conteúdo ou a natureza dessas decisões, que poderão justificar eventual temor sobre a perda da imparcialidade do juiz nos casos em que ele houver analisado a situação do acusado de tal forma que possa ter adentrado ao exame do mérito da causa.”³⁰⁸

³⁰⁷ MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. P. 131-132.

³⁰⁸ MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. P. 133.

Orientação que, vez mais, foi corroborada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos quando da análise do caso *Padovani*, no qual, o juiz investigador interrogou e confirmou a prisão em flagrante de *Padovani*, intimando-o para julgamento, ocasião na qual, após oitiva de testemunhas e novo interrogatório, o réu foi condenado. A Corte Europeia afirmou que não houve violação da garantia da imparcialidade do juiz.

No final da década de noventa, ao julgar o caso *Castillo-Algar*³⁰⁹, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos julgou violada a garantia da imparcialidade do juiz, em razão de dois juízes que, sem atuarem como juízes de instrução, participaram do julgamento de um recurso interposto contra decisão interlocutória proferida no curso da instrução preliminar pelo juiz-instrutor e, posteriormente, participaram do julgamento do recurso de apelação contra a sentença condenatória. Neste caso, a Corte Militar, afirmou existirem indícios suficientes de que o acusado havia efetivamente praticado o delito, o que, para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, demonstrou que os juízes formaram sua convicção previamente, no primeiro julgamento.

Detendo-se sobre esta evolução jurisprudencial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, André Machado Maya sintetiza:

“...pode-se afirmar, sem margens a erro, estar consolidado o entendimento da Corte Europeia no sentido de que as decisões proferidas por juízes na fase de investigação, para torná-los suspeitos de parcialidade, devem ser de tal extensão ou de tal alcance, que possam ser comparadas às decisões de mérito, nas quais a análise recai sobre a efetiva culpabilidade do acusado”³¹⁰

³⁰⁹ No caso *Castillo Algar vs. Espanha*, de 28 de outubro de 1998, a Corte Militar Central que havia indeferido um recurso do acusado contra a decisão do juiz investigador, denominada de *auto de procesamiento*, depois, com a participação de dois juízes que haviam participado do julgamento anterior, julgou o mérito da acusação e condenou o réu a três meses e um dia de prisão. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu violado o direito a um julgamento imparcial, porque a Corte Militar, ao julgar o recurso contra o *auto de procesamiento*, afirmou existirem indícios suficientes de que o acusado havia efetivamente praticado o delito narrado na denúncia, o que demonstra terem os juízes formado uma convicção contrária ao acusado no primeiro julgamento. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163883>>. Acessado em 04 nov. 2017.

Gustavo Badaró sintetiza a evolução da interpretação dada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos à garantia da imparcialidade objetiva do juiz, da seguinte forma:

“Em suma, é possível identificar dois momentos da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o direito ao juiz imparcial. Numa primeira etapa, entendia o Tribunal que o simples fato objetivo do juiz ter atuado na fase de investigação retirava-lhe a imparcialidade objetiva, porque já tendo realizado prejudgamentos naquela fase, o acusado poderia legitimamente suspeitar da sua imparcialidade para julgar a causa. Numa segunda fase, porém, a verificação da perda da imparcialidade objetiva passou a depender mais da análise concreta da natureza do ato praticado e dos juízos realizados pelo magistrado em tal ato.”³¹⁰

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dois casos, *Apitz*³¹² e *Herrera Ulloa*³¹³, a garantia da imparcialidade foi analisada. Em ambos, foi

³¹⁰ MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. P. 137.

³¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. 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. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-1.html>>. Acessado em: 05 jun. 2017.

³¹² No caso *Apitz Barbera e outros vs. Venezuela*, de 05 de agosto de 2008, O Estado Venezuelano destituiu os juízes da “Corte Primera de lo Contencioso Administrativo” Ana Maria Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras e Juan Carlos Apitz Barbera, por terem cometido um erro inescusável, ao conceder um amparo cautelar que suspendeu os efeitos de um ato administrativo que havia negado o registro de um contrato de compra e venda. Segundo os magistrados destituídos, não houve erro inescusável, mas, sim, uma diferença razoável de interpretações jurídicas possíveis sobre uma determinada figura processual. Além disso, a Comissão indicou que a “Corte Primera de lo Contencioso Administrativo” adotou decisões que geraram insatisfação por parte de altos funcionários do Poder Executivo, e que um conjunto de indícios permitia inferir que o órgão que ordenou a destituição não tinha independência e imparcialidade, configurando um desvio de poder para atender os interesses do Presidente da República para colocar outros juízes no lugar, alinhados aos interesses do governo. A alegação de violação a um juiz imparcial estava relacionada à impossibilidade das vítimas recusarem os membros da Comissão que decidiram pela destituição. Foi alegado que era impossível questionar a parcialidade dos julgadores, uma vez que era proibida a recusa de seus membros. Portanto, baseado na dúvida acerca da imparcialidade do tribunal competente para o julgamento do caso, propuseram a recusa dos juízes que, no entanto, sequer foi analisada por não ser permitida por lei, bem como, nenhum dos juízes aceitaram reconhecer o pedido, de ofício. Diante dessas circunstâncias, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou ter o Estado da Venezuela violado o direito dos acusados a um julgamento por tribunal imparcial, e determinou a recondução dos magistrados ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf>. Acessado em 13 nov. 2017.

³¹³ No caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, de 02 de julho de 2004, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu violada a garantia da imparcialidade, determinando que o Estado da Costa Rica indenizasse a vítima e adequasse seu ordenamento jurídico interno. No caso, Mauricio Herra Ulloa publicou no jornal costarricense *La Nación* várias matérias a respeito do suposto prática de atos ilícitos praticados pelo diplomata Félix Przedborski. Este fato gerou uma ação penal em seu desfavor no Tribunal Penal do Primeiro Circuito Judicial de San José, organismo judicial colegiado de primeira instância composto por três juízes, os quais julgaram favoravelmente ao réu. Da sentença absolutória,

feita a distinção entre imparcialidade subjetiva e objetiva fazendo-se referências aos julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

No caso *Herrera Ulloa* houve uma primeira absolvição pelo Tribunal, posteriormente anulada pela Corte Suprema de Justiça. Julgado novamente em primeira instância, o réu, dessa vez, restou condenado. Ambas as partes recorreram à mesma Suprema Corte de Justiça que, anteriormente, havia anulado a sentença absolutória, porém, desta vez, a sentença condenatória foi mantida. Ou seja, os mesmos magistrados que anularam a primeira sentença absolutória, posteriormente, corroboraram a sentença condenatória.

Sendo assim, decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que os magistrados não poderiam ter participado do julgamento dos recursos interpostos contra a sentença condenatória, pois, ao decidir o recurso de cassação da primeira sentença, foi analisado o mérito e, portanto, considerou a Corte Interamericana que houve violação da garantia da imparcialidade do juiz.

Internamente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destaca-se o julgamento do Habeas corpus nº 94641/BA, onde foi reconhecida a violação da garantia da imparcialidade pois o juiz, nos autos de ação de investigação de paternidade, diante de indícios da prática de crime de atentado violento ao pudor, remeteu cópias para o Ministério Público que, por sua vez, ofereceu denúncia para apuração do crime, sendo esta recebida pelo mesmo juiz que remeteu cópias do processo de investigação de paternidade para o Ministério Público.

