



Del Cid: Homologação de delação e a justa prestação jurisdicional

Instituto de *controvertida* aplicação a *estampar duvidosa verdade real quanto à autoria*^[1] e fatos traz uma tormentosa abordagem acerca das decisões de homologação desses acordos pelo magistrado e a sua posterior utilização na sentença sem que haja comprometimento da cláusula de promessa constitucional (*due process of law*) por ruptura da imparcialidade do julgador.

A Lei 12.850/2013 trouxe diversos benefícios, dentre os quais autoriza o juiz a concessão do perdão judicial, a redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos, desde que esteja condicionado, obrigatoriamente, a um ou mais resultados. Esses resultados estão elencados em um rol taxativo que se resume à identificação de coautores e partícipes; descrição da estrutura hierárquica e divisão de tarefas; prevenção; recuperação do proveito do crime e localização de eventuais vítimas.

Ocorre que, para que a homologação seja válida, o juiz estará vinculado aos pressupostos da regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo recusar a homologação do acordo na ausência destes pressupostos. Daí que surge o primeiro problema, pois para o juiz aferir a regularidade do acordo estará estritamente vinculado aos incisos do artigo 4º da lei que por igual estão vinculados à exigência legal de descrição da denúncia como proposta de modelo de sentença.

Assim, se a lei obriga ao magistrado verificar a existência eficaz da identificação dos coautores e partícipes (quem?), a revelação da estrutura (como?), a prevenção das infrações penais decorrentes e a localização de eventual vítima (onde?) e a recuperação total ou parcial do produto ou proveito (por quê?), não há dúvidas de que estará fazendo, primeiramente, um juízo prévio de recebimento da denúncia imposto pela própria lei. E a lei esclarece, ainda, que o juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, impondo, mais uma vez, que os termos do acordo contenham a descrição de todos os fatos e circunstâncias, nos mesmos moldes da inicial acusatória. É uma imposição legal!

Então, significa dizer que, ao receber e homologar o acordo de colaboração premiada, o juiz estará, logicamente, se comprometendo, num primeiro momento, ao recebimento da denúncia de delator e delatados, e, em outro momento, a uma sentença condenatória, pois possui natureza de direito material, sendo condicionada sua aplicação lógica e cronologicamente a um prévio juízo condenatório^[2].

Problema este identificado e analisado pela professora **Heloisa Estelitta**, que foi mais adiante, advertindo que “tal proceder implica duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal: a) o juízo de condenação; b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena”. E continua a autora apontando o ponto nevrálgico do problema: “A homologação de acordo pelo magistrado implica em dupla violação aos cânones mais básicos do *due process of law*: de um lado retira-lhe a imparcialidade objetiva e, de outro, impede o desenvolvimento contraditório do processo”.

Fica completamente alijada a defesa de apresentar qualquer estratégia defensiva, sendo que o julgador já se comprometeu a aceitar a denúncia, pois completamente vinculado ao acordo homologado, não podendo ser descartada a hipótese de o juiz entender não preenchidos os requisitos legais, podendo “adequá-la ao caso concreto”, devolvendo às partes para emendar o acordo, num verdadeiro juízo de



paranoia, violando o sistema acusatório, permitindo a participação *ativa* do juiz na formulação da acusação.

A lei, num primeiro momento, retira do magistrado a possibilidade de rejeição da denúncia e aplicação da absolvição sumária (artigos 395, I a III, e 397, I a III), e, em outro momento, retira também a possibilidade de absolvição do(s) réu(s), nos termos do artigo 386, I a VII. E isso ocorre porque, ao homologar o acordo, o magistrado já faz um juízo preliminar da acusação que antecede a denúncia, exercendo um juízo de controle da acusação. Se os requisitos legais do acordo são os mesmos requisitos obrigatórios da denúncia e o próprio magistrado exerce um poder de controle na homologação desse acordo, a lei obriga o magistrado a receber a denúncia ou, sob outro ponto de vista, ao menos, impede que o magistrado rejeite a denúncia pela ausência de algum dos requisitos que ele mesmo já homologou como satisfeitos. Como o juiz irá rejeitar a denúncia, por exemplo, por inépcia se a descrição dos fatos e circunstâncias são pressupostos obrigatórios para a homologação do acordo? Isso acontece também na análise da justa causa ou, ainda pior, em caso de absolvição sumária. Como o juiz irá rejeitar a denúncia e absolver sumariamente o(s) réu(s) dizendo que “o fato narrado não constitui crime”, sendo que na homologação do acordo ele próprio já aceitou os fatos narrados como descrição típica do ilícito?

