

2017 - 02 - 15

Revista dos Tribunais

2016

RT VOL.969 (JULHO 2016)

DOUTRINA

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Direito Processual Penal

1. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro.

The judge's role concerning the "plea arrangement" in the Brazilian criminal proceeding- The constitutional rights of defendant and the agreement deals.

(Autor)

AMÉRICO BEDÊ JUNIOR

Doutor em Direitos Fundamentais FDV/ES. Mestre em Direitos Fundamentais FDV/ES. Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu - doutorado e mestrado - da FDV. Professor de Processo Penal da FDV/ES. Professor coordenador do Grupo de Pesquisa "Hermenêutica jurídica e jurisdição constitucional" da FDV/ES. Juiz Federal Titular da 2.ª Vara Criminal em Vitória/ES. bedejunior@hotmail.com

Sumário:

- 1 Introdução
- 2 A questão da (im)possibilidade de o juiz oferecer o acordo de colaboração
- 3 A questão da possibilidade de modificação do conteúdo do acordo
- 4 O juiz e a retratação do acordo de colaboração
- 5 O Juiz como garantidor dos direitos fundamentais do delator e do delatado
- Referências bibliográficas

Área do Direito: Constitucional

Resumo:

O presente trabalho investigará o papel do magistrado, seus limites e possibilidades, em relação ao acordo de colaboração premiada no direito brasileiro. Assim, em relação ao magistrado, será

destacada a função de garantidor dos direitos fundamentais do acusado e dos legítimos espaços de consenso pertinentes ao novo processo penal brasileiro.

Abstract:

This paper examines the judge's role concerning the "Plea arrangement" in Brazil. Thus, this paper will underscore the judge's role of protect the constitutional rights of defendant and the agreement deals in the current Brazilian criminal proceeding.

Palavra Chave: Delação premiada - Direitos fundamentais - Juiz - Processo penal brasileiro - Consenso

Keywords: Plea arrangement - Constitutional rights - Judge - Brazilian criminal proceeding - Agreement

1. Introdução

A admissibilidade de acordos no processo penal enseja discussões acaloradas, e desperta cada vez mais atenção no Brasil contemporâneo. A Operação Lava-Jato tornou o tema objeto de debates não mais restritos à academia jurídica, mas também presentes na imprensa em geral e em rodas de conversa espalhadas por todo o país.

Nesse contexto, é oportuno refletir e (re)discutir temas como a obrigatoriedade da ação penal, as hipóteses de consenso nessa esfera e, especialmente, os limites e possibilidades da colaboração processual, foco de polêmicas e divergências.

Não faltam questões a serem enfrentadas, tais como: benefícios do instituto; previsão legal dos prêmios; renúncia ao direito de silêncio; prazo para a sua realização; forma de realização; possibilidade de retratação; voluntariedade ou espontaneidade do acordo; possibilidade de realizar a delação preso; vinculação do juiz ao mérito do acordo; extinção do crime de falsa delação pela retratação; (im)possibilidade de divulgação pela mídia do nome do delator; condições e benefícios que o estado deve obter para que o acusado faça jus ao benefício; (in)existência do direito do delatado de saber quem o delatou; dentre outras.

No presente trabalho, como objeto de pesquisa, pretendemos tratar dos limites à atuação do juiz no acordo de colaboração premiada. Sem a pretensão de respostas definitivas, buscaremos apresentar nossas reflexões e, sobretudo, fomentar o debate e incentivar outras investigações acerca das relevantes questões supracitadas. Afinal, são questão centrais ao desenvolvimento do processo penal brasileiro e, porque não dizer, dos direitos e garantias fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito.

2. A questão da (im)possibilidade de o juiz oferecer o acordo de colaboração

Já de início, é importante frisar que o juiz não é uma das partes do acordo de colaboração. E que o acordo deve acontecer no interesse das partes. O juiz, como condição de manutenção de sua imparcialidade, deve ser excluído das tratativas de colaboração. Nesse sentido, andou bem o legislador brasileiro no art. 4.º, § 6.º da lei 12.850/2013 ao vedar a participação do juiz na negociação.

