

DEBATES NECESSÁRIOS À EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Gilmar Ferreira Mendes¹

1. Introdução

A colaboração premiada tornou-se, nos últimos anos, importante mecanismo para a descoberta de ilícitos, bem como para a recuperação de ativos financeiros relacionados a estes. A Operação Lava-Jato é claro exemplo do potencial de tal instituto para garantir a punição de pessoas envolvidas em crimes graves, notadamente a corrupção, a lavagem de dinheiro, entre outros.

Entretanto, é igualmente verdade que tal Operação levou a práticas que extrapolaram os limites da Lei de Organizações Criminosas. Diversos são os casos de concessão de benefícios não previstos em lei, como a definição da pena a ser cumprida e o estabelecimento de regimes prisionais inexistentes. Além disso, os reiterados vazamentos - com a exposição à opinião pública de delatados em casos nos quais até mesmo os relatos se mostraram inverídicos ou exagerados - demonstraram a evidente existência de um conflito entre o interesse do delator em obter benefícios e os riscos de vulneração à honra e aos direitos fundamentais dos demais envolvidos. Em meio a essa tensão, junta-se, é claro, o interesse público na devida apuração dos ilícitos.

O presente artigo, nesse complexo quadro, busca analisar a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a colaboração premiada e delinear reflexões sobre alguns pontos em que novas reflexões merecem ser realizadas. Nesse sentido, a primeira parte aborda o desenvolvimento inicial na Corte de uma visão civilista de tal instituto, em que se conferiu grande liberdade às partes e se impossibilitou o controle por terceiros. Diante da maior clareza quanto às consequências e os riscos presentes na colaboração, a segunda parte faz uma reflexão sobre pontos nos quais o Tribunal merece realizar novas discussões, notadamente: a possibilidade

¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal. Possui graduação em Direito pela Universidade de Brasília (1978), mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (1987), mestrado em Direito - Universidade de Münster (1989) e doutorado em Direito - Universidade de Münster (1990).

de impugnação dos acordos de colaboração premiada e a discussão sobre os efeitos da nulidade desses;

2. A jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal e a necessidade de sua reanálise

Definido como negócio jurídico processual, o acordo de colaboração premiada é celebrado entre acusador público (ou delegado de polícia) e o imputado, com a assistência de seu defensor técnico. Sem dúvidas, tal panorama rememora um contrato bilateral, que envolve interesses dos sujeitos envolvidos.

Assim, partindo da premissa de que “*o acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica*”, o Plenário do STF destacou a impossibilidade de questionamento de terceiros, nos seguintes termos:

“(…) a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas – o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração”²

Tal visão civilista implicou em uma série de decisões nas quais se reforçou este caráter negocial, referendando, de forma aparente, uma possível discricionariedade das partes na definição e negociação das cláusulas contratuais. Tudo isso, sem qualquer possibilidade de questionamento por terceiros e, portanto, sem o devido controle por parte das instâncias revisoras.

À época, as consequências da definição desse entendimento sobre os acordos não estavam claras. Embora devidamente embasado, o precedente passou a ser questionado em razão do surgimento de novas situações fáticas, nas quais o caráter hermético até então forjado passou a conflitar com garantias penais de grande relevância aos cidadãos e ao Estado de Direito.

Nesse sentido, vale citar o precedente assentado pela Segunda Turma do STF no HC 151.605.³ Na oportunidade, discutia-se a instauração de inquérito que teria se originado de acordo de colaboração premiada

² STF, HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015, p. 40

³ STF, HC 151.605/PR, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.2018

homologado em usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça.

Por maioria, embora se tenha mantido a posição majoritária sobre a impugnabilidade do acordo por terceiros, reconheceu-se a importância do controle judicial. Assim, excepcionou-se tal visão restritiva para permitir a impugnação quanto à competência para homologação do acordo, já que isso diz respeito às disposições constitucionais relativas à prerrogativa de foro, bem como entendeu-se pela ineficácia probatória dos atos de colaboração premiada.

O caso demonstra como a lógica civilista até então assentada deve ser lida com cautela na esfera penal. O precedente, ao qual poderiam ser somados outros, revela a necessidade de se aprofundar o debate sobre a colaboração premiada em diversos aspectos, em especial quanto à blindagem dos acordos ao escrutínio judicial.