Tende em vista esta contextualização da garantia da imparcialidade e os poderes instrutórios do juiz, surge a corrente que defende o critério de prevenção do

os advogados do diplomata Félix Przedborski interpuseram um recurso de *casación* ante a Sala Terceira da Corte Suprema de Justiça que, anularam a sentença devido a supostos equívocos do colegiado julgador de primeira instância, remetendo a ação ao juízo originário para uma nova decisão. Nesta nova decisão, o réu foi condenado. Outra vez, interpôs-se recurso de *casación*, desta vez por iniciativa do réu Mauricio Herrera Ulloa, o qual foi liminarmente rejeitado pela mesma Sala Terceira da Corte Suprema. Neste julgamento, participaram os mesmos magistrados que resolveram anular a primeira sentença, apreciando, portanto, o mérito da ação por duas vezes. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Acessado em 13 nov. 2017.

juiz que primeiro toma contato com os autos deve ser vista como uma causa de exclusão de competência e, não, de definição, como temos hodiernamente.³¹⁴

“Em definitivo, pensamos que a prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência. O juiz-instrutor é prevento e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos prejulgamentos que realiza no curso da investigação preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica, etc.)”³¹⁵

6.2 A garantia da imparcialidade e a regra da prevenção no processo penal brasileiro

Dispõe o art. 75 do código de processo penal que a precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente, inclusive a distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.

Da mesma forma, o art. 83 do código de processo penal estabelece que se verifica a competência por prevenção quando, concorrendo mais de um juiz competente ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.

Portanto, qualquer ato do juiz, ainda que no curso do inquérito policial, relativo ao processo, incluindo-se a homologação de acordo de colaboração premiada, medidas cautelares reais ou pessoais, o tornará prevento para proferir a decisão final de mérito.

³¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 69; MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. P. 216.

³¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 69.

A prevenção aplica-se, também, aos Tribunais quando, no curso da instrução processual, por ocasião do conhecimento e julgamento dos remédios constitucionais, em especial o habeas corpus.

O contato do juiz ou tribunal com os elementos informativos do inquérito policial, alicerçado em uma visão sob a perspectiva policial e da acusação, e a sua prevenção para julgar o mérito, deve ser questionado à luz da garantia da imparcialidade objetiva do juiz.

“Como argumento favorável ao critério da prevenção como causa definidora da competência, aduz-se que melhor julga aquele juiz que já teve um contato prévio com a causa, que já conhece a situação e os atos praticados, que dispôs com antecipação. Mas a prevenção possui diversos inconvenientes, que nos levam a sustentar que o juiz preventivo não pode ser o mesmo que, ao final, vá julgar o caso penal. Deve ser uma causa de exclusão de competência, pois fulmina a principal garantia das partes no processo penal: o direito a um juiz imparcial”³¹⁶

O código de processo penal, dependendo da medida cautelar, real ou pessoal, exige que o juiz fundamente a medida em: “indícios veementes”, “certeza da infração”, “indícios suficientes de autoria e materialidade”, “fundadas razões”, “fundadas suspeitas”, “prova da existência do crime”, “*fumus comissi delicti*”, “*periculum libertatis*”, “fundadas razões de autoria e materialidade”, “indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal”, etc. Isso demonstra que o magistrado precisa formar sua convicção anteriormente à sentença posto que, a fundamentação destes elementos invadem, de certa forma, o mérito a ser julgado posteriormente.

“De todos os exemplos referidos, e sem a pretensão de esgotar as hipóteses de atuação jurisdicional na fase pré-processual, verifica-se que, nos casos comentados, a observância do *fumus comissi delicti* exige uma tamanha proximidade do magistrado com os elementos indiciários colhidos na fase de investigação preliminar que, sem margem para dúvidas, cria no subjetivo do magistrado impressões e pré-conceitos incompatíveis com o estar alheio que deve nortear a

³¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. In: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, set-dez.2016, p. 60.

sua atuação diante de toda instrução criminal, com a imparcialidade exigida na prestação da atividade jurisdicional penal”³¹⁷

André Machado Maya analisou diversas hipóteses de contaminação judicial decorrentes da prevenção no processo penal brasileiro e, verificando os requisitos das medidas cautelares, reais e pessoais, habeas corpus, julgamento do recurso em sentido estrito contra a decisão de rejeição da inicial acusatória e, apelação interposta contra a decisão de absolvição sumária nos termos do art. 397, I, II e III do código de processo penal, concluiu que é concreta a possibilidade de contaminação subjetiva do órgão jurisdicional, justificando-se o temor pela perda da imparcialidade necessária³¹⁸.

Desta forma, ainda que o juiz atue mediante provocação na fase da investigação criminal, como ocorre quando o juiz é chamado a decidir sobre uma prisão cautelar, quebra de sigilo telefônico, fiscal, bancário ou qualquer outra medida restritiva de direitos fundamentais, ele necessariamente deve analisar matéria que traz a versão unilateral do acusador e da polícia e, sua decisão, conforme visto acima, analisará elementos que guardam relação com o mérito da causa.

Neste ponto, afirmam Aury Lopes Júnior e Ruiz Ritter que, ainda que o juiz não atue como instrutor, estará comprometida a sua imparcialidade objetiva, entendida como aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas, sim, de sua relação com o objeto do processo.³¹⁹

Portanto, determinadas decisões judiciais proferidas na fase da investigação, o juiz realiza um juízo prévio quanto à existência do crime ou da autoria delitiva, vinculando-o psicologicamente e criando pré-conceitos, comprometendo sua imparcialidade objetiva.

³¹⁷ MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 174.

³¹⁸ MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. P. 165-180.

³¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. In: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, set-dez.2016, p. 63.

As causas de impedimento e suspeição do juiz estão previstas no art. 252 e 254 do código de processo penal e destinam-se a assegurar o julgamento por um juiz, cuja aparência de imparcialidade não seja suspeita. A função destas hipóteses “é a de facilitar o trabalho de quem argúi o risco de parcialidade”³²⁰ pois, uma vez demonstradas, implicam no afastamento do julgador, independente de qualquer questionamento acerca de sua condição de imparcialidade subjetiva.

Contudo, não consta do rol do art. 252 do código de processo penal a hipótese do juiz que tenha praticado atos na fase da investigação criminal onde possa ser extraído um juízo antecipado sobre o mérito do processo.

Neste ponto vale destacar a evolução de entendimento da matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Em 2006, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, através do Habeas corpus nº 86.963/RJ, que versa sobre o eventual impedimento de um magistrado que indeferiu um recurso administrativo e, posteriormente, sobre o mesmo fato, compôs o colegiado que julgou improcedente o recurso de apelação criminal do réu, reconheceu a violação da imparcialidade do julgador e, ainda, interpretou o art. 252, inciso III do código de processo penal de forma extensiva, para definir que “instância” refere-se a diferentes graus e esferas de jurisdição.

Contudo, em 2008, através do julgamento do Habeas corpus 92.893/ES, o Supremo Tribunal Federal diante da hipótese de o magistrado que, tendo presidido o inquérito policial, tornou-se, posteriormente, prevento para atuar como relator da ação penal, decidiu pela taxatividade do rol do art. 252 do código de processo penal, aduzindo que a hipótese narrada não encontra amparo no dispositivo legal, além de, firmar a constitucionalidade da regra da prevenção, como fixação de competência, prevista no art. 75 do código de processo penal.

³²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. 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. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como->

André Machado Maya critica a decisão acima afirmando que a Suprema Corte deixou de avançar na discussão acerca da compatibilidade sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro com a garantia da imparcialidade do juiz, haja vista que, não chegou a ser discutido se o juiz, mesmo após um efetivo contato com os elementos indiciários colhidos na investigação criminal, estaria em condições de atuar de forma imparcial no julgamento de mérito.³²¹

Pouco tempo depois, ainda em 2008, o Supremo Tribunal Federal voltou a debater em torno da taxatividade do art. 252 do código de processo penal através do Habeas corpus nº 94.641/BA. Em apertada síntese, versa o julgamento sobre magistrado que atuou como autoridade policial no procedimento preliminar de investigação de paternidade, colhendo provas que, posteriormente, foram remetidas ao ministério público que, ofereceu denúncia, que foi recebida pelo mesmo magistrado que, ainda, decretou a prisão e condenou o réu. Novamente, neste caso, o art. 252, inciso III do código de processo penal foi interpretado extensivamente para ampliar o sentido da palavra “instância” e, desta forma, reconhecer a violação da imparcialidade objetiva do julgador.

