

## O papel do juiz na delação premiada.

Moacir Rogério Tortato

**Resumo:** Este trabalho descreve a importância e evolução do instituto da colaboração premiada em nosso sistema jurídico penal e aborda com mais ênfase o papel do magistrado nesse contexto. O estudo analisa os limites da atuação do juiz criminal dentro da delação premiada, no cumprimento da missão de fiscal do instituto, assim como propõe o alcance de seu papel fiscalizador, assim como as providências possíveis que podem ser tomadas. A abordagem enfatiza ainda a necessidade da paridade da sentença para com os termos do acordo, desde que previamente aferido e homologado pelo juiz, como fator de segurança às partes e proteção ao próprio instituto.

**1 Introdução. 2. histórico. 3. Dos agentes envolvidos na efetiva aplicação da colaboração premiada. 4. A delação premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal. 5. O papel do juiz na aplicação do instituto. 6. Da decisão homologatória do acordo - 7. Conclusão -**

### **1. Introdução.**

Para um agente do crime, a obtenção de vantagem penal por meio de delação sempre foi e continua sendo um tabu. Delação é considerada uma traição, conduta pouco recomendável em qualquer área, até mesmo na criminalidade.

No submundo do crime delatores, considerados traidores, atraem para si e para os seus juras de terríveis vinganças, com chances reais de virem a ser concretizadas.

Há, destarte, uma natural resistência por parte do agente do crime em colaborar, daí porque há de ser efetivamente atrativa a vantagem ofertada pelo Estado visando persuadí-lo.

### **2 histórico.**

A premiação do delator por parte do Estado não é pratica moderna no sistema penal.

"Embora a delação premiada tenha sido introduzida maciçamente no Brasil, à semelhança dos modelos norte-americanos e italiano, a partir dos anos noventa do século passado, suas reminiscências reportam-se às Ordenações Filipinas de 1603, quer perduraram até o Código Criminal de 1830. Heráclito Antônio Mossin e Júlio César O. G. Mossin anotam que, no Título VI do Livro Quinto, que disciplinava os crimes de lesa majestade, havia a previsão do perdão àquele que delatasse os demais conspiradores do Rei, antes que a Coroa os identificasse, exceto se fosse o líder do complô. Os crimes listados no Título CXVI do mesmo Livro Quinto do Código Filipino,

sob a sugestiva rubrica "como se perdoará aos malfeitores, que deram outros à prisão", igualmente contemplavam o perdão através da delação."<sup>1</sup>

Mais recentemente, nosso legislador vem reintroduzindo no sistema penal benefícios para aquele réu que se dispõe a colaborar com a justiça.

Inicialmente se revelaram bastante tímidas, até mesmo inócuas, as previsões legais que visavam garantir prêmios ou vantagens para o colaborador criminal.

Percebendo a pouca efetividade do instituto da colaboração premiada na forma como foi reintroduzido nos anos 1990, o legislador aos poucos trouxe novos mecanismos, tornando-o mais atrativo.

Desde a inauguração do instituto na atualidade, ainda na lei dos crimes hediondos em 1990, que previa redução da pena de um a dois terços ao colaborador, a premiação se estendeu e alcançou outros delitos, como a extorsão mediante sequestro e passou ainda pela legislação dos crimes contra o sistema financeiro e ordem tributária. Entretanto somente com a Lei 9.613/98 que trata da lavagem de dinheiro, foi que o instituto passou a ser realmente atrativo, com o fomento da premiação bastante além da mera redução matemática da pena, com benefícios também na qualidade da reprimenda, facultando tanto o abrandamento do regime prisional como sua substituição, chegando, inclusive a possibilitar o perdão judicial.

Tal evolução culminou no aprimoramento ainda maior do instituto na nova lei do crime organizado, n. 12.850/2013, que prevê uma gama de incrementos importantes, além daqueles já existentes, como a mitigação quantitativa e qualitativa da pena, também a admissão de progressão de regime penal fora dos requisitos tradicionais, garantias de segurança e proteção, além daquelas já previstas, tais como, preservação de seu nome, qualificação e imagem, separação dos demais acusados tanto na condução em júízo como dentro do sistema prisional, não divulgação de sua identidade ao público, salvo se devidamente autorizada, dentre outros.

Enfim tomava corpo, eficiência e notoriedade o instituto.