Nesse ponto, já emerge uma questão interessante: caso o acusado não tenha sido beneficiado formalmente em acordo de colaboração, mas colaborado materialmente com o Estado, poderia o juiz, de ofício, conceder benefício legal na sentença?

Nessa hipótese, não haveria dúvidas que, a partir de informações do réu, o Estado conseguiu uma das seguintes informações:

I - a 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."

Todavia, subsiste o problema de que o réu forneceu esses elementos sem assinar um acordo de colaboração, por exemplo, pela negativa do MP de oferecer um acordo. Poderia o juiz, então, reconhecer a colaboração e aplicar, de ofício, os benefícios legais na sentença?

A nosso ver, a solução dessa questão vincula-se, diretamente, à resposta de outra pergunta: a colaboração processual é um direito subjetivo do réu? Caso afirmativa a resposta, o juiz teria o dever de reconhecer e garantir o benefício. Caso negativo, o MP teria poder discricionário para o oferecimento (ou não) da proposta de acordo.

Nesse caso, entendemos 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 de proposta, que possui caráter eminentemente funcional, do ponto de vista da produção de provas lícitas e úteis ao autor da ação penal.

Evidentemente, o acordo (ou a ausência dele) não está livre de qualquer controle. Caso contrário, seria admitir espaço para arbitrariedades, discriminação e caprichos, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Isso, contudo, não leva à conclusão de que o réu tenha um direito subjetivo ao acordo.

As hipóteses de intervenção e controle serão excepcionais e dependerão de comprovação, por parte do acusado, de que os termos do acordo ou a ausência dele decorrem de desvio funcional do membro do MP, algo que vai muito além da mera discussão acerca da utilidade das informações ou provas oferecidas pelo réu ou investigado.

Buscar definir um rol de hipóteses em que esse controle seria justificável seria como tentar conter o futuro ou acreditar que é possível prever os "casos difíceis" e resolvê-los de antemão. De qualquer modo, apenas para ilustrar, imagine a hipótese em que, no final do processo, o réu comprove impedimento do promotor de justiça, o qual deixou de oferecer o acordo por parentesco com a vítima. Nesse caso, a invalidação do processo e a reiteração da "oportunidade" de proposta pelo promotor sucessor se justificariam plenamente.

Imagine, ainda, um caso em que o promotor é acusado pelo réu de racismo. Nessa hipótese, a alegação foi acompanhada de provas consistentes e da demonstração de que o promotor agiu de forma contrária à postura amplamente reiterada pelo próprio órgão de execução do MP em casos equivalentes. Ora, embora o acusado não tenha direito subjetivo ao acordo, não resta dúvida de que todo acusado tem direito fundamental à igualdade, fundamento que poderá ensejar, conforme o caso, a responsabilidade funcional do promotor de justiça e sua suspensão das funções, como

penalidade administrativa. Ocorrendo isso, o juiz deverá reiterar, ao promotor sucessor e ao réu, a oportunidade de acordo.

Embora tais medidas não sejam infalíveis, elas demonstram que o controle de abusos pode coexistir com a tese de que inexistente direito subjetivo do réu- investigado ao acordo. A única forma de eliminar esse risco é o retorno ao princípio da obrigatoriedade e a impossibilidade de negociar, o que seria um equívoco, ao nivelar todos na situação de que não poderão ser beneficiados pelo acordo.

Deve-se lembrar que o acordo é sempre no interesse do Estado e não do acusado. A proposta pode até partir de um pedido do réu, mas as regras do acordo devem ser formuladas pelo Estado. A contribuição informal sem a materialização do acordo, talvez mais teórica do que real, não pode gerar benefícios uma vez que o juiz não é parte do acordo e não deve obrigar o MP a negociar.