No entanto, em outro caso posterior³²², tornou o Supremo Tribunal Federal a interpretar de forma restritiva e taxativa o art. 252, inciso III do código de processo penal, afastando a violação da imparcialidade do juiz.

No Superior Tribunal de Justiça também existe a variação de entendimento quanto a taxatividade dos arts. 252 e 254 do código de processo penal.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso em Habeas corpus nº 23.945/RJ, em 2009, posicionou-se no sentido da violação da

[assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-1.html](#)>. Acessado em: 05 jun. 2017.

³²¹ MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 186.

³²² STF, 1ª Turma, HC 97553/PR, Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento: 16/06/2010. Publicação: Dje-10/09/2010 DIVULG 09/09/2010.

imparcialidade, interpretando o art. 252 do código de processo penal como não-taxativo, no caso do juiz que desempenhou funções de polícia.

Em 2010, a quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Habeas corpus nº 146.796/SP, posicionou-se no sentido da não taxatividade do art. 254 do código de processo penal, interpretando-o de maneira mitigada, buscando garantir a imparcialidade do magistrado como condição imprescindível do devido processo legal.

Todavia, três anos mais tarde, a mesma Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido da taxatividade do art. 252, inciso III do código de processo penal, vetando-se a interpretação extensiva dada ao significado de “instância”.

Ainda em 2013, por ocasião do julgamento do Resp 1.357.393/RS, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a hipótese de incompatibilidade entre a regra da prevenção e o princípio da imparcialidade.

Considerando esta variação jurisprudencial, Gustavo Badaró entende que a interpretação dos arts. 83 e 75 do código de processo penal, desconsiderando-se a efetivação da garantia da imparcialidade, indicaria a inexistência do impedimento do juiz que proferiu decisões na fase de inquérito, mesmo que tenha emitido prejudgamentos sobre a causa e, ainda, consagraria a regra da prevenção para o julgamento do futuro processo³²³.

Todavia, entendendo estar sendo violada a garantia da imparcialidade com esta interpretação, sustenta a inconstitucionalidade do art. 83, em sua parte final e, do parágrafo único do art. 75, ambos do código de processo penal. Além disso, partindo-se da premissa de que o art. 252 do código de processo penal é taxativo, sustenta que o dispositivo é inconstitucional por não ter previsto a hipótese

³²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. 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. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como->

decorrente da prática de atos decisórios durante o inquérito policial que coloque em dúvida a imparcialidade objetiva do julgador.³²⁴

Neste contexto, surge o posicionamento de alguns autores³²⁵ sustentando que a regra da prevenção deveria ser tida como excludente e, não, fixadora, de competência. Posicionamento com qual concordamos no presente trabalho, tendo em vista a leitura da regra processual diante da garantia da imparcialidade.

Busca-se solucionar a problemática acima exposta com a criação do “juiz das garantias”, previsto no projeto do código de processo penal nº 156/2010 que tramita no Congresso Nacional. Na exposição de motivos do projeto, assenta-se a preocupação de “manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação”.

Segundo Gustavo Badaró, a separação do juiz que atua no processo judicial daquele que atua na investigação preliminar, atribuindo a julgadores distintos estas funções, foi a forma que muitos ordenamentos encontraram para evitar o comprometimento da imparcialidade objetiva do juiz³²⁶.

assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-1.html>. Acessado em: 05 jun. 2017.

³²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. 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. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-1.html>>. Acessado em: 05 jun. 2017.

³²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. 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. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-1.html>>. Acessado em: 05 jun. 2017; MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. P. 216.; LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. In: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, set-dez.2016. P. 65.

³²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. 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. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-1.html>>. Acessado em: 05 jun. 2017.

O escopo, portanto, da proposta, é criar condições de imparcialidade e autonomia para o julgador do caso pois, nos termos atuais, o juiz, na visão de Bernd Schünemann, atua como um “terceiro involuntariamente manipulado no processo”³²⁷. A crítica repousa na perda da imparcialidade do juiz que possui contato com os autos do inquérito policial pois, entra em contato com a visão acusatória e dela se contamina, tendendo a buscar provas neste sentido quando da audiência de instrução. Nestes contornos, o juiz estaria sendo manipulado pelo sistema.

Aury Lopes Júnior e Ruiz Ritter, afirmam que “trata-se o juiz das garantias, do aprimoramento (e até se poderia dizer tentativa de salvação) da jurisdição penal atual, que inválida, ilegítima e ilegal, se não for exercida de forma imparcial.”³²⁸

De se obtemperar que, embora nosso sistema não preveja, ainda, o juiz das garantias, guardadas as diferenças, temos que, na cidade de São Paulo, através do Provimento 167/1984, o Conselho Superior da Magistratura criou o Setor de Inquéritos Policiais e Habeas corpus. Posteriormente, O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, através da Resolução nº 11/1985, disciplinou as competências deste setor que, segundo seu art. 2º, todos os atos relativos aos inquéritos policiais competem ao Juiz do Setor de Inquérito Policial, cessando a competência deste com o oferecimento da denúncia.

Analisando o procedimento da colaboração premiada e a competência do DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital), Ulisses Augusto Pascolati Junior sustenta que o ato de homologação do acordo de colaboração premiada tem conteúdo material, vinculando o juiz aos termos do acordo e, portanto, o Juiz do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia

³²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: Revista Liberdades, n. 11, setembro/dezembro de 2012. P. 30.

³²⁸ LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. In: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, set-dez.2016, p. 76.

Judiciária da Capital (DIPO) deveria remeter o acordo de colaboração premiada ao juiz competente pelo processo³²⁹.

Entretanto, neste trabalho, sustentamos que para a efetivação da garantia da imparcialidade do juiz, a regra da prevenção deveria ser tida como excludente de competência. A idealização do juiz das garantias, entraria neste contexto para, exatamente, distanciar o juiz do processo daquele responsável pela investigação. Portanto, diante da competência do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital (DIPO), sustentamos posição contrária a exposta acima, no sentido de que, eventual acordo de colaboração premiada, no Estado de São Paulo, deve ser homologado pelo juiz do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária da Capital (DIPO), reservando o juiz do processo para análise do acordo na sentença.

Voltando ao tema do juiz das garantias, após diversas críticas feitas ao instituto, tenta-se no Poder Legislativo barrar a sua implantação, desprezando-se os seus positivos efeitos de alinhar o processo penal à ordem constitucional e democrática, garantindo-se efetividade ao princípio da imparcialidade do juiz.

Quanto às críticas, interessante o contra-argumento sustentado por Aury Lopes Júnior e Ruiz Ritter:

“Os próprios argumentos de insuficiência estrutural também são frágeis, pois existem formas de contornar-se o problema. Há diversas sugestões para a implantação do novo instituto sem maiores investimentos, do que são exemplos a regionalização do juiz das garantias (de modo que um único juiz garante atenda um grupo de comarcas próximas); a implantação do inquérito online ou pelo sistema de processo eletrônico; a distribuição cruzada quando houver um juiz criminal e um cível; sua concretização progressiva, no sentido capital-interior (iniciando nas entrâncias finais até se chegar as iniciais, que contam com um só juiz), de forma semelhante ao que foi dito no Chile, quando implementado o novo CPP chileno (lá na

³²⁹ JUNIOR, Ulisses Augusto Pascolati. Delação ou colaboração premiada e DIPO. In: Boletim IBCCRIM, n. 265, v. 22, 2014. P. 14-15.

direção inversa, interior-capital); enfim, soluções existem, basta um mínimo de vontade para leva-las adiante”³³⁰

Portanto, verifica-se que a regra da prevenção como critério definidor de competência está em descompasso com a garantia da imparcialidade. Reinterpretar esta regra como exclusão de competência estaria trilhando o caminho traçado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e concretizando a garantia da imparcialidade. Outra alternativa, seria a instalação do juiz das garantias que, vem sofrendo forte resistência.

