

## Paulo Barbosa: A complexa supervisão da colaboração premiada

A redação do §4º do artigo 3º-B da Lei nº 12.850/2013, incluído pela nova Lei 13.964/2019 [\[1\]](#), parece confirmar algo que já é realidade no Velho Mundo. A confortável dualidade processual *inquisitorial-acusatorial* vem sendo suplantada pela fusão entre sistemas processuais, viabilizando a conformação de sistemas híbridos. Tal fenômeno é impulsionado pelos transplantes [\[2\]](#) de institutos do processo penal entre países ocidentais, com forte predominância da tradição anglo-americana sobre o mundo romano-germânico. Isso tem causado grandes impactos na estrutura interna dos ordenamentos jurídicos receptores, mormente quanto ao conceito de verdade, valor da confissão e gestão da prova, com implicações perturbadoras na atuação judicial. Tais elementos existem sem maiores traumas no processo penal norte-americano. Contudo, em sistemas híbridos ainda em formação, como é o caso brasileiro, a



Nesse contexto, em que a hibridização dos sistemas

apresenta-se como um caminho sem volta, a melhor estratégia na busca por segurança jurídica é impedir o surgimento de pontos de ambivalência de elementos estruturais do processo. Daí porque é imprescindível que o legislador delimite a atuação de cada ator processual, sem espaço para subjetivismos, notadamente quanto a atuação judicial. Vale consignar que não estamos falando de sistemas mistos, cujo grande exemplo é o Código de Processo Penal napoleônico (*Code d'Instruction Criminelle*) de 1808, o qual apresentava duas fases bem visíveis: a primeira, inquisitorial; a segunda, acusatória. Em sistemas híbridos, não temos como estabelecer fases claramente distintas, apenas podemos identificar momentos do *iter* processual nos quais alguns elementos podem variar, conforme vontade do legislador ou mesmo consolidação jurisprudencial, apresentando tons inquisitoriais ou acusatoriais.

E qual a relação do citado §4º do artigo 3º-B da Lei nº 12.850/2013 com tudo que até aqui foi dito? Vejamos. O legislador brasileiro parece ter aberto os olhos para a angustiante situação do juiz criminal no momento de realizar a análise embrionária do acordo de colaboração premiada, atentando-se para toda problemática que pode decorrer de uma decisão homologatória prematura e sem base fática robusta. Por isso, a lei em testilha agora reza que "*o acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução*", mas sem indicar de quem seria a iniciativa do ato instrutório e nem sua amplitude e profundidade. Diante dessa lacuna, entendemos por óbvio que as partes do acordo podem pedir a instrução para solidificar as evidências, possibilitando a homologação. Porém, poderia o juiz ter a iniciativa instrutória, inclusive designando sigilosa audiência de instrução, expandindo a dicção do novo §7º do artigo 4º caso as partes silenciem e o acordo de colaboração apresente base fática inconsistente, duvidosa ou obscura?

Respeitando entendimento contrário, entendemos que não. São três os motivos, sublinhando o direito comparado como valioso instrumento de pesquisa e bússola interpretativa.

I) Temos que buscar as raízes do instituto transplantado. No caso, o regime de colaboração premiada, prevendo um contrato como ato estrutural do rito, tem origem norte-americana, precisamente nos acordos de cooperação [4] (*cooperation agreements*) [5]. Razão disso, no silêncio do legislador, trabalha-se em regra com a verdade formal em tal estágio do contexto negocial, com atuação judicial mais passiva, sem espaços para ingerências judiciais paternalistas — pois é assim na origem e não houve tradução [6] legislativa nesse ponto específico.

II) Outrossim, essa prévia instrução, ao que parece, tem inspiração em âmbito internacional, *vide* por exemplo artigo 65, (3), (a) do Estatuto de Roma. Por certo, isso traria mais conforto para os juízes antes de proferir a decisão homologatória. Contudo, essa tentativa de transplantar um novo modelo de supervisão judicial do acordo de colaboração, com esteio num direito processual penal internacional, também controvertido [7], pode ser a "cara" do qual problemas decorrentes da mescla dos sistemas processuais seja a "coroa". Isso porque a permissão internacional de iniciativa judicial para solicitar provas adicionais, embasando confissões e acordos penais, tem fundamento em implicações históricas e políticas embutidas na base de seus processos. Ademais disso, o nível de complexidade dos casos é muito maior, pois envolve uma enorme quantidade de delitos diversificados, englobando aspectos étnicos, econômicos e religiosos, com repercussões jurídicas e culturais que influenciam a vida de milhares de pessoas, afetando a geopolítica mundial. Além disso, essa iniciativa instrutória dos juízes do Tribunal Penal Internacional não é unanimidade, dependendo da formação de cada juiz [8]. Assim, não pode servir de modelo para o sistema processual brasileiro.