### **3. Dos agentes envolvidos na efetiva aplicação da colaboração premiada -**

Por certo o primeiro agente envolvido no instituto é o autor do crime, ou um dos autores dos delitos daquela organização criminosa sob investigação.

Partindo-se da premissa de que colaboração premiada é uma forma de justiça negociada, ou negócio jurídico processual<sup>2</sup>, deve, necessariamente, haver interesses mútuos envolvidos, para que possa haver concessões mútuas e vantagens para ambos os lados da negociação.

---

<sup>1</sup> Santos, Marcos Paulo Dutra - Colaboração (Delação) Premiada; Editora Juspodivm; pag. 62.

<sup>2</sup> Toffoli, Ministro Dias - definição dada quando do julgamento do HC 127.483 STF.

De um lado, o agente colaborador devidamente assistido por advogado ou defensor público, já implicado nas investigações, contra o qual já exista sensível prova angariada e cujo interesse seja livrar-se da responsabilidade criminal ou, ao menos, mitigá-la a um patamar que lhe seja mais confortável; e de outro lado o Estado, tanto na figura do Delegado de Polícia com parecer do Ministério Público, ou diretamente com a figura do Ministério Público, que tenha real interesse nas informações e material probatório que detém aquele investigado, seja para se chegar a outros membros da organização, a fim de dismantelá-la, seja para salvaguardar a vítima e sua integridade física, seja para reaver produtos do crime.

Finalmente há a figura do juiz exercendo o papel de fiscal quanto a legalidade daquele negócio jurídico, fazendo a verificação quanto a lisura de seus termos e higidez da emissão de vontade do colaborador, podendo ao final, cancelá-lo.

#### **4. A delação premiada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal**

A lei 12.850/2013 revela que o legislador enfim despertou para a importância do instituto, passando a depositar maior confiança nas instituições conferindo-lhes maiores e mais eficazes meios de negociação e autonomia.

Há inclusive quem defenda que o instituto da delação premiada conflita com o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

É que por força constitucional (art. 129, I), o Ministério Público é o dono da ação penal pública. Ainda, como se sabe, em toda relação processual contenciosa, a lide se manifesta por uma pretensão resistida, ou seja, de um lado o acusador buscando o *ius puniendi* do Estado e de outro lado a pretensão de liberdade do réu. Pelo princípio da indisponibilidade da ação penal, o Ministério Público, ao observar ser a conduta do investigado típica e antijurídica, é obrigado a denunciá-lo, em função da premissa de que não poderá haver delito que permaneça impune.

Na colaboração premiada, entretanto, o Ministério Público pode abrir mão da ação penal, deixando de denunciar, deixando de pedir a condenação, mesmo quando convencido da culpa daquele colaborador, ou anuindo com uma reprimenda não necessariamente suficiente para a punição dos delitos por ele praticados, tudo isso visando benefícios maiores ao Estado, que de outra forma não os alcançaria.

E justamente a mitigação do princípio da obrigatoriedade é o fundamento básico do instituto da delação premiada. É imperioso que o Ministério Público possa, dentro de sua independência, abrir mão da ação penal no todo ou em parte, seja deixando de denunciar, seja pedindo aplicação de penas ou regimes mais brandos - que em outras circunstâncias seriam incompatíveis com aquele delito - ou até o perdão para o culpado como moeda de troca, a fim de obter informações e outras provas que possam trazer à responsabilidade também outros membros do crime organizado, salvar vítimas, reaver produtos de crimes, repatriar dinheiro desviado etc., desde que tal negociação traga sensível vantagem ao Estado.

E a legalidade da barganha processual está justamente no resultado positivo da delação. É que, ao mesmo tempo em que o Ministério Público abre mão da punição contra um acusado (delator), obtém para o Estado a punição contra outros agentes do crime (delatados), daí porque não está necessariamente o agente acusador abrindo mão da ação penal, mas substituindo-a no interesse público.

Agindo de forma contrária, ou seja, recusando o acordo para punir integralmente o agente que quer delatar seus pares, igualmente o Ministério Público estaria abrindo mão da punição em face daqueles que seriam delatados. É uma questão de ponto de vista.

