

1. INTRODUÇÃO

O combate a criminalidade organizada, cujo marco normativo é a lei nº 12.850/13, demanda o adequado equacionamento da tensão existente entre eficiência e garantismo vez que existe, ainda que potencialmente, restrições a direitos fundamentais na previsão e utilização dos meios de obtenção de prova previstos naquele diploma normativo, como é o caso da colaboração premiada.

Se, de um lado há uma necessidade de técnicas especiais de investigação e flexibilização procedimental visando a efetiva repressão e prevenção dessa manifestação criminológica, de outro deve ser garantido o respeito aos direitos e garantias fundamentais basilares ao Estado de Direito.

A tarefa de harmonizar estes dois vetores compete ao legislador em primeiro lugar e ao Poder Judiciário, em segundo. Este, por meio do controle jurisdicional tem o dever de verificar a constitucionalidade e legalidade da colaboração premiada tanto no plano abstrato, isto é, normativo, quando no plano prático.

Esse controle ocorre em momentos diversos do *iter* procedimental da colaboração, e em cada uma de suas fases, diversas são as hipóteses e limites da atuação judicial.

Este artigo pretende realizar uma análise sistêmica do controle judicial, valendo-se para tanto de recentes decisões dos Tribunais Superiores, em particular as adotadas no âmbito, da ainda inconclusa, operação “Lava-Jato”.

Com esta investigação, conclui-se o estudo iniciado no artigo anterior, onde se fixou balizas conceituais e de natureza jurídica da colaboração premiada.

2. CONTROLE JUDICIAL

Quando se fala de controle judicial, é preciso ter-se em mente o dogma da inafastabilidade do controle judicial previsto no art.5º, XXXV da Constituição Federal.

Esse deve ser o paradigma quanto a forma, momento e intensidade em que se desenvolve o controle dos atos de colaboração durante toda a sua trajetória, desde a fase das tratativas até a sua efetiva execução. Quer-se, com isso, dizer que a cognoscibilidade deve ser a regra, e sua amplitude a mais abrangente possível.

O primeiro controle é o de constitucionalidade.

A sindicabilidade judicial é necessária, em primeiro lugar, para se avaliar a compatibilidade do instituto da colaboração premiada, tanto abstrata, quanto concretamente, com a Constituição.

E o critério para tanto é a obediência ao princípio da proporcionalidade em seus múltiplos aspectos: além da necessidade, adequação, e proporcionalidade em sentido estrito, também a legalidade, justificação, motivação, e, no que interessa a este estudo, a judicialidade (MORAES, 2008, p.348).

A constitucionalidade abstrata do instituto já foi reconhecida por mais de uma vez pelo Supremo Tribunal Federal, neste sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto afirmou: “Como a segurança pública não é só dever do Estado, mas é direito e responsabilidade de todos, situo, nesse contexto, como constitucional a lei que trata da delação premiada. O delator, no fundo, à luz da Constituição, é um colaborador da Justiça”¹. Em outro importante precedente, o Ministro Peluso asseverou: “Aliás, ninguém tem hoje, nem aqui nem alhures, dúvida sobre a legitimidade constitucional do instituto da delação premiada (...). E, entre nós, esta Corte não lhe tem negado validade como expediente útil de investigação (...)”²

Entretanto, a verificação de sua compatibilidade com a Constituição depende, ainda, da análise casuística de sua aplicação, daí a importância de se assegurar, de forma ampla e abrangente, o controle por parte do Poder Judiciário.

Diz-se isso pois “o Juiz penal não poderá se afastar, em qualquer instante da persecução penal, de seu poder/dever de julgar todos os atos estatais constitutivos da esfera de direitos fundamentais do indivíduo”. Destarte, “ na área processual penal, deverá o magistrado julgar (analisar e decidir) sempre e na medida em que o ato estatal praticado e requerido interfira na esfera de direitos do cidadão.” (MORAES,2008).