3. Debates necessários à evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

3.1 Possibilidade de anulação do acordo

O primeiro ponto fundamental a ser discutido sobre a jurisprudência acerca da colaboração premiada relaciona-se aos limites a tal liberdade de negociação e à necessidade de se garantir o devido respeito ao princípio da legalidade. O estabelecimento de balizas legais para o acordo é uma opção de nosso sistema jurídico, para assegurar a isonomia e evitar a corrupção dos imputados, mediante incentivos desmesurados à colaboração, e dos próprios agentes públicos, aos quais se daria um poder sem limite sobre a vida e a liberdade dos imputados.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, já se reconheceu a impossibilidade de homologação de cláusulas sem embasamento legal.⁴ A decisão, proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, realizou um cotejo entre as previsões da lei e o acordo, concluindo-se pela ilegalidade de várias das disposições:

“Não há, portanto, qualquer autorização legal para que as partes convençionem a espécie, o patamar e o regime de cumprimento de pena. Em razão disso, concluo que não se mostra possível homologar um acordo com tais previsões, uma vez que o ato jamais poderia sobrepor-se ao que estabelecem a Constituição Federal e as leis do País, cuja interpretação e aplicação - convém sempre relembrar - configura atribuição privativa dos magistrados integrantes do Judiciário, órgão que, ao lado do Executivo e

⁴ STF, PET 7.265, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão de 14.11.2017)

Legislativo, é um dos Poderes do Estado, conforme consigna expressamente o art. 3º do texto magno”.

Por outro lado, embora com os devidos cuidados, especialmente quanto à segurança jurídica e à proteção às legítimas expectativas do delator, os acordos já homologados também devem ser passíveis de apreciação pelo Magistrado sob a ótica da legalidade, pois tais previsões caracterizam limitação ao poder negocial no processo penal. Portanto, em caso de ilegalidade manifesta em acordo de colaboração premiada, o Poder Judiciário também deve agir para a efetiva proteção de direitos fundamentais.

Vale destacar que tal possibilidade, inclusive, encontra-se referendada pelo julgamento pelo Pleno do STF da QO na PET 7.074, na qual se definiu que

“o acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face do cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil”⁵

Nos termos do citado parágrafo, “os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei” (art. 966, §4º, CPC)

A possibilidade de reconhecimento da nulidade dos acordos decorre, ademais, por ser considerado um meio de obtenção de provas, conforme reconhecido na Lei 12.850/2013 e consignado em diversos precedentes. Trata-se, portanto, de instituto de natureza semelhante à interceptação telefônica e deve, portanto, submeter-se à mesma sistemática de nulidade prevista na legislação processual penal.

Inúmeros são os casos de ilegalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em atos relacionados a interceptações telefônicas. Igualmente, não há motivo para afastar tal possibilidade quanto a ilegalidades que permeiam acordos de colaboração premiada.⁶

Nesse ponto, outra importante reflexão a ser realizada pelo Supremo diz respeito aos efeitos de tal anulação. Quanto às provas, o reconhecimento da ilegalidade do acordo de colaboração premiada efetivamente pode levar à nulidade dos atos probatórios, pois, nos termos da Constituição,

⁵ STF, QO na PET 7.074, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.6.2017

⁶ Na doutrina, expõe-se tal incongruência citando-se também o exemplo das buscas e apreensões, também classificadas como formas de obtenção de prova. (CRUZ, Flávio A. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, v. 1, n. 2, dez. 2016. p. 206)

os elementos colhidos por meios ilícitos não são tolerados no processo penal.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim destacam que *“a invalidação das decisões homologatórias e, se for o caso, do seu conteúdo, significará a extinção do(s) ato(s) impugnado(s) do mundo jurídico e dos efeitos jurídicos que tenham sido dele(s) decorrente(s).”*

Já em relação aos benefícios, são necessárias algumas ponderações quanto à conduta das partes e às relações de confiança e previsibilidade decorrentes. Isso porque, a depender da postura do colaborador, mostra-se inequívoca a necessidade de se avaliar a possibilidade de manutenção de seus benefícios, especialmente quando a nulidade decorrer de postura abusiva por parte do órgão de acusação.

Por um lado, toda a lógica negocial que tem sido progressivamente inserida no processo penal brasileiro, em uma influência global inquestionável, parte de premissas em que a previsibilidade é fundamental para o sistema.⁸ Nesse sentido, o precedente do Plenário do STF definiu que *“caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiais estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial”*⁹.

Assim, em um caso de evidente violação dos ditames legais por parte das autoridades, não parece razoável prejudicar o delator que havia atuado de boa-fé durante toda a negociação e efetivamente cumprido com suas obrigações. É necessário, nesses casos, respeitar as legítimas expectativas criadas pela parte.