Acordo imposto é uma contradição em termos. Aceitar o consenso no processo penal é entender que o juiz não terá controle do resultado do julgamento, especialmente no que se refere ao conteúdo material de eventual condenação.

3. A questão da possibilidade de modificação do conteúdo do acordo

Poder-se-ia argumentar que a presente questão é idêntica a anterior, ou seja, se o juiz não pode oferecer de ofício o acordo de ofício, igualmente não poderia alterar qualquer cláusula do acordo, porque, na prática, essa alteração significaria um oferecimento de benefício.

Nesse diapasão, seria o papel do juiz de mero carimbador ou homologador da proposta já formulada e aceita pelas partes. Seria essa a melhor solução?

Interessante lembrar que, no acordo dos juizados especiais, o juiz também não pode oferecer a proposta, mas pode reduzir na metade o valor da multa proposta pelo MP.

O benefício mínimo proposto pelo MP não pode ser alterado, tendo em vista o princípio da confiança nos atos Estatais. Admitir que o juiz não homologue ou reduza a proposta do *parquet*, mas utilize as informações do réu colaborador, é violadora da boa-fé e incompatível com a moralidade administrativa.

O mínimo proposto pelo MP é condição para utilização válida das informações prestadas pelo réu, mesmo que a proposta do MP transcenda aos benefícios legais previstos. É curioso esse ponto. As exigências do MP para o acordo não estão previstas na lei. Todavia, cláusulas como a obrigatoriedade de desistir de recursos interpostos ou a impossibilidade de utilização de *habeas corpus* são utilizadas e reconhecidas como válidas. A relativização da legalidade à luz do caso concreto pode ser admitida desde que não enseje consequência penal gravosa para o colaborador acusado.

A lei não prevê, por exemplo, como prêmio, a obrigação do estado de proteger a família do delator. Não se está a defender um arbítrio puro, incompatível com o estado democrático de direito, mas sim que é ínsito ao poder de negociar a possibilidade de criação de vantagem ao acusado não prevista expressamente em lei.

Nesse diapasão, é possível reconhecer ao juiz o poder de ampliar o benefício oferecido pelo MP, desde que o faça de forma devidamente fundamentada, tendo em vista a integridade do sistema jurídico, e não apenas as regras legais expressas.

Para dar um exemplo, vale pensar na possibilidade de perdão judicial para colaborador que já está

cumprindo pena. Uma interpretação constitucionalmente adequada da Lei 12.850/2013 poderá justificar tal decisão à luz do caso concreto. Nessa lei, fica clara a possibilidade de perdão em face da colaboração nas fases de investigação e durante o processo. Todavia, na fase de execução, o benefício legal expresso varia de redução da pena à progressão de regime, não existindo previsão do perdão judicial. Ao nosso ver, o caso concreto poder justificar a admissão de perdão nesse momento, desde que aja interesse do Estado na colaboração.

Outro exemplo seria a situação na qual o MP negocia uma redução mínima para um réu que, de forma surpreendente, vai muito além do esperado e viabiliza dados sobre organização criminosa, devolve o dinheiro fruto da atividade ilícita e revela planos futuros da organização. Nesse caso, a qualidade e repercussão das informações obtidas poderão justificar ampliação do benefício para o delator, ainda que tal benefício tenha sido sonogado pela proposta inicial do MP. O tratamento isonômico do colaborador presente para aferição de benefícios já concedidos em casos análogos é um fundamento relevante para a ampliação nessa situação.

Em síntese, a adequação legal da proposta¹ prevista no § 8.º do art. 4.º deve ser interpretada como a possibilidade do juiz ampliar, nunca reduzir, a proposta do benefício feito pelo MP.