Assentada a premissa de que o controle, por constituir garantia constitucional, deve ser amplo, especialmente pelo fato do instituto em análise efetivamente restringir outras

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 90688 PR, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 12/02/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: 25-04-2008. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo503.htm>>. Acesso em 13-05-17.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação: 1085. Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 16/12/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 15-04-2010. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>>. Acesso em 13-05-17.

garantias fundamentais, há de ser ele, igualmente, passível de ser suscitado em qualquer das fases descritas, variando-se, tão-só o objeto e a intensidade do controle.

Na tentativa de se identificar essas variáveis, importante aludir a lição da existência uma tríplice função do controle jurisdicional da colaboração premiada, incidindo este sobre os aspectos de: legalidade e regularidade, voluntariedade e mérito. (FERNANDES, 2005, p.258)

Assim o Judiciário terá protagonismo na fase de homologação e valoração do acordo, onde, no primeiro, dar-se-á a análise da legalidade e voluntariedade do pacto firmado, e, no segundo, a apreciação da efetividade da colaboração, análise das provas, e sentenciamento (mérito).

Nas demais fases (tratativas e execução), apesar de eventual, o controle não será inexistente.

Diante da natureza diversa e infinidade dos temas que podem ser apreciados pelo Poder Judiciário no desenrolar da colaboração em cada uma de suas fases, convém proceder-se a uma análise sistemática e individualizada.

2.1 Controle na fase das tratativas

O controle dos atos praticados na fase de tratativas pode ser simultâneo ou posterior ao momento em que foram exteriorizados.

Em regra, o controle judicial das tratativas será posterior, pois a lei estipula que o juiz não participará das negociações (art.4º, parágrafo 6º da Lei nº 12.850/13). O que não se confunde com a definição de uma área do Direito imune ao controle judicial. Significa dizer, tão-só, que o Juiz não participará ativamente das negociações, o que seria inadmissível na ótica do nosso sistema acusatório.

“O afastamento do Magistrado do processo tem por fim resguardá-lo de qualquer envolvimento emocional que prejudique a sua visão distanciada dos fatos. Conforme observa Gustavo Badaró (2014, p. 317)³¹, a “participação do juiz em tal acordo colocará em risco a sua imparcialidade objetiva”. Uma vez formalizado o acordo, porém, tal risco já não ocorrerá, sendo apropriado que ele tenha plena cognição das razões que levaram às autoridades a firmarem o acordo para que possa melhor aferir o preenchimento dos requisitos legais.”(MARTELLO, 2016)

Coisa diversa, plenamente possível, é ser o Juiz chamado a se pronunciar sobre violação a direito, dever do qual o Poder Judiciário não pode legitimamente se desincumbir.

Por conseguinte, tipicamente, o controle judicial das tratativas, nos aspectos da voluntariedade e legalidade, será realizado quando da homologação.

É benéfico o controle do acordo pelo Juiz. Tal procedimento permite não apenas uma melhor utilização do instituto, mas também preserva, em última análise, as próprias autoridades que firmaram o acordo. O olhar equidistante de outro órgão/pessoa/instituição para além das partes é sempre salutar, sobretudo em vista da redução de pena e imunidade que se garante com a colaboração. (MARTELO, 2016)

A fim de assegurar o controle dos atos de negociação, mormente quanto a sua voluntariedade, ideal se assegurar o duplo registro dos atos de negociação, por meio escrito e audiovisual. (BORRI, SOARES, 2017)

É possível, a partir de tal procedimento, por exemplo, comprovar-se futuramente situação em que o colaborador tenha sido coagido a fornecer informações ou documento ou a intensificar a colaboração, até mesmo que tenha comparecido a reunião desacompanhado de advogado. Tais situações, entre outras possíveis, podem ensejar, inclusive, o controle simultâneo dos atos levados a efeito durante a fase de tratativas.

Em momento posterior, quando da homologação, o juiz poderá, ainda, confrontar os registros escrito das declarações e o conteúdo audiovisual a fim de aquilatar a voluntariedade do colaborados na celebração do acordo, além da concordância entre os registros e o termo de colaboração.

Outra questão passível do escrutínio judicial nessa fase, é a do acesso ao conjunto de elementos informativos reunidos, sobretudo, por parte de eventuais delatados.