Ademais, o STF já assentou que os benefícios ao delator podem ser concedidos pelo julgador ainda que sem prévia formalização de acordo

⁷ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2, mai./ago. 2016. p. 177. No mesmo sentido, entende Ada Pellegrini Grinover, ao analisar em parecer um caso de delação premiada anterior à Lei 12.850/2013: *“(...) a infringência das regras constitucionais do devido processo penal, por inobservância do procedimento probatório para a realização do ‘depoimento do delator’ (rectius: interrogatório), seja quanto ao momento procedimental, seja à publicidade dos atos processuais, e, por fim, à impossibilidade de exercício do contraditório pelos delatados, caracteriza, sem dúvida, a ilicitude da prova resultante”*. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo**. III Série. Brasília: Gazeta, 2013. p. 234)

⁸ Corroborando com a necessidade de segurança jurídica, Frederico Valdez Pereira destaca a impossibilidade de análise discricionária por parte do Juiz ou do Ministério Público quanto à concessão ou não do benefício: *“(...) uma vez reconhecido em concreto o preenchimento dos requisitos da colaboração, servindo os depoimentos do agente para subsidiar a atuação da autoridade policial ou do órgão de acusação no juízo criminal, cumprindo o colaborador com os compromissos assumidos anteriormente, o agente passa a ter direito subjetivo à concessão do benefício, não podendo haver aí discricionariedade ao Ministério Público ou ao magistrado”*. (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. 3. ed. Juruá, 2016. p. 146)

⁹ STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015, p. 63

com a acusação, de modo que, embora reconhecida a nulidade do acordo, mostra-se possível ao magistrado apreciar a postura o réu e o aporte à investigação por ele promovido.

Trata-se da possibilidade de “colaboração premiada unilateral”, nos termos definidos pela doutrina.¹⁰ Sobre a questão, no voto do eminente Min. Dias Toffoli, relator do precedente HC 127.483, o direito do imputado colaborador às sanções premiais decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei 9.807/1999; no art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei 9.269/1996 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei 7.492/1986 e no art. 41 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente.¹¹ Tal decisão foi defendida em outras oportunidades no Supremo Tribunal Federal, como no Inq. 3.204 e no RE-AgR 1.103.435.¹²

3.1 Possibilidade de questionamento por terceiros delatados

Embora, como afirmado acima, os acordos de colaboração premiada contenham uma evidente perspectiva negocial, a vedação a questionamento de terceiros mostra-se como outro ponto sobre o qual o Supremo Tribunal Federal deve se debruçar.

Isso porque, ao mesmo tempo, o acordo de colaboração premiada é um meio de obtenção de provas, de investigação, em que o Estado se compromete a conceder benefícios a imputado por um fato criminoso, com o objetivo de incentivar sua cooperação à persecução penal.

Conquanto o acordo de colaboração premiada, nos termos da Lei 12.850/2013, possa apresentar distintos objetivos, em regra a sua principal função probatória é instruir o processo penal, visando à melhor persecução penal de coimputados nos fatos investigados. Ou seja, o Estado oferece um tratamento mais leniente a um acusado, com o objetivo de obter provas para punir outros imputados.

Resta evidente, portanto, que o acordo de colaboração premiada acarreta gravoso impacto à esfera de direitos de eventuais corréus delatados. E, mais do que isso, ele toca intimamente em interesses coletivos da sociedade, tendo em vista que possibilita a concessão de benefícios penais pelo Estado.

¹⁰ SANTOS, Marcos Paulo. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017. p. 157

¹¹ STF, HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015

¹² STF, Inq. 3.204, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.6.2015; STF, RE-AgR 1.103.435, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.5.2019.

A despeito de a jurisprudência ter bem ressaltado que a homologação do acordo de colaboração premiada não assegura ou atesta a veracidade das declarações do delator, não se pode negar que o uso midiático de tais informações acarreta gravíssimos prejuízos à imagem de terceiros. Além disso, diversas decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma questionável, autorizam a decretação de prisões preventivas ou o recebimento de denúncias com base em declarações obtidas em colaborações premiadas.

Ou seja, é evidente e inquestionável que a esfera de terceiros delatados é afetada pela homologação de acordos ilegais e ilegítimos, conforme destaca J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão:

“na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idóneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada”.¹³

Sem dúvidas, a tese adotada pelo STF no sentido de não impugnabilidade do acordo por terceiros possuía, naquele momento, premissas pertinentes. Contudo, isso ocasionou uma quase total intangibilidade e incontrollabilidade dos acordos de delação, ao passo que aqueles que poderiam impugná-lo (colaborador e MP), normalmente almejarão interesse completamente inverso, no sentido de fazer o máximo para a sua manutenção. Por efeito colateral, tornou-se os acordos de colaboração premiada praticamente intocáveis.

Vale destacar que os interesses da sociedade são claramente violados ao se homologarem acordos ilegais de colaboração premiada. Por meio de tais “negócios jurídicos”, o Estado se compromete a conceder benefícios, como a redução de pena ou até o perdão judicial, para incentivar réus a colaborarem com a persecução penal. Não se pode aceitar que o Estado “incentive” investigados criminalmente com benefícios ilegais ou ilegítimos.

