

Andrea Marighetto: Efetivação do dever de boa-fé na delação premiada

Discute-se muito sobre a natureza jurídica dos assim chamados “*acordos de colaboração premiada*”, intendendo-se com esta expressão, aqueles acordos realizados na base do artigo 4º da Lei 12.850 de 2013, entre o Ministério Público e a pessoa física, *que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal*, assumindo a qualificação de colaborador de Justiça[1]. Tratando-se de instituto conceitualmente novo no sistema de Direito Brasileiro, o acordo de colaboração premiada apresenta dúvidas materiais e formais (em espécie, no que envolve a homologação do acordo e sua eventual rescisão) por parte da doutrina e da jurisprudência, sobre a sua própria natureza jurídica e sobre a sua disciplina.

O Supremo Tribunal Federal sintetizou, à vista da aplicação metodológico-sistemática da teoria do diálogo das fontes, que o instituto da colaboração premiada, no qual se inserem os acordos de colaboração premiada, concretiza de *jure* um *negócio jurídico processual*[2].

A fortiori, assumindo que o instituto da colaboração premiada, exercendo a função de obtenção do meio da prova, possui a natureza de *negócio jurídico processual*, há a se considerar que também os “acordos de colaboração premiada” sejam considerados *negócios jurídicos em si*, nos quais à base jus-privatista de relacionamento horizontal, representada pela negociação sinalagmática entre as partes (*informações contra prestação premial*), seja agregada a base jus-criminalista de relacionamento vertical, da funcionalização do meio para a obtenção da prova, consistente no poder do Juiz estabelecido pela lei, de concessão da “prestação premial”, ou seja, da concessão do perdão jurídico, que é unilateral, discricional e próprio do Juiz, sem a homologação do qual, a “prestação premial” não poderia produzir nenhum efeitos.

A “prestação premial” que o juiz pode concretizar na redução da pena, ou até no próprio perdão judicial, é essencial na luta ao combate do crime. A “prestação premial” há a ser também devidamente balanceada pelo Juiz, considerada a gravidade dos fatos criminosos, o status e a ocupação das pessoas envolvidas, os interesses públicos, econômicos e sociais tutelados, e a caracterização pessoal do colaborador de Justiça. A “prestação premial” torna-se assim indispensável para conseguir a cooperação do colaborador de Justiça, sendo que a condição de colaborador expõe o mesmo às consequências (dramáticas) não unicamente jurídicas, mas também sociais, sociológicas e psicológicas, que inevitavelmente colocam o colaborador e a sua família em uma situação de risco[3], não sempre considerada e propriamente avaliada pela sociedade.

Parece-nos que, pela complexidade do instituto que envolve interesses públicos e privados, há a ser considerar que, independentemente da natureza jurídica, também os acordos de colaboração premiada, que concretizam *em si* verdadeiros negócios jurídicos, devem refletir os princípios e os valores constitucionais, que permeiam o inteiro sistema de Direito Público e Privado.

Entre os demais princípios e valores presentes na Constituição de 1988, o da boa-fé objetiva é enunciado na Carta Constitucional e, no específico, é tratado pelo artigo 422 do Código Civil de 2002, juntamente ao princípio da função social do contrato, previsto ao artigo 421, sempre do Código Civil. Os dois

princípios, aplicados juntamente, representam os dois principais fundamentos do instituto dos negócios jurídicos.

O princípio da boa-fé regula o pacto negocial, invocando o respeito de vários deveres acessórios, não explicitamente expressos, mas que caracterizam de jure o inteiro relacionamento obrigacional, desde a fase negocial até aquela de execução de cada prestação. A doutrina nacional e internacional[4] é pacífica em entender que dentro destas obrigações acessórias devem ser incluídos (i) o dever de manter informada a outra parte; (ii) o dever de prever e evitar situações que possam prejudicar a outra parte; (iii) o dever de conservar o negócio jurídico; (iv) o dever de lealdade; (v) o dever de cooperação; (vi) o dever de não agir com a intenção de prejudicar a outra parte.

A doutrina, nacional e comparada, entende que o princípio da boa-fé tenha que ser aplicado como princípio geral de comportamento em todas as relações jurídicas, não unicamente jus-privatistas. Por todos, o ilustre jurista alemão Karl Larenz frisa que o princípio da boa-fé se deve entender no sentido que “a defesa da fidelidade e a manutenção da confiança formam o fundamento do tráfego jurídico e especialmente das relações jurídicas especiais. Em razão disso, o princípio (da boa-fé) não é limitado às relações jurídicas obrigacionais, mas se aplica segundo entendimento hoje pacífico, como um princípio geral do direito, aplicável sempre aonde exista ou esteja preparada na relação jurídica especial. Diante desses requisitos, assim, também no Direito das Coisas, no Processo Civil e no Direito Público”[5].