Sobre isso, além da aplicação do enunciado de súmula vinculante nº 14, do qual se extrai que “é 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”, é possível apontar algumas outras diretrizes colhidas de julgamento dos Tribunais superiores.

O Supremo Tribunal Federal, a título de exemplo, já se manifestou sobre o direito de acesso à prova, em posição firmada pelo Ministro Gilmar Mendes, que assim decidiu:

“acesso à defesa de elementos produzidos em sede de colaboração premiada deve ser garantido quando subsistam dois requisitos, o primeiro positivo, representado pelo fato do ato de colaboração apontar para a responsabilidade criminal do

requerente; o segundo, de índole negativa, na medida em que o ato de colaboração não deve contar com diligência em andamento”³

Ademais, ainda conforme o Supremo Tribunal Federal, o procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público:

“deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o ‘Parquet’, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado”⁴.

Por sua vez, o Ministro Teori Zavascki, cuidou de apontar a necessidade de identificação da presença de quatro requisitos para o acesso de elementos de informação colhidos durante a realização da colaboração premiada:

“(a) o acordo de colaboração premiada foi homologado; (b) já foi recebida a denúncia contra os reclamantes; (c) a identidade e imagem dos colaboradores são amplamente conhecidas e (d) não houve justificativa que indicasse concretamente a necessidade de proteger a pessoa dos colaboradores, de seus próximos e o êxito das investigações”⁵

Destarte, na fase das tratativas, antes da homologação, impõe-se em regra, o sigilo, em conformidade com estabelecido no art.7º da Lei nº 12.850/13, que estabelece, em seu paragrafo 2º que:

“o acesso aos autos será restrito 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 acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 24116, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/05/2016, publicado dje-108 divulg 25/05/2016 public 27/05/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%>>>. Acesso em 13-05-17.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94173, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%>>. Acesso em 13-05-17.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 19.229 AgR/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16.jun. 15. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%>>>. Acesso em 13-05-17.

autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento”.
(BRASIL, 2013)

Outra questão importante, controlável pelo Judiciário nesta primeira fase, é a discricionariedade do Ministério Público no manejo do instituto em questão, vez que o órgão ministerial detém significativa margem de liberdade na definição de estratégias com vistas a obtenção do melhor acordo possível, podendo, inclusive, conceder o benefício da imunidade processual, excepcionando o princípio da obrigatoriedade, deixando de denunciar o colaborador.

Quanto à decisão de não acusar o colaborador, caso o Juiz discorde da deliberação adotada pelo Ministério Público, deve se valer, por analogia, do previsto no art.28 do Código de Processo Penal⁶, que determina, em tais casos, a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, no caso de MP estadual, ou Câmara de Coordenação e Revisão⁷, no caso do MPF, no intuito de, internamente, no âmbito do próprio MP, ser dirimida a questão, sem que o juiz se imiscua em tarefas típicas da acusação, o que comprometeria a lógica do sistema acusatório (CUNHA, PINTO, 2016, p.74).

Já quanto ao proceder do agente do Ministério Público, em outras questões, o Poder Judiciário deve fiscalizar sua atuação, tendo em vista, entre outros, os parâmetros já definidos pelo Min. Celso de Mello em outro caso submetida à Corte suprema:

“ao Ministério Público, no âmbito de seus procedimentos investigatórios, está vedado: (a) desrespeitar o direito ao silêncio do investigado; (b) ordenar sua condução coercitiva; (c) constrangê-lo a produzir prova contra si; (d) recusar-lhe o conhecimento das razões motivadoras do procedimento; (e) submetê-lo a medidas sujeitas à reserva de jurisdição; (f) impedi-lo de fazer-se acompanhar de advogado; (g) impor restrições ao regular desempenho das prerrogativas dos advogados.”⁸

⁶ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

⁷ Neste sentido, ver o Enunciado 7 da 2ª CCR: Enunciado n.º 7: O magistrado, quando discordar da motivação apresentada pelo órgão do Ministério Público para o não oferecimento da denúncia, qualquer que seja a fundamentação, deve remeter os autos à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, valendo-se do disposto nos artigos 28, do Código de Processo Penal e 62, IV, da LC 75/93. (003ª Sessão de Coordenação, de 31.05.2010)

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.11.2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1899767>>. Acesso em 13-05-17.