Entretanto, para que a legalidade do instituto não seja aviltada, para que não fique caracterizada afronta ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o saldo do acordo há de ser sempre positivo para o Estado, ou seja, as punições alcançadas através da delação não podem ficar aquém dos benefícios obtidos pelo delator. Em outras palavras, não pode o Ministério Público se contentar com uma delação pífia outorgando ao delator um benefício exagerado.

De qualquer sorte, a ousadia do legislador, depositando tamanha confiança nas instituições, foi o que impulsionou o instituto da colaboração premiada a níveis jamais observados em nosso sistema penal.

## **5. O papel do juiz na aplicação do instituto**

A lei 12.850/2013 é clara ao estabelecer, em seu art. 4º, § 6º, que o juiz não participa das negociações. Esta se dá entre a parte afetada, no caso o investigado, devidamente representado por defesa técnica, e a Autoridade Policial e Ministério Público.

Cumprido ao magistrado, dentro da tradição do sistema de freios e contrapesos arraigada em nosso sistema legal, com inspiração na célebre obra "O Espírito das Leis" de Montesquieu, evidentemente em uma escala minimalista, o papel fiscalizar, controlar, adequar o acordo de colaboração aos ditames da lei e eventualmente cancelar os seus termos, conforme §§ 6º a 8º do art. 4º da Lei 12.850/2013.

A participação efetiva do magistrado diretamente nas negociações do acordo ou coleta probatória seria realmente incompatível com a posição do juiz, que deve manter-se equidistante das partes e da produção das provas e poderia interferir diretamente em sua imparcialidade, gerando nulidade. Além do que, se o juiz é quem irá fazer a fiscalização e controle da legalidade do acordo, não teria sentido que viesse ser fiscal de si mesmo.

O juiz então se mantém na tradicional condição de destinatário e agente fiscalizador da licitude da prova, não tendo papel em sua produção.

A única intromissão facultada ao juiz antes da homologação do acordo, conforme § 7º do art. 4º da referida lei, seria a realização de uma audiência sigilosa com o

colaborador e seu defensor, audiência esta que não tem caráter instrutório, mas meramente fiscalizatório da lisura dos atos anteriores.

Na referida audiência não deve o magistrado se imiscuir no teor da prova colhida, assim como também não pode promover coleta ou complemento de outras provas, tampouco se trata de interrogatório. Tal ato deve se restringir tão somente ao aspecto formal do acordo, sendo o momento certo que o colaborador tem para informar ao juiz (agente fiscalizador da lisura da delação) eventual vício de vontade, coação, intimidação ou qualquer ato que pudesse trazer prejuízos à idoneidade daquele meio de obtenção de prova.

E não é outro o entendimento de nosso respeitável Sodalício, senão vejamos:

"... Na audiência designada para a homologação do termo de colaboração premiada, o magistrado deve limitar sua atividade à verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo celebrado entre o Ministério Público e o colaborador, sem interrogá-lo sobre questões atinentes ao mérito das investigações ou da ação penal. Extrapolando tais balizas, o juiz viola o sistema acusatório, imiscuindo-se na figura de inquisidor, circunstância que tolhe sua imparcialidade para processar e julgar a causa... "(TJMT - Suspei 166475/2015, Des. Pedro Sakamoto, Segunda Câmara Criminal, Julgado em 24/08/2016, Publicado no DJE 02/09/2016) (citação parcial da ementa)

Mas até onde iria o papel fiscalizador do juiz? Ficaria adstrito ao aspecto formal da prova, simplesmente observando a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, ou teria ingerência sobre o mérito da negociação, analisando criticamente a equação do sinalagma, ou seja, a proporcionalidade entre as contribuições e benefícios de cada parte?

Evidentemente, se ao juiz foi confiada a missão de zelar pela legalidade e lisura da negociação, não parece correto entender que tal função lhe tenha sido delegada pela metade.

Se eventualmente o juiz se deparar com um acordo de colaboração que esteja formalmente perfeito, mas que revele flagrante desproporção do sinalagma, ou seja, uma lesão ao Estado por falta de reciprocidade ou proporcionalidade entre os benefícios recebidos e aqueles conferidos, por certo lhe é lícito intervir.

O art. 4º, § 8º da Lei 12.850/2013 determina ao juiz recusar sua chancela ao termo de colaboração que esteja em desacordo com os requisitos legais, assim como que promova inclusive sua adequação.

