

# Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil

Fredie Didier Jr.\*

Daniela Bomfim\*

## Sumário

1. Considerações Teóricas sobre os Negócios Jurídicos. 1.1. A Teoria do Fato Jurídico como uma Teoria Parcial do Direito. 1.2. Sobre o Conceito de Negócio Jurídico. 1.3. Sobre os Negócios Jurídicos Processuais. 2. Colaboração Premiada: Noções Gerais e Natureza Jurídica. 3. Sobre o Juízo de Homologação da Colaboração Premiada. 3.1. Considerações Gerais. 3.2. Considerações Específicas. 3.3. A Retratabilidade do Negócio. 4. A Possibilidade de Controle de Validade da Decisão Homologatória do Contrato de Colaboração Premiada. 5. A Legitimidade de Terceiros Eventualmente Atingidos para a Propositura de Demanda de Controle da Decisão Homologatória da Colaboração Premiada. 6. O Interesse de Agir na Demanda de Controle da Decisão Homologatória da Colaboração Premiada. 7. A Inexistência de “Preclusão”, pela não Interposição de Recurso pelo Terceiro, quanto ao Direito ao Controle de Validade da Decisão Homologatória. 8. Conclusões.

## Resumo

Em um primeiro momento, o presente artigo busca identificar, à luz da teoria do fato jurídico, a natureza jurídica do instituto da colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013. Na sequência, analisa a possibilidade de controle de validade, por meio de demanda autônoma, do negócio de colaboração e da decisão homologatória. Demais disso, enfrenta as questões da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir de terceiros eventualmente atingidos pelo negócio de colaboração. Ainda, trata da questão da inexistência de preclusão quanto a eventual direito de invalidar a decisão homologatória em razão da não interposição de recurso em face desta última.

---

\* Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.

\* Doutoranda em Direito Civil (USP). Mestre em Direito (UFBA). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professora da Faculdade Baiana de Direito. Advogada.

## Résumé

Dans un premier moment, cet article identifie la nature juridique de l'institut de la "colaboração premiada" prévu dans la Loi brésilienne 12.850/2013, à la lumière de la théorie du fait juridique. Ensuite, il analyse la possibilité du contrôle de validité ayant comme objet le pacte de collaboration et la décision judiciaire d'homologation, qui pourrait être exercé par une demande propre. En plus, l'article s'agit des questions de la légitimité et l'intérêt d'agir par rapport aux tiers affectés par le pacte de collaboration. Encore, il aborde la question de l'inexistence de préclusion quant au droit d'invalidation du pacte et de la décision d'homologation, au cas où les tiers n'introduirait pas un recours contre la décision mentionnée.

## Palavras-chave

Processo Penal. Colaboração Premiada. Controle de Validade.

## Mots-clés

Procédure Pénale. "Colaboração Premiada". Contrôle de validité.

## 1. Considerações Teóricas sobre os Negócios Jurídicos

### 1.1. A Teoria do Fato Jurídico como uma Teoria Parcial do Direito

A Teoria Geral do Direito é um sistema de conceitos e enunciados universais e gerais que tem como objeto o fenômeno jurídico. Os conceitos gerais do direito, conceitos jurídicos fundamentais, não pertencem a um dado sistema jurídico positivo nem a determinados ramos do direito.

Distinguem-se, pois, dos conceitos jurídico-positivos. Os conceitos jurídicos positivos<sup>1</sup> são aqueles relativos a diferentes sistemas jurídico-positivos, conjunto de normas jurídicas em vigor em um determinado momento em uma determinada sociedade.<sup>2</sup>

Diferentemente, os conceitos *jurídicos fundamentais* são decorrentes dos elementos constantes destes sistemas, que, em sua plataforma comum, são compostos por um certo número de constantes, como os conceitos de poder e sanção, e de uma certa estrutura do pensamento jurídico. Segundo Jean-Louis Bergel, a teoria do direito é uma construção intelectual metódica e organizada baseada na observação e explicação de diversos sistemas jurídicos e destinada a definir os enunciados da construção e aplicação do direito.<sup>3</sup>

Na estrutura do fenômeno jurídico, não há apenas as normas jurídicas, mas os fatos – e os fatos qualificados como jurídicos – e as situações jurídicas (sentido lato).