Outro aspecto que pode, porventura, ser examinado pelo Poder Judiciário diz respeito a ruptura do pré-acordo, documento que, caso existente, prevê a expectativa de colaboração e dos respectivos benefícios com estabelecimentos de sanções em caso de sua inobservância. Ocorrendo nesta fase a quebra do acordo, ocorrerá a inutilidade dos elementos de informação já colhidos visto que não houve homologação judicial dos seus termos.

E caso o acordo não se concretize ao final, deve-se desconsiderar todas as informações apresentadas pelo colaborador durante as tratativas. Do contrário, esta prova será ilícita. Isto porque haverá violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, conforme bem lembra Vladimir Aras, mas também em razão da afronta ao dever de lealdade, que deve pautar a atuação do membro do MP. Assim, somente após a realização do acordo definitivo (verbal ou escrito) é que o membro estará autorizado a utilizar das provas e elementos apresentados pelo colaborador. (BRASIL, 2017)

Tema controverso diz respeito a menção de autoridades com prerrogativa de foro nas declarações do colaborador.

Nada impede a tomada de declarações em tais casos, pois importa, antes, verificar o mínimo de plausibilidade dos fatos informados. Seria preciso um lastro probatório mínimo para justificar a remessa ao Tribunal responsável, como já afirmou o STF, “a simples menção de nome de parlamentar, em depoimentos prestados pelos investigados, não tem o condão de firmar a competência do Supremo Tribunal para o processamento de inquérito”⁹.

Por fim, “ainda que detentor do foro por prerrogativa de função, a investigação extrajudicial poderá ser desenvolvida em conjunto com o promotor natural na segunda ou terceira instância – no caso do Ministério Público Federal, em conjunto com o Procurador Regional da República, com o Procurador Geral da República ou por delegação destes” (PALLUDO, 2012).

Quanto à necessidade de desmembramento do feito, quando verificados efetivos elementos de informação a implicar autoridade não detentora de foro, o Supremo Tribunal Federal, na Questão de Ordem nº 4130 estabeleceu que:

“...1. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o desmembramento do feito em relação a imputados que não possuam prerrogativa de foro deve ser a regra, diante da manifesta excepcionalidade da competência *ratione muneris*, ressalvadas as hipóteses em que a separação possa causar prejuízo relevante.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. 82647, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 18/03/2003, DJ 25-04-2003 PP-00065 EMENT VOL-02107-02 PP-00386.

Precedentes. 2. Ausente potencial e relevante prejuízo que justifique o *simultaneus processus*, impõe-se o desmembramento do inquérito em relação a todos os investigados que não detêm prerrogativa de foro, a fim de que a investigação prossiga perante a Suprema Corte tão somente em relação à Senadora da República. 3. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência...”¹⁰

Ou seja, em regra, é caso de se proceder ao desmembramento.

Há exceções, contudo. Havendo complexidade significativa, ou risco de decisões contraditórias, é possível o julgamento conjunto.

Evidentemente são incontáveis as questões que podem ser deduzidas ao exame do Poder Judiciário nesta fase preliminar da colaboração premiada, sendo as citadas apenas as que tem sido mais enfaticamente debatidas pelas cortes superiores.

2.2 Controle na homologação¹¹

A lei nº 12.850/13 estabelece no art.5º que “realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade.”

Nesta seara, o controle judicial recai tanto sobre o ocorrido nas fases de tratativa e formalização, cingindo-se à análise da regularidade, legalidade dos atos praticados pelas partes e a voluntariedade do colaborador. Não se imiscuindo, no entanto, no mérito, ou seja, no exame da veracidade e autenticidade das informações fornecidas.

Não há de ser emitido qualquer juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco seria conferido o signo da idoneidade a depoimentos posteriores.