6.3 A imparcialidade do juiz e o estudo de Bernd Schünemann acerca da teoria da dissonância cognitiva

Bernd Schünemann realizou um estudo na Universidade de Munique para averiguar a perda da imparcialidade do juiz quando há o contato com a investigação policial. Afirma que é de se supor que o juiz que teve contato com os elementos de investigação criminal (formado pela visão policial), não divirja dele e busque, na audiência de instrução, confirmá-lo supervalorizando as informações que o corroboram e desprezando aquelas contrárias³³¹.

Para testar a hipótese aventada, Bernd Schünemann buscou na psicologia a base do seu estudo: a teoria da dissonância cognitiva de Festinger³³², reformulada por Irle³³³.

³³⁰ LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. In: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, set-dez.2016, p. 83.

³³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: Revista Liberdades, n. 11, setembro/dezembro de 2012. P. 34-35.

³³² A teoria da dissonância cognitiva tornou-se conhecida em 1957, através de seu autor Leon Festinger. Trata-se, essencialmente, de um estudo acerca da cognição e do comportamento humano, partindo da premissa de que o indivíduo tende sempre a buscar um estado de coerência entre os seus conhecimentos, sendo este processo involuntário e, portanto, inevitável. Quando há um rompimento do estado de coerência, seja entre os próprios pensamentos do indivíduo, quer seja entre sua ação e sua razão, identifica-se os reflexos cognitivos-comportamentais decorrentes desse contexto. O estado de incoerência é desagradável ao ser humano e deve ser eliminado ou reduzido. Este é o postulado básico da teoria, que se desenvolve examinando como se dá tal redução/eliminação. Havendo dissonância cognitiva haverá uma pressão para reduzir/eliminar esta incoerência ou um afastamento de possíveis novas fontes de aumento de incongruência. Os principais processos cognitivos-comportamentais reflexos da dissonância cognitiva, buscando retomar o estado de coerência são: mudança de elementos cognitivos dissonantes; desvalorização de

“cada pessoa ambiciona um equilíbrio em seu sistema cognitivo. Em outros termos, busca-se obter relações harmônicas entre o seu conhecimento e suas opiniões. Dessa busca resulta a manifestação de uma motivação cognitivamente dissonante a ser reduzida ou trazida à consonância. Assim, para se alcançar este equilíbrio do sistema cognitivo há de se solucionar a contradição existente entre o conhecimento e opiniões”³³⁴

Acerca da teoria da dissonância cognitiva, explica Aury Lopes Júnior:

“Em linhas introdutórias, a teoria da ‘dissonância cognitiva’, desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incomparáveis, geradoras de uma situação desconfortável, 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 etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas.”³³⁵

Para eliminar a dissonância cognitiva criada, haverá dois efeitos: inércia ou perseverança e, busca seletiva de informações. O primeiro trata da autoconfirmação de hipóteses, superestimando informações que corroborem o pré-

elementos cognitivos dissonantes; adição de novos elementos cognitivos consoantes com a cognição existe e; evitação ativa do aumento desses elementos dissonantes. (FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975.)

³³³ “Segundo a teoria da dissonância cognitiva, formulada por Festinger, na versão reformulada de Irle, cada pessoa ambiciona um equilíbrio em seu sistema cognitivo. Em outros termos, busca-se obter relações harmônicas entre seu conhecimento e suas opiniões. Dessa busca resulta a manifestação de uma motivação cognitivamente dissonante a ser reduzida ou trazida à consonância. Assim, para se alcançar este equilíbrio do sistema cognitivo há de se solucionar a contradição existente entre conhecimento e opiniões. Desse quadro emergem o efeito perseverança e o princípio da busca seletiva de informações. O efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida faz com que as informações, previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas. Já o princípio da busca seletiva de informações favorece a ratificação da hipótese originária que tenha sido, na autocompreensão individual, aceita pelo menos uma vez. Isso ocorre pelo condicionamento da busca à obtenção de informações que confirmem a preconcepção, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis, ou seja, informações dissonantes que atuem com efeitos ratificadores...” (SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: Revista Liberdades, n. 11, setembro/dezembro de 2012. p. 34.)

³³⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: Revista Liberdades, n. 11, setembro/dezembro de 2012. p. 34.

juízo formulado. A segunda, buscam-se informações que confirmam a hipótese tida como aceita, gerando efeito “confirmador-tranquilizador”³³⁶.

Bernd Schünemann conceitua esses efeitos da seguinte forma:

“O efeito perseverança ou inércia ou mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida faz com que as informações, previamente consideradas corretas à ratificação da hipótese preconcebida, sejam sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações dissonantes sejam sistematicamente subavaliadas. Já o princípio da busca seletiva de informações favorece a ratificação da hipótese originária que tenha sido, na autocompreensão individual, aceita pelo menos uma vez. Isso ocorre pelo condicionamento da busca à obtenção de informações que confirmem a preconcepção, o que pode se dar tanto pela coleta de informações em consonância com a hipótese, quanto pela de informações dissonantes facilmente refutáveis, ou seja, informações dissonantes que atuem com efeitos ratificadores.”³³⁷

Sua intenção foi aplicar a teoria da dissonância cognitiva ao processo penal, haja vista que a opinião formada pelo juiz sempre encontrará resistência frente à versão acusatória ou absolutória, ou seja, o juiz na maioria das vezes encontra-se em dissonância cognitiva, necessitando encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, procurando reduzir ou afastar as contradições.

Pensando nisso, reuniu cinquenta e oito juízes e membros do ministério público escolhidos aleatoriamente que deveriam proferir sentença em um processo real referente ao crime de libertação, indução ou auxílio à fuga de preso. Os processos permitiam sentenças tanto para condenação quanto para absolvição.

Supõe Bernd Schünemann que o juiz ao ter contato com o inquérito e, devendo fazer um juízo de valor para recebimento da denúncia, estaria criando uma imagem dos fatos a partir da ótica da investigação e da acusação e, portanto, tentará confirmar a hipótese durante a audiência de instrução, superestimando informações compatíveis com o pré-julgamento realizado (efeito inércia ou

³³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 70.

³³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 70.

perseverança) e, buscando informações confirmatórias deste quadro (efeito da busca seletiva de informações).

O ponto central do experimento consistiu em possibilitar a alguns julgadores acesso aos autos de inquérito policial, negando-o a outros. Além disso, para alguns foi permitida a inquirição pessoal na audiência de instrução e julgamento, enquanto outros apenas tiveram acesso apenas à ata da audiência.

Na conclusão do experimento, foi possível verificar que dos vinte e oito juízes que tiveram contato com os autos de inquérito policial, vinte inclinaram-se para a condenação. Entre os trinta que não tiveram conhecimento dos autos do inquérito policial, dez decidiram condenar o acusado.

Desta forma, ficou demonstrado que o fato do juiz ler e estudar os autos de inquérito policial para decidir se recebe ou não a denúncia ou, se decreta ou não a prisão preventiva, forma uma imagem pré-concebida dos fatos que, posteriormente, em razão do efeito inércia ou perseverança, o juiz tentará confirmá-la, por meio da busca seletiva de informações³³⁷.