<sup>1</sup> Cf. TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. 18ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2005, p. 81; BORGES, José Souto Maior.  *Lançamento tributário*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94; SICHES, Luis Recasens. *Filosofía del derecho*. 19ª ed. Cidade do México: Porrúa, 2008, p. 12.

<sup>2</sup> BERGEL, Jean-Louis. *Théorie Générale du Droit*. 4 éd. Paris: Dalloz, 2003, p. 02.

<sup>3</sup> BERGEL, Jean-Louis. *Théorie Générale du Droit, cit.*, p. 04.

Assim, os conceitos de fato jurídico (em sentido lato), direitos subjetivos, relações jurídicas, invalidade, entre outros, são conceitos gerais sobre o fenômeno jurídico. Vale dizer: cuida-se de conceitos que não são relativos aos direitos positivos brasileiro e/ou francês nem tampouco que pertencem ao ramo do direito processual, do direito civil ou do direito penal. São conceitos que compõem a Teoria Geral do Direito.

A teoria do fato jurídico é um sistema de enunciados e conceitos acerca da estrutura do fenômeno jurídico, que servem à análise de qualquer direito positivo e qualquer ramo do direito. Cuida-se de teoria composta por conceitos *jurídicos fundamentais* (daí ser uma teoria com pretensão de universalidade) relativos ao fenômeno jurídico. É uma teoria parcial que compõe a Teoria Geral do Direito, já que objeto desta teoria parcial é decorrente da decomposição abstrata do objeto desta última.

A teoria do fato jurídico é uma teoria que não concerne a um direito positivo dado. As teorias parciais – também elas – podem ser classificadas em gerais, particulares e individuais. A teoria do fato jurídico é uma teoria parcial geral. Os conceitos de fato jurídico, relação jurídica, direito subjetivo, por exemplo, são comuns a todos os sistemas jurídicos.

Ademais, trata-se de conceitos que não pertencem aos ramos do direito público ou do direito privado. O conceito de fato jurídico é referente ao direito administrativo (os fatos jurídicos administrativos em sentido amplo), ao direito civil, ao direito penal (o crime é um fato jurídico), ao direito tributário (fato gerador é um fato jurídico), ao direito processual (os fatos jurídicos processuais em sentido amplo).

Em síntese, a teoria do fato jurídico é parte da Teoria Geral do Direito e, assim, precede os diversos ordenamentos jurídicos e os diversos ramos do direito.

## 1.2. Sobre o Conceito de Negócio Jurídico

Os fatos jurídicos são os fatos (da vida) que são capturados pelas normas jurídicas e, assim, qualificados como jurídicos. Vale dizer: eles são inseridos no mundo do direito para serem idôneos a irradiar efeitos jurídicos (situações jurídicas em sentido lato). Como afirma Pontes de Miranda: “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’.”<sup>4</sup> O conceito de fato jurídico é jurídico fundamental, pois serve para a compreensão de qualquer direito positivo.

Os fatos jurídicos existem no mundo jurídico, que é componente do mundo (conjunto de fatos da vida). Todo fato jurídico é fato da vida (juridicizado), mas nem todo fato da vida é jurídico. É preciso que haja a incidência normativa.<sup>5</sup> Dos fatos jurídicos – e apenas deles – decorrem os efeitos jurídicos. Relações jurídicas estruturadas

<sup>4</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, t. I, p. 06. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “a incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71)

<sup>5</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, *cit.*, p. 05; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência, cit.*, p. 09/10.

por direitos, deveres, estados de sujeição são efeitos jurídicos decorrentes de fatos jurídicos, não apenas de fatos da vida, não apenas de norma jurídica.<sup>6</sup>

O fenômeno jurídico pode ser decomposto em fenômenos componentes, como o fenômeno de apreensão do fato pela norma (ou de incidência da norma) e o fenômeno de irradiação dos efeitos jurídicos. No primeiro, estamos no plano da existência do mundo jurídico; no segundo, no plano da eficácia.