E de que forma o juiz, que não é parte na relação e a quem é vedada a participação nas negociações do acordo, poderia promover sua adequação?

A resposta a tal questionamento há de ser fracionada.

Com relação ao aspecto meramente formal não há o que discutir, já que é dever do juiz promover eventual adequação, exatamente como diz a lei.

Então se o juiz observar, por exemplo, problemas com a representação do réu, na emissão de sua vontade, na atribuição do Ministério Público, ou eventualmente algum benefício concedido que não tenha expressa previsão legal, certamente, de ofício, deve determinar a respectiva regularização sob pena de recusar a homologação.

Já no que se refere ao aspecto material do acordo, ao seu mérito, a questão é mais controversa. Suponhamos que ao analisar um determinado acordo de colaboração premiada, o juiz observe sua higidez formal plena, porém vislumbre uma imensa desproporção entre uma pequena colaboração feita pelo delator, que estaria recebendo em contrapartida uma premiação flagrantemente exagerada, desproporcional, o que há de ser feito?

O Ministro Teori Zavaski (STF) afirmou que "não cabe ao Judiciário, nesse momento, examinar aspectos relacionados à conveniência ou à oportunidade do acordo celebrado ou as condições nele estabelecidas"<sup>3</sup>

Com o perdão da ousadia, pensamos que tal entendimento pode ser aprimorado. Evidentemente conveniência e oportunidade do acordo devem ser analisadas pelas partes. Porém as condições do acordo podem e devem ser fiscalizadas e observadas pelo juiz antes da homologação, já que após tal ato de chancela não haveria mais espaço para tanto e vingando um acordo com flagrante desproporcionalidade, certamente desaguaria em sentença com o mesmo vício.

E como já mencionado alhures, seria ilegal, por ferir o princípio da indisponibilidade da ação penal, um acordo em que o Ministério Público outorgue concessões superiores aos benefícios que obtém para o Estado, assim agindo haveria renúncia indevida à ação penal. Em tal remota hipótese, cumpre excepcionalmente ao juiz, a quem foi confiada a missão de fiscalizar o instituto, não permitir que o órgão acusador renuncie de forma desproporcional à sua obrigação acusatória.

E quais mecanismos estariam a disposição do juiz para conter eventual permissibilidade indevida dos órgãos do Estado?

Renato Brasileiro de Lima defende que "Considerando-se a impossibilidade de o juiz imiscuir-se nas negociações inerentes ao acordo de colaboração premiada, ao magistrado não se defere a possibilidade de modificar os termos da proposta, sob pena de evidente violação ao sistema acusatório e à garantia da imparcialidade. Na verdade, o que o magistrado pode fazer é rejeitar a homologação de eventual acordo por não concordar com a concessão de determinado prêmio legal, nos termos do art. 4º, § 8º, primeira parte, aguardando, então, que as próprias partes interessadas na

---

<sup>3</sup>Zavaski, Teori. Ministro do Supremo Tribunal Federal, em informações prestadas no habeas corpus 127.483/PR.

homologação da proposta cheguem a novo acordo quanto ao benefício a ser concedido ao colaborador."<sup>4</sup>

Tal entendimento parece razoável, mas coloca o judiciário como detentor da palavra final em uma negociação à que, em tese, não deveria participar. Ademais, em caso de eventual recurso, a questão seria resolvida pelo tribunal, ou seja, ainda o judiciário.

Uma outra solução, mais simples, se encaixa melhor ao caso, que seria justamente a utilização da regra do art. 28 do Código de Processo Penal, com a remessa da discussão ao Procurador Geral para análise da questão, nos mesmos moldes do que reza o § 2º do mesmo art. 4º da Lei 12.850/2013, que aliás, trata de situação similar.

Em tal hipótese, os termos da negociação seriam analisados pela cúpula do mesmo órgão ministerial, não havendo ingerência em seus termos por parte do judiciário, mantendo intacta a imparcialidade do órgão.

Se a própria cúpula do Ministério Público referendar os termos do acordo feito em primeiro grau, contrariando o entendimento do magistrado, por certo não restaria alternativa ao juiz, que não a de homologar o acordo.

## **6. Da decisão homologatória do acordo -**

Merece atenção especial tal tópico.

Inicialmente convém observar que a decisão homologatória do acordo é o que lhe dá eficácia jurídica, reconhecendo sua legalidade formal e de forma alguma implica em juízo de valor acerca de seu conteúdo probatório.