4. O juiz e a retratação do acordo de colaboração

O § 10 do art. 4.º da Lei 12.850/2013 prevê 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 lei garante a possibilidade de retratação. A primeira observação importante é que, diferentemente do que acontece em relação ao crime de falso testemunho, não há previsão de a retratação servir como causa extintiva de punibilidade do crime de falsa colaboração.

Verifica-se, portanto, que a retratação é limitada, exclusivamente, às provas que incriminem o delator, e não o delatado.²

Tal distinção é fulcral. Uma vez entregue as provas pelo delator, ele não possui mais o controle sobre a utilização e alcance das provas entregues. O Estado tem o dever de apurar a veracidade daquelas provas e utilizá-las, quando possível. O limite legal com a retratação é a prova que incrimina o delator. Em relação a essa prova, o legislador vedou a utilização.

A retratação pode ocorrer antes ou depois da homologação pelo juiz.³

Na hipótese de ser anterior à homologação, entendemos que não é necessária decisão judicial validando retratação acerca de algo que ainda não foi sequer homologado. Sem a homologação judicial, o acordo ainda não se aperfeiçoou. Nesse caso, as partes deverão apenas comunicar ao juiz que o acordo foi retratado, sem necessidade de autorização judicial, prévia ou *a posteriori*.

A ideia de retratação sugere oportunidade e conveniência, não cabendo ao juiz imiscuir-se nessa esfera de autonomia das partes. Deve o magistrado, todavia, valorar todas as provas trazidas que possam incriminar terceiros, uma vez que a retratação não impede essa análise.

Existindo a homologação do acordo pelo juiz, faz-se mister uma nova decisão judicial acerca da retratação, para homologá-la.

Não estamos afirmando, com isso, que o juiz poderá negar-se a homologar a retratação por razões de conveniência e oportunidade ou por quaisquer fundamentos funcionais, do ponto de vista da

instrução processual.

O distrato aqui é unilateral. É direito do réu retratar-se, de forma semelhante ao que acontece na hipótese de retratação da confissão. Trata-se de direito potestativo que, por isso mesmo, pode ser exercido sem justificativa.

Não há, sequer, imutabilidade nas palavras do delator. Todavia, ele responderá pelo crime de falsa colaboração se mentir a pretexto de colaborar.

Então, afinal, qual seria o papel do juiz ao decidir sobre a homologação?

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

Uma discussão importante é se, apesar da retratação, o juiz poderia fundamentar decisão condenatória nas provas trazidas pelo delator. Teria o colaborador direito ao benefício apesar de sua retratação? Um modo de analisar o problema prestigiando o aspecto material seria afirmar que o Estado, ao utilizar a prova, deve dar a contrapartida que é o prêmio. Trata-se de analogia com a confissão utilizada como fundamento da decisão condenatória. Nesse caso, o juiz deve, necessariamente, valorar a confissão, nos termos da súmula 545 do STJ.

Outra forma de analisar é considerar que a retratação da colaboração só tem dois efeitos práticos: a) impossibilitar utilização das provas autoincriminatórias, contra o colaborador; b) impossibilitar o benefício da colaboração, pois, se o próprio réu desistiu do benefício e comunicou ao Estado, não poderia reclamá-lo, por se tratar de comportamento contraditório, que é vedado processualmente.

Nessa esteira, questão ainda mais complexa é a retratação parcial. E se o colaborador pretende retratar-se, apenas, de parte da colaboração? A omissão legal não deve ser interpretada como um silêncio relevante a vedar esse tipo de retratação.

Se é possível retratar-se de tudo, é possível retratar-se de parte. No entanto, volta-se, aqui, ao ponto central do instituto: o consenso. A retratação parcial não pode ser imposta ao Ministério Público, que pode, em face dessa proposta, retirar a oportunidade de acordo.

A relação de colaboração processual não é de um ato instantâneo, mas, sim, uma relação de trato sucessivo, com obrigações permanentes e contínuas entre as partes.