*Os negócios jurídicos são espécies de fatos jurídicos (em sentido amplo).*

Os fatos jurídicos (em sentido lato) podem ser classificados em razão do elemento cerne (nuclear) do suporte fático, assim entendido como aquele “que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção”<sup>7</sup>. Os elementos nucleares do suporte fático influem diretamente na existência do fato jurídico.

Pontes de Miranda explica que o ato humano é fato produzido pelo homem, às vezes, mas não sempre, pela vontade do homem. Se é relevante para o direito a relação fato, vontade e homem, é a vontade exteriorizada que é cerne do suporte fático juridicizado. Cuida-se de ato jurídico em sentido amplo. Se, entretanto, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (há a relação apenas entre fato e homem, excluindo-se a vontade), é o fato do homem que entra no mundo jurídico por força da juridicização, como ato-fato jurídico.<sup>8</sup>

“Os atos jurídicos em sentido lato são aqueles cujo suporte fático tenha como elemento nuclear a exteriorização consciente da vontade humana, que tenha por objeto a obtenção de um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível”<sup>9</sup>. Aqui, “o ato humano entra no mundo jurídico como ato”<sup>10</sup>, e não como fato do homem. A vontade exteriorizada é cerne do suporte fático.

Dessa forma, o ato jurídico em sentido amplo seria caracterizado por três elementos: (i) um ato humano volitivo, vale dizer, uma conduta que represente a exteriorização de uma vontade, juridicamente relevante, razão por que figura como cerne do suporte fático de dada norma jurídica (suporte fático abstrato); (ii) a consciência da exteriorização da vontade (vale dizer: o intuito de realizar a conduta); (iii) que o ato se dirija à obtenção de um resultado (o ato jurídico há de ser, ao menos, potencialmente eficaz).<sup>11</sup> Ressalte-se que apenas os atos jurídicos em sentido lato são submetidos ao plano da validade (não o são os fatos jurídicos em sentido estrito, os ato-fatos jurídicos e os atos ilícitos).

O ato jurídico em sentido lato é gênero do qual são espécies o ato jurídico em sentido estrito e o *negócio jurídico*.

Em se tratando de ato jurídico em sentido estrito, a vontade humana é elemento do suporte fático, mas ela não atua, em nenhuma medida, quanto aos efeitos decorrentes do ato jurídico. Cuida-se de efeitos preestabelecidos pela norma

<sup>6</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, cit., p. 07 e 17.

<sup>7</sup> MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 49.

<sup>8</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 372/373, t. II.

<sup>9</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 138.

<sup>10</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. II, cit., p. 395.

<sup>11</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 139 e seq.

que não podem ser objeto de escolha pelo figurante, ou seja, efeitos necessários. Segundo Pontes de Miranda, “a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente e consequente.”<sup>12</sup>

Em se tratando de negócios jurídicos, a vontade é elemento relevante quanto à existência e à eficácia do ato jurídico. A exteriorização da vontade não apenas é elemento cerne do núcleo do suporte fático, como ela também atua em ato de escolha, em maior ou menor medida, a depender dos limites estabelecidos pelo sistema jurídico, no âmbito da eficácia jurídica.<sup>13</sup>

Negócio jurídico, portanto, não é conceito coincidente ao de exteriorização da vontade. Negócio jurídico é fato jurídico, fato qualificado pela incidência normativa. A vontade exteriorizada é elemento do seu suporte fático; é fato da vida.<sup>14</sup> Nem toda vontade exteriorizada será apreendida pelo direito – terá relevância jurídica; nem toda vontade exteriorizada que tenha relevância jurídica será apreendida como suporte fático de negócio jurídico.<sup>15</sup>

“Tão-pouco, precisa ela, para produzir negócio jurídico, ser ‘clara’ (=declarada)”.<sup>16</sup> É possível que a exteriorização da vontade seja decorrente da interpretação das circunstâncias, dos sinais, do caso concreto. Nesta hipótese, haveria “atuação de vontade”, que Pontes de Miranda também chama de manifestação de vontade.<sup>17</sup>

A (exteriorização da) vontade não atua apenas como pressuposto de existência do negócio jurídico, mas ela atua também, em alguma medida, na escolha da eficácia

<sup>12</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. II, cit., p. 447.