Nas palavras do Ministro Dias Tóffoli:

“homologar o acordo não implicaria dizer que o juiz admitira como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4130. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-020 DIVULG 02-02-2016 PUBLIC 03-02-2016

¹¹ Salvo imunidade, sempre haverá denúncia, e, portanto, processo criminal. Embora haja quem sustente que seria recomendável, mesmo nesse caso, o oferecimento de denúncia, processualmente com a suspensão do processo, cuja extinção dependeria do cumprimento efetivo e pleno do acordo. (Roteiro Prático)

infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa.”¹²

Deixando-se o exame de mérito para a fase seguinte, no controle destinado a realizar o exame da voluntariedade, o juiz pode valer-se do confronto entre os termos de declaração e o de colaboração buscando por contradições, pode consultar o registro audiovisual a fim de aferir o grau de voluntariedade do colaborador por meio do seu comportamento, ou ouvir o colaborador em juízo a fim de ratificar suas declarações, entre outras medidas.

Possível ainda que se analise:

i) histórico das tratativas, com o registro da data, local, forma e para quem foi exteriorizada a manifestação inicial do colaborador de contribuir com as investigações; ii) dos termos de declarações e dos registros em vídeo das reuniões que se sucederam a esse primeiro contato; iii) das minutas dos termos de acordo que foram trocados entre as partes e que resultaram na versão final do acordo. (SOUZA, 2017, p.13)

O mesmo dispositivo dispõe em seu parágrafo 8º, ainda, que “o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”

Ou seja, é dever do Juiz operar o confronto das cláusulas pactuadas com o ordenamento jurídico como um todo, podendo proceder a exclusão ou adaptação de cláusula em desconformidade com o Direito.

Em um levantamento não exaustivo de cláusulas possíveis de serem inseridas no termo de colaboração premiada, pode-se citar as seguintes:

a) identificar os demais coautores e partícipes da associação criminosa e as infrações penais por eles praticadas; b) revelar a estrutura organizacional e a divisão de tarefas; c) prevenir infrações penais decorrentes da atividade ilícita da associação; d) recuperar total ou parcialmente o produto da infração penal; e) localizar a vítima com a sua integridade física preservada; f) exibição de documentos que tem em seu poder (entre eles HDs de computador para perícia, base de dados, etc.) ou indicar onde possam ser localizados; g) atuar e auxiliar em outros instrumentos especiais, como ações controladas, ao lado dos agentes policiais, o auxílio na realização de escuta ambiental, nas quais seja um dos interlocutores; h) abrir mão, em declaração escrita, de seu sigilo bancário, fiscal e telefônico; i) indicar onde está o cadáver da vítima; j) a indicação de contas bancárias onde está o produto do tráfico, etc. l) fornecimento de números de telefones de suspeitos para interceptação telefônica; m) indicação de endereços não sabidos para busca e apreensão; n) exposição de contas bancárias para congelamento; o) revelação do paradeiro de foragidos e procurados; p) apresentação de testemunhas desinteressadas; q) prestação de depoimento formal

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127483/PR. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27.8.2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>>. Acesso em: 13-05-17.

(delação); r) cooperação como mero informante – e não depoente – em atividades de inteligência criminal; s) auxiliar os peritos na análise do material existente, etc. Ao colaborador também podem ser impostos deveres decorrentes da aceitação do acordo e necessários a que se chegue a bom termo durante a execução do acordo, como, por exemplo: a) de não se ausentar sem prévia autorização do Ministério Público, Autoridade Policial ou do Juiz; b) manter sempre dispositivo de comunicação para que possa ser localizado a qualquer momento; c) comparecer sempre que for chamado, independentemente de intimação; d) manter endereço atualizado; etc. (BRASIL, 2017)

Por outro lado, pode-se mencionar inúmeras cláusulas cuja inserção em acordos de colaboração premiada permanecem controversas, particularmente, por inexistir previsão legal para sua utilização ou porque, em tese, violariam regras e princípios inerentes ao sistema acusatório.