Tal preocupação é também externada por Vinicius G. Vasconcellos:

“Trata-se de benefício oferecido para retirar o acusado de sua posição de resistência, inerente à estruturação formal do processo penal. Ainda que o acordo, em si considerado, não seja elemento de prova e que os corréus possam realizar o exame cruzado no momento do depoimento do delator, é legítima a irrisignação diante do oferecimento de benefícios em acordo, por qualquer

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017. p. 146

motivo, ilegal. Não se trata aqui de ato para incentivar a mentira e a ocultação de informações, mas de proteção a direitos fundamentais e à vedação de premiações ilícitas pelo Estado ao colaborador¹⁴

O fato de que os coimputados possam, posteriormente, defender-se das declarações dos delatores em exame cruzado na audiência de instrução e julgamento não esvazia a necessidade de controle de legalidade na homologação do acordo. Trata-se de fases diferentes do procedimento probatório: admissibilidade do meio de obtenção e, depois, exercício do contraditório no momento de produção do meio de prova.

Afinal, na esteira do exposto anteriormente, o reconhecimento da ilegalidade dos acordos pode levar à decretação de nulidade dos elementos probatórios colhidos, como ocorre em outros meios de obtenção de prova, a exemplo da busca e apreensão e da interceptação telefônica. O interesse do delatado é, assim, evidente também sob tal aspecto.

Portanto, em razão do impacto na esfera de direitos de terceiros e da necessidade de legalidade dos benefícios penais oferecidos pelo Estado, pensa-se que o acordo de colaboração premiada deve ser passível de impugnação e controle judicial.

4. Conclusão

Como qualquer novo instituto, os acordos de colaboração premiada geraram, ao lado de importantes ganhos à persecução penal, grande discussão na doutrina e na jurisprudência. As análises iniciais, como exposto nesta breve reflexão, mostraram-se importantes para definir os primeiros contornos de tal novidade, a qual vinha se desenvolvendo de forma acelerada e ao largo de um debate mais amplo dentro do Poder Judiciário e, em especial, do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Assentadas as primeiras balizas sobre a colaboração premiada, é importante avançar a jurisprudência sobre o tema e garantir a sua abertura aos novos casos, que todos os dias apresentam nuances e situações novas sobre o tema. Sem embargo da importante contribuição realizada pelos primeiros entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal, o presente ensaio demonstra algumas perspectivas sobre as quais é necessário a ampliação do debate.

Em primeiro lugar, viu-se como a declaração de nulidade dos acordos deve ser entendida como uma possibilidade dentro da sistemática processual-penal aplicável à colaboração premiada. Como meio de obtenção de provas, inexistem motivos para afastá-la do devido escrutínio judicial e, portanto, da possibilidade de reconhecimento de eventuais

¹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius G. **Colaboração premiada no processo penal**. 2ª ed. RT, 2018. p. 119

ilegalidades. Até mesmo pelos direitos fundamentais relacionados de forma inerente ao sistema penal, é necessário garantir o devido respeito às normas aplicáveis, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, nos processos futuros, aprofundar o debate também sobre as consequências da declaração de nulidade, que, como visto, não são simples e merecem o devida reflexão pela Corte.

Em segundo lugar, foi constatada a plena possibilidade de terceiros questionarem os acordos de colaboração premiada firmados. A perspectiva civilista consagrada em alguns julgados, ao negar tal possibilidade ao delatado, acabou por subordinar os seus legítimos interesses e também os da própria sociedade aos dos signatários do acordo. De fato, para além dos aspectos formais, é evidente que o acordo, embora bilateral, causa efetivo dano – ou perigo de dano – aos corréus, bem como lida com o interesse público, o qual pode ser vulnerado por acordos ilegais. Mais grave, o entendimento então firmado blinda os termos firmados de qualquer tipo de questionamento e revisão pelas instâncias superiores, dificultando a própria evolução jurisprudencial sobre o tema.

Nesse sentido, as breves reflexões sobre a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal demonstram a necessidade de se reafirmar função do Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais. Os pontos aqui abordados tratam de temas caros ao Estado de Direito e levantam o relevante debate sobre a importância de se garantir um sistema de persecução penal que se desenvolva dentro dos limites da Constituição e da legislação aplicável, que, no caso da colaboração premiada, devem guiar o magistrado ao devido balanceamento entre os direitos dos delatores e dos delatados e a proteção ao interesse da própria sociedade.

5. Bibliografia

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017. p. 146

CRUZ, Flávio A. *Plea bargaining* e delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, v. 1, n. 2, dez. 2016. p. 206

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. **Civil Procedure Review**, v. 7, n. 2, mai./ago. 2016. p. 177

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo**. III Série. Brasília: Gazeta, 2013. p. 234

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**. 3. ed. Juruá, 2016. p. 146

SANTOS, Marcos Paulo. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017. p. 157

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Colaboração premiada no processo penal**. 2ª ed. RT, 2018. p. 119