<sup>13</sup> Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “[...] o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas lhe reconhece, dentro de certos parâmetros, o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam a conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit., p. 148/149.)

<sup>14</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 03, t. III.

<sup>15</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 04.

<sup>16</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 04.

<sup>17</sup> Sobre as formas de exteriorização de vontade que podem ser juridicizadas como pressupostos de negócios jurídicos, Pontes de Miranda afirma que podem abranger a manifestação da vontade (atos de vontade declarativos) e a declaração de vontade, que poderia ser, por sua vez, expressa ou tácita. Nas declarações de vontade, tem-se “clara” a vontade (e o seu conteúdo), ou porque ela foi expressamente declarada ou porque a lei ou as circunstâncias haviam preestabelecido o significado do silêncio. Nas manifestações de vontade, “o ato é indício de vontade”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 04/07). Marcos Bernardes de Mello identifica as declarações tácitas como “manifestações de vontade”. Exteriorizações poderiam ser manifestações (exteriorizações tácitas) e declarações (exteriorizações expressas). (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit., p. 141/142.) Paulo Mota Pinto vale-se da dicotomia declaração tácita/declaração expressa no sentido que costuma ser atribuído à dicotomia manifestação/declaração, ressaltando que a diferença, nesse particular, seria apenas terminológica. Nega o autor a doutrina dos negócios sem declaração (os chamados negócios de vontade), mas, como ressalta, adota um conceito amplo de declaração. Adotando a concepção ampla de declaração, o autor distingue as suas modalidades (expressa ou tácita) em razão da configuração de relação entre manifestante e manifestado, contrapondo a manifestação por símbolo e por sinais. A distinção também se baseia na preexistência de uma relação semântica entre o significante e significado. (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 543 e seq.) A controvérsia reside, portanto, em questões terminológicas, em razão de adotar-se um conceito restrito ou amplo de declaração. Não se deve, aqui, permanecer nela. O que se deve atentar é o seguinte: compõem os substratos fáticos dos negócios jurídicos não apenas as chamadas declarações expressas de vontade, mas também as declarações tácitas/manifestações de vontade (e isso não mais se questiona, atualmente).

que lhe será decorrente. É preciso deixar claro: os efeitos não decorrem da vontade, quer seja esta considerada em sua concepção subjetiva, como elemento psíquico, quer seja ela considerada em sua concepção objetiva, como exteriorização da vontade.

Por isso, como destaca Marcos Bernardes de Mello, a clássica controvérsia entre os adeptos da teoria da vontade (teoria subjetiva) e da teoria da declaração (teoria objetiva) esvazia-se diante da distinção entre a exteriorização de vontade, pressuposto fático, e o negócio jurídico, conjunto de fatos juridicizado. Ambas as teorias – subjetiva e objetiva – são marcas do voluntarismo e do seu contexto ideológico liberal.<sup>18</sup>

Os efeitos jurídicos, como visto, decorrem dos fatos jurídicos e não dos fatos apenas, e não das normas apenas. Os efeitos jurídicos negociais decorrem dos negócios jurídicos e não de um dos seus pressupostos fáticos. Isso não torna irrelevantes os fatos da vida e a previsão normativa. Ao contrário, sem os fatos da vida, não há incidência normativa, não há fato jurídico; sem a previsão normativa que possibilite a irradiação da eficácia, ainda que se dê algum poder de escolha ao sujeito, não há tal irradiação.