Considerando estes elementos trazidos pela teoria da dissonância cognitiva e, analisando o interrogatório do réu, Alexandre Morais da Rosa³³⁹, compara as perguntas feitas pelo juiz a uma “cilada” para o réu, tendo em vista o efeito perseverança.

Deste modo, a pesquisa demonstrou que permitir ao juiz o contato com elementos pré-processuais implica na perda da imparcialidade, de modo que, a sistemática processual deve ser revista ou, ao menos, discutida.

³³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: Revista Liberdades, n. 11, setembro/dezembro de 2012. P. 35.

³³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 71.

³³⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Dissonância cognitiva no interrogatório malicioso: não era pergunta, era cilada. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-17/limite-penal-efeito-dissonancia-cognitiva-interrogatorio-malicioso>>. Acessado em 28 mai. 2017.

6.4 A garantia da imparcialidade e a participação do juiz no procedimento da colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013

Analisa-se neste tópico a compatibilidade ou não do instituto da colaboração premiada com a garantia da imparcialidade do juiz.

O foco recai sobre as seguintes condutas do juiz: proibição de participar das negociações prévias à colaboração; homologação da proposta de colaboração premiada; utilização das declarações do colaborador para formação do convencimento judicial.

Conforme visto anteriormente neste trabalho, o juiz é impedido de participar das negociações sobre a colaboração premiada, que somente pode ocorrer entre o investigado e o delegado de polícia ou o ministério público, sempre acompanhado de seu defensor.

Ocorre que, ainda que indiretamente, pode o juiz participar desta negociação ao decretar a prisão preventiva do investigado.

Quando o juiz decreta a prisão preventiva deve analisar o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, dentre outros elementos. Obtempera-se que para análise destes pressupostos deverá o juiz (ainda que por provocação) adentrar nos elementos do inquérito policial. Seja pelo entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quer seja pela perspectiva da teoria da dissonância cognitiva, verifica-se que o juiz se contamina pela versão acusatória perdendo, pois, sua imparcialidade.

Desta forma, ao decretar ou manter uma prisão preventiva, o juiz alimenta o ministério público e o delegado de polícia para barganhar com o investigado o acordo de colaboração premiada.

Como para a decretação ou manutenção da prisão preventiva o juiz analisa elementos que se relacionam com o mérito da causa, este fato certamente

será utilizado como barganha pelo ministério público ou pelo delegado de polícia na tentativa de obtenção de acordo de colaboração premiada.

Se por um lado, funciona como argumento de peso para o ministério público e delegado de polícia, por outro lado, o réu e sua defesa técnica consideram a real possibilidade de condenação em razão da antecipação do mérito pelo decreto ou manutenção de prisão preventiva

Neste sentido, Antônio Eduardo Ramires Santoro:

“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.”³⁴⁰

O segundo ponto a ser analisado é o momento da homologação do acordo de colaboração premiada.

Verifica-se que a colaboração premiada é um meio de obtenção de provas possível para a investigação de crimes praticados por organização criminosa, ou seja, para que se possa homologar um acordo de colaboração premiada, deve o juiz assumir que está diante de um crime cometido por organização criminosa e, portanto, esta análise invade invariavelmente o mérito da investigação que, posteriormente, será julgada pelo mesmo juiz.

Utilizando o parâmetro fixado pelo Tribunal Europeu e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que é necessário analisar o conteúdo da decisão do juiz que atuou em momento pré-processual para averiguar se há um temor de perda da imparcialidade objetiva, acreditamos que a decisão que homologa o acordo de colaboração premiada antecipa o juízo de mérito a respeito

³⁴⁰ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei nº 12.850/13. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P.464;

da ocorrência de um crime cometido por organização criminosa e, portanto, há evidente temor de perda da imparcialidade objetiva.

Neste sentido, Antônio Eduardo Ramires Santoro:

“Desta forma, como é imprescindível que o juiz, para homologar a proposta de colaboração, reconheça estarem preenchidos os requisitos, bem como o primeiro requisito é que se reconheça estar-se investigando uma organização criminosa, há inevitavelmente uma invasão de esfera de mérito da tipificação do delito que condiciona sua validade e molda o juízo antecipado sob o ponto de vista do prefalado efeito perseverança.”³⁴¹

Como mencionado na citação acima, para que o juiz homologue o acordo de colaboração premiada, é necessário que reconheça a existência do crime de organização criminosa para que, então, possa autorizar a colaboração premiada como meio de obtenção de prova. Ou seja, após a homologação, o juiz tenderá a corroborar este entendimento (conforme vimos quando da análise da teoria da dissonância cognitiva) pois, caso não se confirme a existência de uma organização criminosa, o meio de obtenção de prova deve ser invalidado. Evidente, portanto, o temor da perda da imparcialidade do juiz.

Indo além, Antônio Eduardo Ramires Santoro, imagina hipoteticamente a situação que o juiz, no ato da homologação, não faça um juízo apurado do mérito e apenas concorde com às razões invocadas pelo ministério público. Neste caso, conclui o autor, que estaríamos diante do efeito aliança (demonstrado no experimento de Bernd Schünemann aplicando a teoria da dissonância cognitiva ao processo penal), decorrente da vinculação subjetiva entre acusação e o juiz³⁴².

³⁴¹ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei nº 12.850/13. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 464.

³⁴² SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei nº 12.850/13. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 466.

Ainda dentro da fase de homologação do acordo de colaboração premiada, necessário uma última reflexão acerca do contato do juiz com as declarações do colaborador.

A Lei 12.850/2013 estabeleceu que as declarações e o termo de acordo sejam enviados ao juiz para homologação, além de permitir que o juiz ouça o colaborador sigilosamente, nos termos do art. 7º da referida lei.

Desta forma, ainda que o ato de homologação se restrinja à análise da legalidade, regularidade e voluntariedade, o juiz terá contato com os elementos da investigação, às declarações do colaborador e, poderá ouvi-lo sigilosamente. Ressalte-se que todo este procedimento ocorre à revelia do contraditório e da ampla defesa, de modo que, o juiz tomará conhecimento dos fatos sob a ótica policial e acusatória.

De certo que a Lei 12.850/13, através de seu art. 4º, §16º, veda que o juiz fundamente a sentença condenatória exclusivamente nas declarações do colaborador, todavia, são elas que irão nortear a produção probatória para corroborá-la.

“De toda sorte, não se impede que o magistrado forme seu convencimento pelas declarações do agente colaborador, obtidas de forma inquisitorial, sem exercício da defesa e do contraditório e, o que é pior, se tomarmos em conta os resultados do experimento realizado por Schünemann, à luz da teoria da dissonância cognitiva, o magistrado tenderá a supervalorizar as informações obtidas em contraditório que ratifiquem as primeiras informações obtidas e a rechaçar as dissonantes.”³⁴³

Portanto, não obstante a impossibilidade de condenação com base apenas na declaração do colaborador, o juiz desde o momento da homologação do acordo estará contaminado por ela e, durante a audiência de instrução, considerando os resultados do experimento de Schünemann à luz da teoria da

³⁴³ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei nº 12.850/13. In: *Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 466.

dissonância cognitiva, o juiz tenderá a supervalorizar aquilo que corrobore esta versão e, subestimar aquilo que destoe da versão do colaborador.

Neste contexto, onde o juiz para homologar o acordo de colaboração premiada tem acesso às declarações do colaborador e a todo inquérito policial, a audiência de instrução se torna uma “cilada”³⁴⁴ para os delatados ante a evidente quebra da imparcialidade objetiva.