O juiz deve velar para que esse acordo seja marcado pela voluntariedade, não apenas no momento da celebração mas também da execução, razão pela qual é indispensável a possibilidade de a parte se retratar.

5. O Juiz como garantidor dos direitos fundamentais do delator e do delatado

O objetivo desse artigo foi demonstrar o quão controvertido e complexo é o papel do juiz nos processos em que existe acordo de colaboração premiada.

O juiz deve ser o garantidor dos direitos fundamentais do delator, podendo, inclusive, ampliar os benefícios da proposta, ao mesmo passo em que deverá zelar pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais do próprio delatado.

Nesse ponto, o direito possivelmente mais importante do delatado está resumido no § 16 do art. 4.º da Lei 12.850/2013. Trata-se da impossibilidade de uma sentença condenatória ser proferida com fundamento apenas na declaração de agente colaborador.

O acordo de colaboração não dispensa o julgamento. Todas as provas trazidas pelo colaborador devem ser analisadas e valoradas, de forma racionalmente fundada e juridicamente consistente, o que deverá estar explícito na fundamentação da decisão. O acordo de colaboração processual difere, nesse ponto, do acordo sobre sentença em processo penal,⁴ no qual existe a negociação integral do objeto do processo entre acusação e defesa.

O juiz tem o dever de analisar a prova. Teve o legislador o cuidado de criar o crime de falsa colaboração processual. A palavra do colaborador não tem presunção de veracidade e deve ser analisada no contexto de todas as provas carreadas no processo.

Não se fala em hierarquia de provas, mas de uma exigência mínima de fundamentação, por força de lei, que exige mais do que a mera palavra do colaborador como justificativa válida para uma condenação.

O delatado também tem direito de formular perguntas ao delator. É certo que tais perguntas podem ser efetuadas com a preservação do sigilo da identidade do delator. Para tanto, basta, por exemplo, que se adote um procedimento semelhante ao depoimento sem dano, colocando o delator em sala separada ou em ambiente virtual, com distorção de imagem e voz, para que possa responder ao advogado sem ter sua identidade revelada. E esse é só mais dos desafios para a concretização constitucionalmente adequada da colaboração premiada no processo penal brasileiro.

Dessa forma, e sem a pretensão de respostas definitivas, esperamos ter incentivado a curiosidade e o interesse sobre o tema, em relação ao qual muito tem-se a refletir e pesquisar. Portanto, para concluir, é oportuno lembrar da advertência de Morin: "A modernidade produz monstros e maravilhas, e toda a questão é saber se os monstros destruirão as maravilhas ou se as maravilhas subjugarão os monstros. A esse respeito, pode-se utilizar a metáfora do aprendiz de feiticeiro: nós desencadeamos as forças que não conseguimos dominar".⁵ Vamos, portanto, torcer para que os operadores do processo penal dominem a colaboração processual numa ótica constitucionalmente adequada ou ela própria dominará o processo penal e distorcerá a Constituição.

Referências bibliográficas

BRASILEIRO, Renato. *Curso de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016

BORGES, Andrey. Disponível em: [www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/at_download/file]. Acesso em: 21.06.2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime Organizado*. São Paulo: Método, 2015.

MORIN, Edgar. *Rumo ao abismo? Ensaio sobre o destino da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

Pesquisas do Editorial

- A DELAÇÃO PREMIADA E A NECESSÁRIA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA

OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL, de Leandro Sarcedo - RIASP 27/2011/191

- COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA, de Frederico Valdez Pereira - RT 929/2013/319
- DELAÇÃO PREMIADA E IDONEIDADE PROBATÓRIA, de Tiago Cintra Essado - RBCrim 101/2013/203
- A COLABORAÇÃO PROCESSUAL COMO PRODUTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E AS SUAS RELAÇÕES COM A SEGURANÇA JURÍDICA, A VERDADE E A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA, de Marco Eugênio Gross - RePro 226/2013/115