A irradiação dos efeitos jurídicos negociais depende, assim, do sistema jurídico e das normas que o compõem. *O autorregramento da vontade apenas pode atuar onde o sistema lhe deixa espaço para tanto.*

Como ensina Pontes de Miranda, o sistema jurídico apenas põe no seu mundo (jurídico) parte da teia de relações fáticas inter-humanas e interesses a elas relacionados. Ainda quando faz entrar no mundo jurídico a atividade humana ou parte dela, “não a prendem de todo; e deixam campo de ação, em que a *relevância jurídica* não implique disciplinação rígida da vida em comum”<sup>19</sup>.

Conclui o autor ser o autorregramento da vontade, expressão que, segundo ele, deve prevalecer às expressões “autonomia da vontade” e “autonomia privada”, este “espaço deixado às vontades sem se repelirem do jurídico tais vontades”.<sup>20</sup> Tal espaço deixado pelo sistema jurídico à vontade humana caracteriza-se por (i) ser relevante ao direito e (ii) por ser interior às linhas traçadas pelas normas jurídicas cogentes.<sup>21</sup> É o próprio sistema jurídico que concede, em caráter geral, o poder de o sujeito regular os seus próprios interesses, quando lhe é permitido pelo sistema e dentro dos limites por ele previstos.

A vontade humana não é ilimitada e não depende dela o que entra ou não no mundo jurídico. É o sistema que “limita a classe dos atos humanos que podem ser juridicizados”.<sup>22</sup> É também o sistema jurídico que limita os efeitos ou as categorias de efeitos jurídicos que podem ser criados. Só há poder de escolha de eficácia jurídica quando o sistema jurídico deixou espaço para tanto.

Pontes de Miranda, no que diz respeito à amplitude da atuação da escolha do sujeito no âmbito da eficácia jurídica, trabalha com os conceitos de cogência absoluta e cogência relativa. Há cogência absoluta quando o sistema jurídico preestabelece, de

<sup>18</sup> MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 161/164.

<sup>19</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 54.

<sup>20</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 54.

<sup>21</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 55.

<sup>22</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 55/56.

modo claro e irremovível, as relações jurídicas que serão irradiadas quando incidir a norma jurídica e configurar-se o fato jurídico. Há cogência relativa quando o sistema cria tipos, categorias, de efeitos jurídicos, de relações jurídicas, entre as quais se pode escolher o que convém. “Aqui, a escolha entre os tipos de relações jurídicas deixa às vontades preferir uma outra, respeitados os limites”, os limites que o próprio sistema impõe.<sup>23</sup>

Marcos Bernardes de Mello acrescenta, ainda, a ideia da maior ou menor indeterminação normativa para regular a amplitude do poder de autorregramento da vontade. Quanto maior a indeterminação normativa, porque menos específica, maior seria o âmbito de atuação do autoregramento dos interesses pelo sujeito, sempre respeitados os limites impostos sistematicamente.<sup>24</sup>

O conceito, portanto, de negócio jurídico pode ser decomposto da seguinte forma: (i) cuida-se de espécie de ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização da vontade é cerne do núcleo do seu suporte fático; (ii) a vontade exteriorizada atua também no exercício do poder de escolha no âmbito da eficácia jurídica, dentro dos limites predeterminados pelo sistema jurídico. Há, no mínimo, poder de escolha de categoria jurídica eficaz; pode haver escolha do conteúdo e estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas.<sup>25</sup>

O conceito de negócio jurídico não é restrito ao âmbito do direito privado. Como visto, os conceitos da teoria do fato jurídico são conceitos lógico-jurídicos e são aplicáveis em todos os âmbitos do Direito. O contrato administrativo nada mais é do que um negócio jurídico de direito administrativo; a colaboração premiada é um negócio jurídico celebrado no âmbito do direito penal e processual penal; a desistência da demanda é um negócio jurídico processual.