Conclui-se, portanto, que o procedimento previsto na Lei 12.850/13 é incompatível com a garantia da imparcialidade, tendo em vista que o juiz quando decreta ou mantém a prisão preventiva, atua de maneira mediata nas tratativas do acordo de colaboração premiada, instrumentalizando o ministério público e o delegado de polícia para a negociação do acordo. Além disso, para fins de homologação do acordo, é necessário que o juiz antecipe parte do juízo de mérito ao confirmar estar diante de crime praticado por organização criminosa e, em razão disso, durante a instrução, tenderá a confirmar a hipótese pré-estabelecida. Por fim, o juiz tendo acesso às declarações do colaborador e aos elementos do caderno investigativo, embora não possa fundamentar sua decisão nestes elementos, durante a instrução buscará confirmar a declaração.

CONCLUSÃO

A colaboração premiada teve seu embrião nas Ordenações Filipinas e, modernamente, foi inserida em nosso ordenamento jurídico através da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos). No entanto, somente passou a ser aplicada após a regulamentação de seu procedimento através da Lei 12.850/2013, onde encontrou solo fértil para sua utilização na investigação desenvolvida pela polícia federal na chamada operação lava-jato que apura, no cenário político nacional a prática de crimes, em especial, de corrupção e lavagem de dinheiro por organização criminosa, envolvendo pessoas que ocupam cargos de alto escalão da política nacional.

Em razão da sua utilização em larga escala nesta investigação e em decorrência da importância dos fatos investigados, torna-se necessário aprofundar os estudos e a discussão em torno do instituto que, outrora amargava o ostracismo jurídico e agora protagoniza nas mídias e, principalmente, dentro do processo, como o principal meio de obtenção de provas.

Com efeito, só foi possível desarticular a organização criminosa que se infiltrou no governo e ter conhecimento dos crimes por ela praticados, através dos diversos acordos de colaboração premiada realizados que, talvez, através de outras formas de obtenção de provas não seria possível.

Desta forma, a colaboração premiada no Brasil tem se mostrado altamente eficaz no combate ao crime organizado assim como foi na Itália, através da operação mãos limpas.

Portanto, este contexto social aliado a regulamentação do procedimento pela Lei 12.850/13, fez com que a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, ganhasse relevo no cenário nacional, de modo que, se torna

³⁴⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. Dissonância cognitiva no interrogatório malicioso: não era pergunta, era cilada. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-17/limite-penal-efeito-dissonancia-cognitiva-interrogatorio-malicioso>>. Acessado em 28 mai. 2017.

imprescindível a discussão em torno do instituto para o seu desenvolvimento e concretização dentro do ordenamento jurídico.

No início do trabalho discorreremos sobre a discussão acerca da possível conduta antiética do Estado ao firmar os acordos de colaboração premiada e, incentivá-los através de prêmios, bem como, a discussão que gira em torno da sua possível inconstitucionalidade.

Acreditamos que a colaboração premiada é meio de obtenção de provas legítimo e necessário, tendo em vista a manutenção da ordem e do Estado Democrático de Direito, além da necessidade de todos preservarem a ordem pública. Desta forma, firmamos posição, neste trabalho, pela eticidade e constitucionalidade do instituto da colaboração premiada.

Superada esta primeira barreira, fizemos uma análise da colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013.

Nada obstante a importância da Lei 12.850/13 que pela primeira vez regulamentou o procedimento da colaboração premiada em nosso ordenamento jurídico, embora a colaboração estivesse prevista desde a lei dos crimes hediondos de 1990, sua regulamentação, longe da completude, apresenta lacunas e pontos de duvidosa constitucionalidade que necessitam de maiores reflexões para que o instituto possa ser aperfeiçoado, pois não restam dúvidas de sua constitucionalidade e necessidade para o combate ao crime organizado.

No presente trabalho trouxemos diversos pontos que não encontram resposta na Lei 12.850/2013 e que ficarão a cargo da jurisprudência que, enquanto não solucionar estas lacunas, trará instabilidade e insegurança jurídica para o instituto e para aqueles que pretendem utilizá-lo.

Entre as lacunas, enfrentamos a questão que gira em torno da presença da voluntariedade nos acordos de colaboração premiada firmados com réu preso; as cláusulas abusivas; a extensão dos efeitos do acordo de colaboração premiada para

fins de improbidade administrativa; as delações brancas; o valor da delação para fins de decretação de medidas cautelares, oferecimento e recebimento da denúncia, etc; porém, abordamos estas questões de maneira superficial por não ser o foco do presente trabalho.

Além dos pontos que não encontram resposta na Lei 12.850/2013, há outros que embora previstos, devem ser discutidos e adaptados à luz da Constituição Federal e dos direitos e garantias dela decorrentes.

Analisamos, ainda, o procedimento da colaboração premiada à luz do princípio da imparcialidade do juiz.

A imparcialidade surge no Estado Moderno que se contrapõe ao Absolutismo. Assim, a concentração de poder no soberano deveria dar lugar a separação de poderes, atribuindo-se a função de julgar, a um terceiro imparcial. A separação do Poder Judiciário dos demais e o distanciamento do julgador das partes, torna-se o ponto medular a estrutura de sistema acusatório do Estado Democrático de Direito, em contraposição ao sistema inquisitório que se destacou durante a Idade Média.

Embora prevista nos tratados internacionais de direitos humanos, como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, em nossa Constituição Federal, não há previsão expressa da garantia da imparcialidade, no entanto, ela deve ser extraída do sistema acusatório e do princípio do devido processo legal. Portanto, a garantia da imparcialidade está prevista expressamente em tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil se submete, bem como, pode ser extraída, implicitamente, do texto constitucional.

O conteúdo do princípio da imparcialidade foi desenvolvido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos que entendeu necessário distinguir a imparcialidade do juiz em seus aspectos subjetivo e objetivo. O primeiro está relacionado à convicção pessoal do juiz, enquanto que o segundo, refere-se à aparência de

imparcialidade que o julgamento deve passar às partes, relacionando-se com o contato do juiz com o objeto do processo na fase pré-processual.

No primeiro momento, fixou-se a jurisprudência da Corte Europeia no sentido de que qualquer contato do juiz com elementos pré-processuais, culminaria na perda da imparcialidade. Este posicionamento foi revisto na década de noventa em decorrência da evolução dos sistemas processuais penais europeus que eliminaram o juiz inquisidor.

Diante da mudança dos sistemas processuais europeus, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, analisando o aspecto objetivo da imparcialidade, relativizou o seu entendimento inicial para, somente considerar violada a garantia da imparcialidade, quando o conteúdo da decisão, em fase pré-processual, abordasse aspectos relacionados ao mérito da acusação.

Fixou-se, portanto, o entendimento de que a imparcialidade, no seu aspecto objetivo, somente será considerada violada quando o juiz, intervindo na fase pré-processual, profere decisão que invade o mérito da causa.

Esta posição foi igualmente adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à qual o Brasil está submetido.

Após abordar a evolução do entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos relacionado a garantia da imparcialidade, analisamos a pesquisa realizada por Bernd Schünemann que demonstrou empiricamente, a partir da contribuição da teoria da dissonância cognitiva, a incidência do efeito perseverança e a influência do inquérito policial no comportamento do juiz durante a audiência de instrução e, no julgamento.

O experimento comprovou empiricamente que a preocupação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos com o contato do julgador com elementos da investigação, que oferecem a visão parcial da polícia e da acusação, possui

fundamento, pois este contato retira do julgador a imparcialidade necessária para julgar.

Nesta esteira, há no congresso nacional o projeto de alteração do código de processo penal (PLS nº 156/2009) que propõe a criação do juiz das garantias cuja finalidade seria instituir um juiz responsável pelo controle da investigação criminal, separando-o do juiz do processo. Desta forma, teríamos um juiz para a investigação e outro para o processo judicial.

Traçada a diretriz do aspecto objetivo da imparcialidade, analisamos a regra da prevenção de competência do código de processo penal em conjunto com a atuação do juiz no procedimento da colaboração premiada.