III) Por fim, se o legislador, embora com muito atraso, expressamente afirma que o processo penal terá estrutura acusatória [9], toda marcha processual seguirá pautada no princípio dispositivo, não cabendo iniciativa instrutória aos juízes, salvo com previsão legal expressa e precisa, conquanto ainda vigente o artigo 156 do CPP.

E o que esperar do futuro? Diante desse hiato legislativo podemos prever algumas situações: a) os juízes continuarão a atuar *ex officio*, instruindo previamente o acordo de colaboração antes da decisão de homologação, materializando o *background* cultural [10] inquisitivo ainda predominante, com severo prejuízo ao princípio da imparcialidade judicial; b) a jurisprudência permitirá que o juiz promova *ex officio* a instrução prévia, em sintonia com o "utilitarismo nosso de cada dia", abençoando o fenômeno da hibridização processual que segue a todo ritmo e muitas vezes desprestigiando a técnica; e, por fim, c) as partes, notadamente por insistência da defesa técnica, buscando mais segurança jurídica, já pedirão a instrução prévia, inclusive com audiência, na própria petição inicial conjunta que veicular o acordo de colaboração, antevendo possível dubiedade dos fatos e evidências.

Essa última posição seria a melhor saída, pois resguardaria a passividade judicial, importante característica originária e intrínseca ao instituto transplantado, sem desfigurá-lo ainda mais, além delimitar o papel das partes no campo negocial. É interessante notar que esse problema brota de um problema ainda maior, qual seja, a dupla análise do acordo de colaboração premiada pelo juiz. Talvez, s.m.j., seja o momento de ponderarmos a utilidade (ou não) da decisão homologatória do acordo de colaboração [11]. Em outras palavras: se estamos tratando de um objeto transplantado, o Direito comparado deve ser levado em conta. Nesse passo, a experiência norte-americana e a italiana, envolvendo institutos congêneres ao nosso contrato de colaboração processual, a saber, *cooperation agreements* e o *verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione* [12], respectivamente, não se utilizam dessa problemática dupla análise judicial do acordo antes da correlata sentença.

A hibridização do processo penal tem se mostrado um processo traumático em todos os níveis. Especificamente, tem colocando em tensão máxima a capacidade intelectual dos juízes no momento de supervisão do acordo de colaboração. Todavia, é um processo irreversível decorrente do encurtamento espacial provocado pela globalização e pelo avanço tecnológico, tudo potencializado pela interpenetração cultural. Bem por isso, a lei deve ser precisa em delimitar a atuação dos atores processuais, principalmente quanto a atividade judicial, sob pena de criarmos uma espécie de "juiz camaleão", que poderia imprimir subjetividade nos hiatos da lei, com abertura inclusive para perigosa atuação política dos juízes, que seriam mais criteriosos em alguns processos, com ampliação da instrução prévia, e nem tão cuidadosos em outras ocasiões.

As cores da verdade processual — seja ela formal ou material — e todas as implicações daí decorrentes (valor da confissão [13], gestão da prova etc.) ficariam ao talante do nosso "juiz camaleão", fato deveras preocupante ainda mais quando o utilitarismo no processo penal é uma triste realidade e a colaboração premiada parece cada vez mais perder seu caráter excepcional. A ciência deve evoluir, mas não ao preço pago por Victor Frankenstein.

[1] § 4º O acordo de colaboração premiada **poderá ser precedido de instrução**, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público. (Grifo do autor)

---

[2] O termo tem origem em Watson (1993, p. 21), que explica a figura do transplante como: "(...o a mudança de uma regra ou sistema jurídico de um país para outro, de um povo para outro". (Tradução nossa) In: WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Second edition. Athens-London: The University of Georgia Press, 1993.

[3] Como bem adverte Damaska, o legislador deve ser prudente para perguntar-se "(...) se o aparato de justiça está pronto, ou pode estar, para absorver a norma importada com todas suas prováveis ramificações". (Tradução livre) In: DAMASKA, Mirjan. *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*. En *Reforma de la Justicia Penal en las Américas*. Fundación para el Debido Proceso Legal, 1999.