É, neste sentido, inclusive, que Pontes de Miranda crítica o termo “autonomia privada”. Diz: “Evite-se, outrossim, chamá-la autonomia privada, no sentido de auto-regramento de direito privado, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade em direito público, – o que seria falsíssimo.”<sup>26</sup>

### 1.3. Sobre os Negócios Jurídicos Processuais

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais<sup>27</sup>. No negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação<sup>28</sup>. A exteriorização de vontade do sujeito que implica o exercício de um poder de regular, em maior ou menor medida, o conteúdo de situações jurídicas processuais significa a existência de um negócio jurídico processual.

<sup>23</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 56.

<sup>24</sup> MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 179.

<sup>25</sup> MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 184.

<sup>26</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. III, cit., p. 56.

<sup>27</sup> DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 59/60.

<sup>28</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166.

No âmbito do direito processual civil, o Código de Processo Civil de 1973 já previa alguns negócios jurídicos processuais (negócios jurídicos processuais típicos), como é o caso da desistência (art. 267, VIII). Barbosa Moreira, em seu trabalho “Convenções das partes sobre matéria processual”, já reconhecia a referência legal a convenções processuais (expressão utilizada pelo autor), como da cláusula de eleição de foro, convenções sobre suspensão do processo, adiamento da audiência por convenção das partes etc.<sup>29</sup>

O Código de Processo Civil de 2015 veio consagrar um contexto de transformação do direito processual civil brasileiro<sup>30</sup>. O CPC de 2015 é, essencialmente, novo; ele consagra uma nova ideologia do processo civil, em que a figura do juiz perderá espaço para a figura das partes. É possível que seja chamado de Código das Partes. O CPC de 2015 contém previsão expressa da atipicidade do negócio jurídico processual – art. 190. Cuida-se de uma cláusula geral, cláusula geral do negócio jurídico processual.<sup>31</sup>

Bem pensadas as coisas, na própria petição inicial, há pelo menos o negócio jurídico processual<sup>32</sup> de *escolha do procedimento* a ser seguido, visualizado com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos, como entre o mandado de segurança e o procedimento comum.

No âmbito do direito processual penal, a previsão do art. 89<sup>33</sup> da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) é um exemplo de negócio jurídico processual penal *típico*. Cuida-se de negócio formado pela proposta do Ministério Público (vontade exteriorizada) aceita pelo acusado, assistido de seu defensor, (vontade exteriorizada) com a participação do juiz, por meio do qual as partes exteriorizam a sua vontade para

<sup>29</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. In: *Temas de direito processual civil*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87.

<sup>30</sup> Barbosa Moreira, no início da primeira década do século XXI, já alertava sobre a transformação ideológica decorrente da crise do modelo publicista do processo (cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. In: *Temas de direito processual civil*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 37/39). Sobre o histórico dos modelos ideológicos, sob a perspectiva da força da vontade das partes no processo, cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Das convenções processuais no processo civil. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado da UERJ, 2014, p. 55 e seq.)

<sup>31</sup> No CPC de 2015, além da previsão da atipicidade do negócio processual, há também negócios processuais típicos: a eleição negocial do foro (art. 63), o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65), o calendário processual (art. 191, §§1º e 2º), a renúncia ao prazo (art. 225), o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II), organização consensual do processo (art. 357, §2º), o adiamento negociado da audiência (art. 362, I), a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º), a escolha consensual do perito (art. 471), o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação (art. 509, I), a desistência do recurso (art. 999) etc. Todos são negócios processuais típicos.

<sup>32</sup> Vai ainda mais além Paula Costa e Silva, com argumentos muito bons, que aproxima o *acto postulativo* do ato negocial. Defende que é ato que delimita o objeto do processo e que traduz o que a parte “quer” do tribunal. Traduz manifestação de vontade, com escolha dos efeitos desejados, sendo que o tribunal fica adstrito ao que lhe foi pedido (SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*, cit., p. 318 ss.). A ideia parece correta e a ela aderimos. Em *sentido diverso*, entendendo que a postulação é um ato jurídico em sentido estrito, OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

<sup>33</sup> “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – proibição de frequentar determinados lugares; III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.”



suspender o processo para que, durante o período de suspensão, o acusado tenha a oportunidade de cumprir determinadas condições para a extinção da punibilidade.