A atuação do julgador está completamente vinculada ao acordo, não podendo rejeitar a denúncia, receber parcialmente ou absolver sumariamente em relação aos delatores e delatados! Atuação esta que desafia qualquer *posizione di assoluta neutralità psichica*[3], em que a própria lei coloca o julgador em um quadro mental paranoico[4], denominando **Cordero** tal síndrome como a primazia da hipótese sobre os fatos, em que se abre ao juiz a “*possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão, isto é, o sistema legítima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro*”[5]. A lei cria um verdadeiro quadro de esquizofrenia probatória judicial, pois o juiz está psicologicamente condicionado a não apreciar bem as teses opostas e ratificar o conteúdo da homologação, mesmo porque a própria lei estabelece que *a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia*, privando delator e delatados de *garantias básicas do devido processo legal*, retirando de uma só vez a imparcialidade objetiva do julgador e o contraditório entre as partes.

A imparcialidade — analisada como o princípio supremo do processo[6] garantida implicitamente pela cláusula do devido processo legal e não, tão somente, pela garantia do juiz natural —, a rigor, difere de “ser parte”. Nesse sentido, **Goldschmidt** distingue *parcialidad* de *parcialidad*: “*Parcial significa ser parte; parcial da a entender que se juzga con prejuicios (...)* La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Éste debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad”[7]. A *parcialidade* significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzietà*, um estar alheio aos interesses das partes na causa. **Paolo Tonini** discorre que “*L'imparzialità del giudice non è una qualità innata o carismatica della quale egli è dotato in virtù del fatto che ha vinto un concorso pubblico e svolge un determinato ufficio. La storia ci insegna che l'imparzialità, perchè sai ‘effettiva’, deve essere fondata sui seguenti principi: 1) La soggezione del giudice alla legge; 2) La separazione delle funzioni processuali; 3) La presenza di garanzie procedurali che permettano di estromettere Il giudice che sai (o appaia) parziale*”[8]. Continua o mestre italiano, “*a garantia de imparcialidade somente pode ser definida negativamente (como não parcialidade) sobre a base de dois critérios: a ‘terzietà’ (‘terceiro qualificado’) e a ‘impregiudicatezza’, assim expressos: a) há ‘terceiro qualificado’ quando ausente*



qualquer ligação com uma das partes ou com o objeto de decidir; b) a situação psíquica de ‘não prejulgamento’ há quando uma pessoa já não expressou precedentemente um juízo sobre a responsabilidade do imputado”.

Dessa forma, o juiz não deve ser confundido com as partes, pois assume uma posição de terceiro, contraditor, responsável, todavia, pela sua regularidade na produção probatória processual (procedimento em contraditório). Aliada à ideia de que a essência do contraditório exige um “interessado” e um “contrainteressado” que exerçam seu direito a *informazione e reazione*^[9] em situação de simétrica paridade^[10] de participação, buscando influenciar o destinatário final de sua pretensão, vê-se que a defesa sempre restará frustrada, isso porque as partes não estarão em absoluta igualdade de oportunidades na *captura psíquica*^[11] do juiz. Assim como o pesquisador científico, o juiz deve estar mentalmente disposto a receber e conhecer todas as teses existentes para, ao final, analisar e concluir sua decisão em provimento jurisdicional.

Esse desequilíbrio se dará não apenas na decisão final, mas em todo o procedimento, violando a paridade em contraditório colocando a defesa em desvantagem por não conseguir oferecer (ao juiz) o pensamento ao repensamento da pretensão deduzida (*convicium*). Visivelmente percebido pelo seu olhar, pelos seus gestos, pelo teor das perguntas certas às testemunhas, o juiz repetidamente prova sua apatia para com esta ou qualquer outra posição, comprometendo, assim, sua imparcialidade (objetiva). O contraditório será exercido apenas pelo direito às *informazione*, sendo comprometido seu direito ao *convicium* pelas vias próprias das *reazione*.

A atuação do juiz deve estar alinhada a um *desinteresse subjetivo*^[12], decidindo com certa apatia que lhe permita encontrar o ponto de equilíbrio justo para decidir, levando em consideração todas as provas e argumentações que as partes oferecem, sem que essa atuação seja praticada com indiferença, pois as partes devem ter a certeza de que seus argumentos foram analisados.