Por exemplo, a determinação de quantidade de pena a se cumprir, independentemente da espécie, pode constituir invasão indevida da função jurisdicional. O mesmo pode se dizer quanto à fixação de valores pecuniários reparatórios a título de fiança, e o estabelecimento de outras cautelares diversas da prisão nos termos do acordo.

Permanece duvidosa também a possibilidade de fixação de sanções civis e administrativas, ou exclusão destas, em práticas que também configurem improbidade administrativa.

Por fim, não se pode deixar de mencionar cláusulas que fixam o regime de pena com condições diversas das estipuladas na Lei ou que ignorem os critérios objetivos de seu dimensionamento. Caso, por exemplo, do denominado regime fechado “domiciliar”.

Até a presente data, na operação “Lava-Jato”, as colaborações premiadas foram todas homologadas, mas houve exclusão de cláusula que excluía incondicionalmente a possibilidade de utilização de recursos contra a sentença proferida com fundamento no que foi entabulado no acordo.¹³

Em suma, por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, além da plena capacidade das partes (voluntariedade), é necessário que seu objeto (cláusulas) seja lícito. Esses os contornos do controle judicial na fase da homologação.

¹³ A ressalva diz respeito ao direito de recorrer das decisões. No caso concreto de Alberto Youssef, o Relator Ministro Teori Zavascki entendeu o acordo integralmente válido “com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante da Cláusula 10, k, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição”. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Petição 5244, 2ª Turma, Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2015.

Já a eficácia do acordo, isto é, o exame destinado a aferir se a colaboração prestada atendeu aos fins que se almejava, estipuladas no art.4º da Lei nº 12.850/13, apenas será objeto de avaliação na fase seguinte.

2.3 Controle de mérito

Como em todas as espécies de colaboração, salvo quando proposto acordo de imunidade, haverá processo criminal, com instrução probatória a fim de corroborar as declarações do colaborador e as provas reunidas, é natural que no processo haja produção probatória para confirmar os elementos informativos angariados na fase extrajudicial e, ao fim do procedimento, profira-se sentença, condenatória ou absolutória, na qual se aquilate a eficácia do acordo, e se aplique os benefícios propostos, sem se olvidar da dosimetria das penas.

Trata-se, essencialmente, de se observar a regra de corroboração.

Impossível a prolação de decisão condenatória baseada unicamente nas declarações do colaborador, sendo imprescindível a produção de outras provas para fundamentar uma condenação (art.4º, parágrafo 16º, da lei nº 12.850/13), regra confirmada pelos tribunais¹⁴.

Após, é chegado o momento, ao final do processo, do exame da efetividade da colaboração (art. 4º, parágrafo 11º da lei nº12.850/13).

Neste sentido afirma o Procurador da República Deltan Dallagnol:

“Assim, no caso da mula do tráfico presa com droga que conta toda a verdade e, embora não conheça a qualificação das pessoas que a contrataram, indica os seus telefones, a colaboração será julgada despida de efetividade se não for possível, mediante quebra de dados ou interceptação, identificar os demais agentes. Adicionalmente, se o criminoso indica, com sinceridade e de modo verdadeiro, o local onde o grupo criminoso escondeu os milhões desviados dos cofres públicos, mas na diligência de busca e apreensão feita em seguida se descobre que os recursos foram movidos para outro local, não estará preenchido o requisito de efetividade da colaboração. (DALLANGNOL, Deltan. Colaboração Premiada, teoria e Prática, mimeografado, p. 36)” in BRASIL, 2017)

Caso não chegue sequer a existir processo, no caso de proposta de acordo de imunidade, o Juiz, caso discorde da opção eleita pelo Ministério Público, poderá se valer da

¹⁴ Apenas a título exemplificativo, veja a seguinte decisão do STJ: “PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELAÇÃO. CONDENAÇÃO DE CORRÉU. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LASTRO PROBATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para que haja a condenação do corréu delatado é necessário que o lastro probatório demonstre ter este participado da empreitada delituosa, sendo insuficiente a simples palavra do comparsa.2. Recurso especial conhecido e provido para absolver o recorrente”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.113.882/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, unânime, julgado em 08/09/2009, publicado no DJe em 13/10/2009)

regra contida no art.28 do CPP, remetendo os autos ao PGJ ou CCR para possível designação de outro Procurador ou Promotor para elaboração de novo acordo ou de denúncia criminal.