Considerando o procedimento previsto na Lei 12.850/2013, o juiz possui um papel importante antes da realização do acordo de colaboração premiada, pois durante investigação policial é chamado a decidir, em especial, acerca de medidas cautelares reais e pessoais. De certo que a Lei 12.850/13, em seu art. 4º, §6º, impede o juiz de participar das tratativas do acordo de colaboração. Todavia, não se pode desprezar esta participação, ainda que de forma mediata, para a realização e/ou obtenção do acordo.

Não há como negar que o juiz instrumentaliza a acusação e a polícia, quando determina uma medida cautelar durante a investigação contra o investigado, principalmente, se esta medida cautelar é a decretação da prisão cautelar.

Também nos debruçamos sobre a análise da homologação do acordo de colaboração premiada que, neste ponto, verificamos dois problemas: a necessidade de reconhecimento e, portanto, de antecipação do mérito da acusação, da existência de organização criminosa para que o acordo de colaboração possa ser homologado, caso contrário, este meio de obtenção de prova não seria viável. O segundo problema desta fase do procedimento, é a vinculação deste juiz, em razão da regra de prevenção de competência, à causa, de modo que, a homologação do acordo de colaboração e o julgamento do processo será feito pelo mesmo juiz.

Analisando estas duas situações aos olhos do posicionamento que prevalece hodiernamente no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem como, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, percebemos que o procedimento é incompatível com a garantia da imparcialidade do juiz.

O posicionamento atual dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos no tocante a garantia da imparcialidade do juiz é no sentido de que deve ser analisado o conteúdo da decisão proferida na fase pré-processual (investigação) para, verificar, ou não, se há uma antecipação com relação ao mérito da acusação.

Pois bem, percebe-se que para a decretação de qualquer medida cautelar, pessoal ou real, o juiz deve valorar aspectos que dizem respeito ao mérito, tais como, “indícios suficientes de autoria”, “prova da materialidade”, etc. Além disso, para homologar o acordo de colaboração premiada o juiz deve reconhecer a existência de crimes praticados por organização criminosa.

Desta forma, fica demonstrado que o juiz que homologa a colaboração premiada e, atua na fase pré-processual verificando a pertinência de medidas cautelares, invade o mérito da causa e, portanto, antecipa o juízo que somente deveria ser feito ao final do processo. O que também demonstra que estes elementos pré-processuais que trazem apenas a versão da acusação e da polícia afetam a imparcialidade do julgador.

Ademais, em razão da regra da prevenção de competência, o juiz que primeiro tomar contato com qualquer destas medidas, torna-se o juiz competente para julgamento.

Deste modo, vislumbramos que o procedimento da colaboração premiada, da maneira como está previsto em nosso ordenamento jurídico, em conjunto com as regras do código de processo penal, em especial a definição de competência por prevenção, não é compatível com a garantia da imparcialidade do juiz.

O juiz que homologa o acordo de colaboração premiada não poderia estar habilitado para julgar pois, evidente a sua contaminação pelos elementos pré-processuais que carregam a versão da polícia e da acusação.

O contato do juiz com a investigação leva à quebra da imparcialidade, conforme demonstrado empiricamente no experimento de Bernd Schünemann. Além disso, aos olhos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando as decisões proferidas pelo juiz na fase pré-processual antecipam o mérito da acusação, a garantia da imparcialidade terá sido violada.

Entendemos, assim, que o instituto é ético e constitucional, todavia, seu procedimento não está em conformidade com a garantia da imparcialidade do juiz, devendo este aspecto ser repensado. Alternativas existem, tal como considerar a prevenção como um critério de exclusão de competência e, não de fixação, bem como, a institucionalização do juiz das garantias.

Ambas as soluções visam fazer com que o juiz competente pela homologação do acordo de colaboração, não seja o mesmo que irá sentenciar o processo. Ou seja, teríamos um juiz competente para a fase de investigação e, outro igualmente competente, para a fase processual.

Somente assim, o procedimento da colaboração premiada estaria em conformidade constitucional com o princípio da imparcialidade do juiz.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. Renúncia a Direito Fundamental. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALBAN, Rafael; MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A inegociabilidade da prescrição nos acordos de delação premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. Sistema jurídico penal e garantias fundamentais: crise processual e solução tríade. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, 2016. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19406/2/Carlos%20Alberto%20Garcete%20de%20Almeida.pdf>>. Acessado em 20 jul. 2017.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas processuais penais e seus princípios reitores. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo Codex Penal Adjetivo. Revista de Informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009.

ANSELMO, Márcio Adriano. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-26/academia-policia-sigilo-colaboracao-premiada-visao-supremo>>. Acessado em: 29 jun. 2017.

ARAS, Vladimir. Direito Probatório e Cooperação Jurídica Internacional. In: SALGADO, Daniel de Rezende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). A Prova no enfrentamento à Macrocriminalidade. Salvador: JusPodium, 2015. P. 269-306

ARAS, Vladimir. O Colaborador Reincidente. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/08/31/o-colaborador-reincidente/>>. Acesso em 30 jun. 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. São Paulo: Verbatim, 2014.

ARAÚJO, Vicente Leal de. Considerações acerca da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro. In: Revista In Verbis, n. 38, v. 20, 2015.

AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 22. N. 265, Dezembro 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. 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. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias-1.html>>. Acessado em: 05 jun. 2017.

BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei 12.850/13. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850131111.html>>. Acessado em: 11 jul. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARROS, Felipe Luiz Machado. Colaboração Premiada e direito à não autoincriminação: (in) constitucionalidade da renúncia do direito ao silêncio prevista na Lei 12.850/2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Natal/RN, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/21318/1/FelipeLuizMachadoBarros DISSERT.pdf>>. Acessado em 17 jul. 2017;

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad.: Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 21^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: Uma análise comparativa. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOOBIO, Norberto. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Teoria do ordenamento jurídico. 10. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOTELHO, Jeferson. Direito penal premial. Delação e colaboração premiadas: ondas renovatórias do direito probatório. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CACHO, Manoela Andrade. Colaboração premiada e o princípio da obrigatoriedade. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –

PUC-SP, 2015. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6959>>. Acessado em 17 jul. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. Coimbra: Almeida, 1998.

CARVALHO, Natália Oliveira de. A delação premiada no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. Estado pós-democrático e delação premiada: crítica ao funcionamento concreto da justiça criminal negociada no Brasil. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. P. 426-430.

CONSERINO, Cássio Roberto. Crime Organizado e institutos correlatos. São Paulo: Atlas, 2011.

COSTA, Leonardo Dantas. Delação premiada: a atuação do Estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e Mentira como Prova: a Proteção às Organizações Criminosas. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Org.). A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade. Salvador: JusPodivm, 2015.

COURA, Alexandre de Castro; JUNIOR, Américo Bedê. Atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais, n. 1, 2001, p. 26-51.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n1, v. 17, 2007. P. 95-106.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n. 12.850/2013. Salvador/BA: JusPodivm, 2013.

DAVID, Décio Franco; TERRA, Luiza Borges. Sigilo e delação premiada: o tecer das teias da tarântula midiática. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DEL ROIO, José Luiz. Operação Mãos Limpas: e no Brasil? Quando? São Paulo: Ícone, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DINO, Nicolao. A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: Possibilidade e Repercussão Probatória. In SALGADO, Daniel de Resende

EL TASSE, Adel. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. Ciências Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, p. 269, jul. 2006.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. O direito penal e processual penal brasileiros no Estado Democrático de Direito. In: Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. O perfil constitucional: material da delação premiada como meio de prova. In ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). Capacitar, VII Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores da República. Brasília: ESMPU, 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 7ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FEROLLA, Guido; NETO, João Francisco. As mazelas da colaboração premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa. 8ª Ed. Coordenação e edição de Marina Ferreira. Curitiba: Positivo, 2010;

FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Trad. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1975.