A imparcialidade não é uma qualidade marcante, inata ao magistrado medida por seu prestígio intelectual, moral e religioso. A boa-fé e a lealdade de atuação são insuficientes como presunções e não salvaguardam a garantia de imparcialidade do juiz. Essas atitudes se traduzem mais em um romantismo utópico, que, na prática, muito pouco tem limitado a mania recorrente do juiz de assumir funções inquisitoriais e impróprias dentro de um sistema acusatório.

Homologado o acordo, o magistrado estará comprometido com os termos do acordo e com a tese acusatória, ficando absolutamente contaminado com seu teor, prejudicando o desenvolvimento do processo, impedindo que se entregue uma sentença comprometida com a promessa constitucional de seu justo e devido processo legal.

Em outras palavras, a homologação do acordo de delação premiada estimula e obriga o juiz a já intervir, em fase preliminar, valorando todos os elementos de prova, exibindo sinais fortes, objetivos e contundentes de sua parcialidade, forçando um nítido interesse subjetivo na condução do processo, impedindo a apreciação do contraditório pela defesa em que o juiz ficará refém de seu subconsciente.

O Estado deve assegurar uma neutralidade processual na entrega da prestação jurisdicional sem comprometer a imparcialidade do juiz.



Assim, a nosso ver, o juiz que homologou o acordo deve ser impedido de prosseguir na condução do processo pela falta de um dos elementos básicos do *due process of law*^[13]. A imparcialidade como princípio supremo do processo e garantia fundamental implícita no devido processo legal deve ser preservada a todo custo. Para que haja uma prestação jurisdicional, esta deve ser, acima de tudo, justa^[14] e devida, caso contrário haverá um comprometimento pela impossibilidade de entrega da justa prestação jurisdicional, pela ausência de um de seus elementos básicos (artigo 5º, LIV e LV, da CF/1988).

Uma solução paliativa seria encaminhar o acordo de delação premiada para outro magistrado distante da causa, *como procedimento incidental*, possibilitando a atuação de um juiz civil que possa homologar esse acordo nos mesmos moldes da homologação de acordo civil ou, ainda, a outro juiz de vara criminal que homologue o acordo em hipótese semelhante aos termos da transação penal, a fim de garantir a imparcialidade do juiz que atuará na condução do processo principal, tema este que será tratado em outra oportunidade.

[1] STF, Extradicação 1.085, Tribunal Pleno, rel. min. Cezar Peluso, j. 16/12/2009, DJe 15/4/2010, voto proferido pelo min. Marco Aurélio.

[2] Estellita, Heloisa. *A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal*. Boletim IBCCrim, n. 202, v. 17, p. 2-3, 2009.

[3] **Tonini, Paolo**. *Manuale di procedura penale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 10.

[4] Cordero, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: Utet, 1986. p. 51.

[5] Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCrim*, ano 16, n. 188, p. 11-13, São Paulo, jul. 2008.

[6] Alonso, Pedro Aragonés. *Proceso y derecho procesal*. 2. ed. Madrid: Edersa, 1997. p. 127.

[7] Goldschmidt, Werner. La imparcialidad como principio básico del proceso (“partialidad” y “parcialidad”), discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal. *Conducta y norma*. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo, 1955. p. 13.

[8] Tonini, Paolo. *Manuale di procedura penale* cit., p. 67.

[9] (Fazzalari, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1994. p. 85.

[10] Gonçalves, Aroldo Plínio. *Técnica processual*. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 102-132; Cattoni, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; Leal, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; Leal, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

[11] Gloeckner, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 116.

[12] Montero Aroca, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 186 e ss.

[13] (STF, HC 94.601, 2.ª T., rel. min. Celso de Mello, j. 4/8/2009, DJe 11/9/2009).

[14] “Vigoriti, Vincenzo. Garanzie costituzionale del processo civile. Milano: A. Giuffrè, 1973. p. 30. *Aludir-se a ‘justo processo da lei’ é o que mais bem evoca a ideia de que, para atender à exigência constitucional (art. 5º, inc. LV), não basta seja legal o processo, pois que também deve ser justo*” (STF,



AgIn 431.264-4/PE – AgR-AgR, 2ª T., – rel. min. Cezar Peluso, *DJ* 23/11/2007).

Date Created

11/11/2016