[4] Nesse sentido, conferir: MENDES, Paulo de Sousa. A colaboração premiada à luz do direito comparado, especificamente p. 10-11. Texto escrito para Conferência proferida em 02.10.2018, na Escola Alemã de Ciências Criminais (EACC), organizada pelo Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CDPAL) e pelo Departamento de Direito Penal Estrangeiro da Universidade de Göttingen, sob a direção do Prof. Dr. h.c. Kai Ambos e a Coordenação de Eneas Romero e Diego Reis, em 1-5 de outubro de 2018.

[5] Para Roth (2016, p. 754), é o documento que estabelece os termos do acordo entre promotor e delator. In: ROTH, Jéssica A. *Informant witness and the risk of wrongful convictions*. *American Criminal Law Review*, New York, n. 737, 2016.

[6] Nas palavras de Zilli: "Enquanto os transplantes carregam a ideia de replicagem, as traduções ligam-se à noção de adaptação". In: ZILLI, Marcos. *Pactum virae*. O acordo de colaboração premiada no processo penal brasileiro. Liberdade de negociação e controle judicial. Complexo de Jano? *In : WORKSHOP E CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE COLABORAÇÃO PREMIADA*, 2019, Lisboa. Anais [...]. Lisboa: Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais e realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 e 16 de abril de 2019.

[7] Schabas adverte: "Na elaboração do Estatuto de Roma, houve dificuldades em circunscrever as regras aplicáveis às confissões de culpa envolvendo diferentes abordagens filosóficas dessa questão juntos aos principais sistemas jurídicos e suas leis internas". (Tradução nossa) In: SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Fifth edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 292.

[8] Sublinhando a oscilação das regras na formação da prova em cortes penais internacionais, Ambos (2003, p. 32) acena que: "Em suma, é justo dizer que as regras de prova possuem, apesar dos amplos poderes da Câmara de Julgamento, uma abordagem mista combinando características do *civil law* e do *common law*. A aplicação prática destas regras dependerá, em última análise, do *background* dos juízes, aos quais é dada suficiente descrição para conduzir os julgamentos de acordo com as suas próprias preferências." (Tradução nossa) In: AMBOS, Kai. *International criminal procedure: "adversarial", "inquisitorial" or mixed?* *International criminal Law Review* 3. Kluwer Law International.

---

Printed in the Netherlands, 2003.

[9] Artigo 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

[10] Sobre os aspectos culturais, Chase (2005, p. 7) afirma que: “A invocação da ‘cultura’ não só é defensável como instrumento de compreensão dos processos litigiosos, como também é necessária. Preenche lacunas deixadas em aberto por outros estudos sobre a relação entre métodos de solução de conflitos e sociedade.” (Tradução nossa) In: CHASE, Oscar G. Law, culture and ritual: Disputing systems in cross-cultural context. New York and London: New York University Press, 2005.

[11] Feyerabend (2007, p. 37-38) destaca a possibilidade de abandonar e de destruir alguns conceitos como meio de alcançar a evolução da ciência. In: FEYERABEND, Paul. Contra o método. Trad. César Augusto Mortari. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

[12] De Pascalis (2004, p. 2) conceitua-o como "(...) um documento programático que individualiza o perímetro da atividade declarativa que o colaborador prepara para formalizar em típicos atos de investigação preliminar, cristalizando o conteúdo da colaboração (ou do testemunho)". (Tradução nossa) In: DE PASCALIS, Paola. Il problema della disciplina del verbale illustrativo in rapporto alla figura dei testimoni di giustizia (artigo 16-quarter d.l. 15 gennaio 1991, n. 8). Rivista italiana di procedura penale, Milano, fasc. 4, p.1263, 2004.

[13] Sobre os problemas causados pela hibridização processual na definição de um *standard* probatório mínimo para acolhimento de acordos envolvendo confissão de culpa em cortes internacionais, conferir Damaska (2010, p. 104-105): "O problema é ilustrativo de um amontoado de ramificações por vezes criado pela mistura dos sistemas processuais penais anglo-americano e europeu continental" (Tradução nossa) In: DAMASKA, Mirjan R. Negotiated justice in international criminal courts. In : THAMAN, Stephen C. World Plea Bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

#### **Date Created**

28/05/2020