FILHO, José Maurício Cabral Mattos; URANI, Marcelo Fernandez. Aspectos críticos da colaboração premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FRANCISCO, José Carlos. Estado democrático de direito, políticas públicas e novos modelos de governanças. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Editora: Quartier Latin do Brasil, 2011.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. Crimes hediondos. 7ª Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo; RODRIGUES, Leonardo Monteiro. Colaboreis com a verdade e a colaboração vos libertará. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Corrupção política e delação premiada. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano VI, n. 34, Porto Alegre, out./nov. 2005.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.); BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. Lei de Drogas comentada: Lei 11.343, 23.08.2006. 2ª Ed. ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. A delação premiada como fundamento da prisão preventiva. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 12/1995. P. 76/86. Out – Dez/1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). Justiça Penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil); a modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

JUNIOR, Ulisses Augusto Pascolati. Delação ou colaboração premiada e DIPO. In: Boletim IBCCRIM, n. 265, v. 22, 2014.

LAFER, Celso. A reconstrução dos Direitos Humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASSALLE, Ferdinand. Que é uma constituição? Tradução de Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LE MOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado. Delação premiada de acusado preso. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, vol. I, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. In: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, v. 8, n. 16, set-dez.2016.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. No jogo da delação premiada, prisão cautelar é trunfo fora do fair play. Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/limite-penal-jogo-delacao-prisao-cautelar-trunfo-fora-fair-play>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

LUPO, Salvatore. História da máfia: das origens aos nossos dias. Tradução: Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2002.

MARCON, Adelino. O princípio do juiz natural no processo penal. Curitiba: Juruá, 2004.

MARQUES, José Frederico. Elementos do direito processual penal. 2ª Ed. ver. E atual. Por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millenium, 2003, v. I.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito processual penal. V. II. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Delação Premiada: Uma realidade sem volta. In: Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A dignidade da pessoa humana desde a concepção. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARTINS, Rui Cunha. O ponto cego do direito. The brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

MELLO, Marco Aurélio de. Liberdade de expressão, dignidade humana e estado democrático de direito. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. A inegociabilidade da prescrição nos acordos de delação premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração Premiada e a nova lei do crime organizado. In: Custos Legis: a Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, Vol 4, 2013.

MILHOMENS, Eduardo Bruno Avellar; GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. Delação premiada. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 6ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. (Tomo I: Preliminares – O Estado e os sistemas constitucionais).

MORAIS, Paulo José Iász de. A delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro: a atuação das agências punitivas na elucidação do caso penal. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. Revista de processo, vol. 103, julho-setembro 2001.

MOREIRA, Rômulo. A delação premiada no Brasil ontem e hoje: razões jurídicas, éticas e constitucionais pelas quais a repudiamos. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação mani pulite. Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 26, p. 52-56, jul./set. 2004.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assim. Delação Premiada. Revista Del. Rey Jurídica, ano 8, n. 16, p. 67, Belo Horizonte, 1º sem. 2006.

NALINI, José Renato. Duração razoável do processos e a dignidade da pessoa humana. In Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier, Latin, 2009.

NETO, José de Assis Santiago; PENIDO, Flávia Ávila. A delação premiada em confronto com o processo democrático. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

NETTO, Vladimir. Lava Jato: o juiz Sergio Moro e os bastidores da Operação que abalou o Brasil. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

NEVES, J. F. Moreira das. Acordos sobre a sentença penal: o futuro aqui já!. Revista do Ministério Público de Lisboa. N. 135, v. 34, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Organizações criminosas: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “plea bargaining” no direito norte-americano. FMU direito. N. 23, v. 15, 2001.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR., Paulo José da. Criminalidade organizada. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais: Tipo, tipicidade e bem jurídico universal. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. Comunicação social e a tutela jurídica da dignidade humana. In: Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. Revista dos Tribunais. Vol. 929/2013. Mar/2013. DTR/2013/585.

PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada: legitimidade e procedimento. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.

PEREIRA, Henrique Viana; SALLES, Leonardo Guimarães; BITENCOURT, Mateus Salles. Delação Premiada: Reflexões no contexto do Estado Democrático de Direito. In: Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

PINHO, Humberto Della Bernardina de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 73, v. 13, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?. In: Delação premiada: um estudo em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

PINTO, Ronaldo Barbosa. A Colaboração Premiada da Lei 12.850/13. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 56, v. 10, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIRANGELI, José Henrique. Códigos penais do Brasil – evolução histórica. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, roberto Ferreira. Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático eficiente. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUESATO, Paulo; SANTIAGO, Alex. Comentários à lei 12.850/2013 – A nova lei de combate ao crime organizado no Brasil. Editora: Fortaleza, p. 5 Disponível em: <<http://www.pauloquezado.com.br/arquivos/livros/pdf/pdf15.pdf>>. Acessado em 11 de maio de 2017.

QUINTIERE, Victor Minervino. Breves reflexões a respeito da colaboração premiada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Persecução penal democrática. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESHC, 2010.

ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. A (in)voluntariedade dos acordos de colaboração premiada celebrados com acusados presos. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da. Dissonância cognitiva no interrogatório malicioso: não era pergunta, era cilada. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-17/limite-penal-efeito-dissonancia-cognitiva-interrogatorio-malicioso>>. Acessado em 28 mai. 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O Estado Democrático de Direito. In: Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Editora: Quartier Latin do Brasil, 2011.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei nº 12.850/13. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (Delação) Premiada. Salvador: JusPodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Mouro. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 24, n. 281, abril, 2016.

SCHÜNNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: Revista Liberdades, n. 11, setembro/dezembro de 2012.

SEIXAS, Taysa Matos; SOARES, Lianne Macedo. Delação premiada: culpada ou inocente. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, 2003. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4439/arquivo5601_1.pdf?sequence=1>. Acessado em 21 nov. 2017.

SILVA, Edimar Carmo da. O princípio acusatório e o devido processo legal. Porto Alegre: Nuria Fabis, 2010.

SILVA, Eduardo Araújo da. Crime organizado: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Eduardo Araújo da. Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada – Lei 12.850/2013. Disponível em: <http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf>. Acessado em: 09 jun. 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Juruá, 2008.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumento para a efetivação da dignidade humana. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Juizados especiais criminais. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. Código de Processo Penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal. 2ª ed. Natal: OWL Editora Jurídica, 2015.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade. In: Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, José Alberto Sartório de. Plea bargaining: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. N2, 1998.

SPENGLER. Adriana Maria Gomes de Souza; WEBER, Cleverson. A “troca de favores” entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor. In: Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de processo penal. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1.

TOURINHO NETO, Fernando. Delação premiada Colaboração Premiada: Traição premiada, endurecimento das decisões judiciais. Afronta à Constituição Federal. Juiz justiceiro. In: Delação premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

YOU TUBE. Aula ministrada em 10/12/2015 pelo Ministro Rogério Schietti (STJ) e teve como debatebor o Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini, no 1º Congresso “Ética, Corrupção e Gestão de Empresas”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D_NXju2b_0g>. Acesso em: 18 jul. 2017.

YOU TUBE. Delação Premiada. Palestra de Gustavo Badaró. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=r6HGJJO1cHE&t=210s>>. Acessado em: 19 de jul. 2017.

YOU TUBE. Lavagem de dinheiro e delação premiada. Palestra de Claudio José Langroiva Pereira. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RkVf-p7q7eg&t=178s>>. Acessado em: 19 de jul. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categoria frustrada. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro: Revan, ano 1, v. 1, 1996, p. 45.