Nesta fase, é possível, também, que o Juiz considere a impossibilidade de aplicação de alguns dos benefícios propostos, como por exemplo, a controversa imunidade quanto a ações de improbidade administrativa¹⁵ ou a promessa de não se realizar novas prisões preventivas em razão do mesmo fato.

Ao sentenciar é o momento de se dosar a pena em concreto, considerando além das circunstâncias previstas na parte geral do Código Penal, os parâmetros definidos pela própria norma especial no art.4º, parágrafo primeiro da lei nº 12.850/13, quais sejam, “a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração” e os benefícios previstos no termo de colaboração premiada.

Em resumo, o controle de mérito recai sobre o juízo de condenação ou absolvição decorrente da valoração da prova, o sopesamento da eficácia das informações e os benefícios concedidos e, por fim, a dosimetria da pena.

2.4 Controle na execução do acordo

As colaborações premiadas estabelecem obrigações recíprocas que, comumente, apresentam momentos diversos para seu cumprimento. Por exemplo, o fornecimento de dados e documentos por parte do colaborador, usualmente antecede a sentença,. Já as condições estipuladas para o cumprimento da pena criminal são naturalmente fiscalizadas apenas em fase de execução criminal.

Portanto, o controle judicial da execução do acordo pode se dar em fases diversas.

Ademais, a própria colaboração como visto, pode ser celebrada já em fase de execução criminal nos termos do art.4º, parágrafo 5º da lei nº 12.850/13.

Em todas essas hipóteses, pode ser o Poder Judiciário chamado a apreciar o pedido de descumprimento do acordo.

¹⁵ A 5ªCCR/MPF homologou, no âmbito da improbidade administrativa, requerimento dos Procuradores da FT-LJ para tão somente propor em face dos colaboradores Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa “pedidos declaratórios de sujeição das condutas praticadas às hipóteses normativas da Lei nº 8429/92”, bem como a “abstenção de pleito judicial no tocante às sanções previstas no art. 12 do citado diploma legal (...)”, conforme Extrato da Ata da 852ª Reunião, realizada em 5 fev. 2015.

O Ministério Público Federal, por exemplo, provocou o Poder Judiciário sustentando que Fernando Moura, um dos vários réus colaboradores no caso “Lava-Jato”, violou os termos da sua colaboração premiada, pois no momento da corroboração de suas declarações em juízo, se contradisse em vários pontos, negando o que havia dito em seu termo de declarações. O pedido foi aceito, decidindo-se que o acordo fora violado, revogando-se os benefícios outrora concedidos¹⁶.

No caso de violação do acordo, por qualquer das partes, deve o Juiz aplicar as sanções previstas no termo de colaboração caso existentes.

Nesse caso, frise-se que as provas reunidas não perderão sua validade, persistindo a possibilidade de sua utilização, inclusive, em outros processos. Pois neste caso, ao contrário do descumprimento do pré-acordo, houve homologação judicial anterior, criando-se legítima expectativa quanto a sua utilização pelo Ministério Público.

Como os acordos envolvem cláusulas de natureza penal e cível, é de se indagar se o controle da execução de cláusulas de natureza extrapenal também poderia ser exercido pelo juízo da execução. Uma questão, entre tantas outras, ainda não enfrentadas pela doutrina e jurisprudência a contento, o que confirma tratar-se de um instituto em construção.

3. CONCLUSÕES

Dada a presumida constitucionalidade e os ganhos inequívocos que a colaboração premiada tem proporcionado na investigação de crimes cometidos por organizações criminosas, uma postura mais consentânea com as finalidades de prevenção e repressão desta espécie de criminalidade é o aperfeiçoamento de sua utilização e a melhor definição de limites jurídicos para sua utilização, ao contrário, da pura rejeição de seu uso com base no simples misoneísmo.