Assim, nos acordos de colaboração premiada, há a se entender que o dever de boa-fé se aplique reciprocamente no sentido de concretizar por parte do colaborador de Justiça, o dever de *cooperar, informar, ser leal* na forma tal em que o seu comportamento seja verdadeiramente indispensável e fundamental às autoridades de Justiça para o avançamento na luta ao crime e no processo criminal. Mais difícil aparece identificar os deveres de boa-fé inerentes aos comportamentos por parte das autoridades de Justiça, sendo [esses deveres] — muitas vezes — estabelecidos constitucionalmente na própria função que essas [autoridades de Justiça] exercem: *in primis* a de garantir a aplicação dos Princípios e dos Valores da própria Carta Constitucional.

Portanto, há a se entender que nos acordos de colaboração premiada o respeito do princípio da boa-fé por parte das autoridades de Justiça se concretize *de facto* em um comportamento leal e não abusivo durante todo o processo de negociação do acordo (considerado o relacionamento de poder vertical que envolve a negociação), baseado na manutenção da garantia e na tutela dos princípios fundamentais do Estado Constitucional e Democrático de Direito[6], que um meio processual de obtenção de provas não pode certamente superar.

No específico, vale destacar (i) o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, antes até [desta] ser cidadão (CF, artigo 1º, III); (ii) o princípio da legalidade que concretiza, por sua vez, a verdadeira garantia dos direitos e das liberdades individuais[7]; (iii) o princípio do favor rei o *in dubio pro reu*[8]; e, enfim, (IV) a presunção de inocência — cuja não podemos abrir mão — que permeia tudo o sistema de Direito[9] e que não deixa dúvidas sobre a natureza de um sistema não punitivo, mas corretivo[10].

À luz do destes princípios e valores, próprio para a defesa de interesses públicos e privados, a boa-fé nos acordos de colaboração premiada deve ser interpretada de forma a ter em consideração o equo e concreto balanceamento dos direitos e dos deveres das partes no que abrange a investigação e a condução do processo criminal, tendo sempre em vista: (i) a funcionalização do próprio instituto, que é

principalmente a de ajudar as Autoridades de Justiça na luta ao crime e corrigir o comportamento do Colaborador de Justiça mediante a concessão de “um prêmio” pela ajuda prestada; (ii) a necessidade de agir para manutenção da relação “negocial”, de forma que a eventual alteração do acordo seja jurídica e ponderadamente justificada e não gere insegurança jurídica na garantias e nas tutelas das liberdades individuais do colaborador, que, de qualquer forma, já é submetido à arbitrariedade do juízo ético e moral da comunidade; (iii) que os acordos de colaboração premiadas não sejam desnaturados ou instrumentalizados, tornando este precioso e sofisticado instituto em outro ordinário meio de obtenção de provas.

[1] A Lei 12.850 de 2013 ao art. 4º literalmente dispõe que “o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”.

[2] Veja-se Julgamento STF do HC nº. 127.483, Relator Min. Dias Toffoli, o qual literalmente reporta: “A colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o imputado colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal (...). Note-se que a Lei n. 12.850/13 expressamente se refere a um ‘acordo de colaboração’ e às ‘negociações’ para a sua formalização, a serem realizadas ‘entre delegado de polícia’, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor’ (art.4º, §6º), a confirmar que se trata de um negócio jurídico processual”.

[3] A situação de risco e de desconforto social em que o Colaborador de Justiça se encontra é evidentemente previsto pela própria Lei 12.850 de 2013, que aos artigos 5º e 7º estabelece mecanismos de tutela e garantia da integridade psíquica e física do Colaborador de Justiça.

[4] REALE, Miguel. História do novo Código Civil. São Paulo, RT, 2005; COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. A obrigação como Processo, São Paulo, José Bushatsky Editor 1976; MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo, RT, 2006; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo, Revista dos

Tribunais, 2000; IRTI, Natalino. Codice Civile e società politica. Bari, Laterza, 2007; BETTI, Emilio. Teoria Generale delle Obbligazioni. Milano, Giuffrè, 1954.

[5] LARENZ, Karl. Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Munich, Beck'che, 1975.

[6] CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra, Almedina, 2009.

[7] In verbis, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” Constituição Federal [5º](#), [XXXIX](#).

[8] O art. 5º, XL, da Constituição Federal, dispõe que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

[9] O art. [5º](#), [LVII](#), da [Constituição Federal](#), que assim dispõe: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

[10] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo, Saraiva, 2007.

Date Created

25/10/2017