Entretanto, a decisão judicial homologatória do termo de colaboração, ao cancelar o acordo de delação e lhe conferir eficácia jurídica, garantindo a ambas as partes que aquele acordo se reveste da necessária regularidade, e desde que não venha a ocorrer a sua revogação por culpa do colaborador, vincula o próprio órgão julgador aos seus termos, os quais devem ser observados quando da sentença.

E não estamos aqui falando de vinculação da pessoa do juiz à sua própria decisão, trata-se de uma vinculação do órgão, por meio da preclusão *pro judicato*.

Vejam que não é o acordo em si, ou seja, o negócio jurídico processual ocorrido entre a Autoridade Policial ou o Ministério Público e o colaborador que vincula o juízo. O ato que vincula o juízo é sua própria decisão homologatória. Ou seja, as partes apresentam ao juiz um acordo de colaboração que pode ou não vir a ser homologado. O juiz está adstrito ou vinculado à vontade das partes somente se verificar plena regularidade formal e proporcionalidade plausível de seus termos.

---

<sup>4</sup>BRASILEIRO DE LIMA, RENATO. MANUAL DE PROCESSO PENAL – Volume Único – 4ª Edição, revista ampliada e atualizada – Editora Jus PODIVM. Página 1056.

Parece evidente que uma vez homologado o termo de acordo de colaboração fique o órgão julgador, que aferiu sua plena legalidade, vinculado aos seus termos, não podendo as partes ficarem a mercê de uma eventual mudança de opinião do juiz ou de eventual novo entendimento por parte de outro magistrado que venha a assumir a vara e creia que sua independência funcional esteja acima daquela vinculação inicial já criada no feito por seu antecessor. Tal instabilidade seria desastrosa para o instituto, que demanda plena garantia às partes de que o acordo é definitivo.

Renato Brasileiro de Lima ensina que "o acordo deve ser submetido ao juiz para homologação, que não poderá deixar de observá-lo por ocasião da sentença, caso o colaborador tenha cumprido todas as obrigações previamente pactuadas. Considerando-se que, ao celebrar o acordo de colaboração premiada com o Ministério Público, o colaborador assume uma postura incomum para os criminosos, já que se afasta do próprio instinto de conservação (ou auto acobertamento), tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem, haveria conduta desleal por parte do Estado-juiz se não lhe fosse concedida a sanção premial inerente à colaboração premiada, violando o próprio princípio da moralidade (CF, art. 37, caput). Daí a importância da homologação pela autoridade judiciária, conferindo mais segurança ao acordo. Se o acordo de colaboração premiada funcionar como mera expectativa de direito para o colaborador, é natural que este não se sinta encorajado a experimentar todos os dissabores inerentes a sua traição, o que contribuiria para a redução da eficácia desse importante procedimento investigatório."<sup>5</sup>

Evidentemente a homologação se restringe aos aspectos formais da prova e aos termos do acordo, não havendo nenhuma garantia quanto à veracidade das afirmações do delator, o que só será aferido em sentença e, uma vez não confirmadas, por certo, fica invalidado aquele.

Somente em caso de adendo ou aditivo ao acordo, ou eventual pedido das partes para que se decida em desconformidade com seus termos iniciais, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei 12.850/2013, é que poderá o juiz analisar a proporcionalidade dos novos termos, acatando-os, se entende-os adequados, ou remetendo o caso ao Procurador Geral em caso de discordância.

## **7. Conclusão -**

Assim, tratando-se a colaboração premiada de um negócio jurídico para a obtenção de provas mediante concessões, é natural que o juiz não seja seu protagonista, sob pena, inclusive, de contaminação da prova e do magistrado. Entretanto, a lei reserva ao juiz crucial papel de controle da legalidade, lisura e proporcionalidade do instituto, impondo, inclusive, a emissão de um juízo de antecipação quanto a higidez formal da prova, em decisão homologatória, ato este que tem o poder de trazer estabilidade e garantia às partes quanto ao seu futuro no processo.

---

<sup>5</sup>BRASILEIRO DE LIMA, RENATO. MANUAL DE PROCESSO PENAL – Volume Único – 4ª Edição, revista ampliada e atualizada – Editora Jus PODIVM. Página 1057.