Como demonstrado, em qualquer fase procedimental da elaboração do acordo, será possível a provocação do Poder Judiciário para o fim de aquilatar se houve violação de regra ou princípio de índole constitucional, desrespeito a lei, ou irregularidade que comprometa o negócio jurídico.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/justica-reconhece-violacao-do-acordo-de-colaboracao-por-fernando-moura>>. Acesso em 13-05-17.

Se é verdade que inúmeras questões remanescem em aberto, é possível, também, afirmar que já se firmam os primeiros precedentes a respeito do assunto sobre a égide da nova legislação.

A visão compartimentada da elaboração do acordo, auxilia a compreensão da maneira, intensidade e limites pelos quais o controle judicial se opera.

As dificuldades de compatibilização do instituto, inspirado em parte no *plea bargaining*, com o sistema jurídico nacional serão sanadas paulatinamente pela doutrina e, no que foi objeto deste trabalho, pelo controle jurisdicional que edificará a jurisprudência acerca do assunto.

Espera-se que este breve estudo tenha contribuído na demonstração de que balizas estão sendo erigidas para a sua utilização, e continuarão a serem. O controle jurisdicional da colaboração é tarefa permanente, sempre inconclusa, que permitirá a definição de limites cada vez mais claros para o manejo do instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

BORRI, Luiz Antônio; SOARES, Rafael Junior. **A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 3, n. 1, p. 167-187, 2017.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 2016, p. 11-21, 2016.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19887.htm>. Acesso em: 20-04-2017.

_____. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. 3 de outubro de 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20-04-2017.

_____. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, **Roteiro**. Brasília: MPF, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes>. Acesso em: 20-04-2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo: 1285269 MG 2010/0041883-6, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 04/11/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2010. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12743379&num_registro=201000418836&data=20101129&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em 12-05-17.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradicação: 1085. Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 16/12/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 15-04-2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>>. Acesso em 13-05-17.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94173, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%>](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%). Acesso em 13-05-17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483, Paraná. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC127483relator.pdf>>. Acesso em 12-05-17.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127483/PR. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27.8.2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>>. Acesso em: 13-05-17.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.11.2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1899767>>. Acesso em 13-05-17.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 90688 PR, Relator: Min. Ricardo Lewandoski, Data de Julgamento: 12/02/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: 25-04-2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo503.htm>>. Acesso em 13-05-17.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. 82647, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 18/03/2003, DJ 25-04-2003 PP-00065 EMENT VOL-02107-02 PP-00386.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. 82647, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 18/03/2003, DJ 25-04-2003 PP-00065 EMENT VOL-02107-02 PP-00386.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 796, de 24 a 28 de agosto de 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo796.htm#Cabimento> de HC em face de decisão de Ministro do STF e colaboração premiada – 1>. Acesso em 12-05-17.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4130. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-020 DIVULG 02-02-2016 PUBLIC 03-02-2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 19.229 AgR/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16.jun. 15. Disponível <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%>>. Acesso em 13-05-17.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 24116, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/05/2016, publicado dje-108 divulg 25/05/2016 public 27/05/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%>>. Acesso em 13-05-17.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: comentários à nova Lei sobre o Crime Organizado: Lei n. 12.850/2013**. 4º Ed. Salvador: JusPOVIM, 2016.

DE SOUZA, Alexandre José Garcia de Souza. Colaboração Premiada: a necessidade de controle dos atos de negociação. **Boletim IBCRIM**. Ano 25, n.290, Janeiro/2017.

DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penitenciário. **Revista dos Tribunais**, v. 768, p. 421-429, 2003.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. 1º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

MARTELLO, Orlando. **A negociação da colaboração premiada e sua prática**. Disponível em:http://www.academia.edu/27495561/A_NEGOCIA%C3%87%C3%83O_DA_COLABORAC%C3%87%C3%83O_PREMIADA_E_SUA_PR%C3%81TICA. Acesso em: 25-04-17.

MENDONÇA, Andrey Borges. **A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório**. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs) A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

_____. **A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Revista Custos Legis, vol. 4, p. 25-26, 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa – Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. São Paulo: RT, 2013.