As partes exteriorizam a vontade, que, aqui, não apenas é elemento fático do ato jurídico, mas que também atua na escolha, dentro dos limites preestabelecidos, da categoria jurídica e seu conteúdo (há escolha, no mínimo, pela suspensão do processo e seu período). O negócio é processual, já que a vontade exteriorizada atua no âmbito das situações jurídicas processuais; o que se pactua é a suspensão do processo, e não a suspensão de eventual pena.

## 2. Colaboração Premiada: Noções Gerais e Natureza Jurídica

A Lei nº 12.850/2013 prevê modalidade de colaboração premiada, por meio da qual, de um lado, o Ministério Público ou o delegado de polícia (com a participação do Ministério Público) e, do outro, o acusado (assistido por seu defensor) exteriorizam as respectivas vontades para celebrar o “acordo de colaboração”, expressão utilizada pelo próprio diploma legislativo.

A colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/2013 é um negócio jurídico. Veja-se.

O seu suporte fático tem, em seu núcleo, como elemento cerne, a vontade exteriorizada das partes, que, no caso, são (i) delegado de polícia, com a participação do Ministério Público, ou apenas o Ministério Público, e (ii) acusado, assistido por seu defensor. O juiz não é parte no negócio; ele não exterioriza a vontade jurisdicional para a sua formação. O órgão jurisdicional atua em momento posterior, no juízo de homologação do negócio, fator de eficácia negocial.

É o que diz, inclusive, o §6º do art. 4º da Lei:

O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o 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.

De um lado, o Ministério Público, a qualquer tempo, ou o delegado de polícia, durante o inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público (art. 4º, § 2º), exteriorizam a sua vontade como parte relacionada ao direito de persecução, em favor da sociedade. *Sem a vontade do órgão ministerial ou da autoridade policial inexistem acordo de colaboração.* Sobre a capacidade negocial do delegado de polícia, cuidar-se-ia de (in)capacidade relativa específica, já que é imprescindível a manifestação do Ministério Público como elemento complementar do suporte fático negocial.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Como ensina Marcos Bernardes de Mello, “diferentemente dos elementos completantes, os complementares não integram o núcleo do suporte fático, apenas o complementam (não completam) e

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato defendem a inconstitucionalidade dos parágrafos segundo e sexto do artigo quarto da lei, já que, segundo argumentam, eles transformariam o delegado de polícia em sujeito processual.<sup>35</sup> Não parece a melhor posição. A lei atribui ao delegado de polícia capacidade negocial – e ainda exige a sua complementação – apenas nos autos do inquérito policial, em que o delegado já é titular de poderes (situações jurídicas ativas) relativos à investigação e colheita de provas quanto à autoria e materialidade do delito. A colaboração premiada, que tem como fim, nesse particular, justamente a colheita de prova, não transforma o delegado em legitimado para propor a demanda penal; ele apenas terá capacidade negocial – desde que complementada pela participação do Ministério Público – justamente tendo como fim a investigação.

Do outro lado, para a formação do negócio de colaboração, exige-se a exteriorização de vontade do investigado/acusado colaborador. A lei também se refere à participação do seu defensor, mas não parece que ele seja, essencialmente, parte no negócio, mas, sim, assistente do acusado. Aqui também, o investigado/acusado é incapaz relativamente e, por isso, tem de ser assistido pelo seu defensor, para que este possa orientá-lo sobre o significado e consequências da vontade que será exteriorizada. Sem a exteriorização de vontade do investigado/acusado inexistente negócio jurídico.

Como se vê, a exteriorização de vontade é elemento nuclear do suporte fático do ato jurídico, que, então, já pode ser qualificado como um ato jurídico em sentido amplo.

Mas é possível ir além. A vontade das partes também atua no âmbito da eficácia do negócio, na escolha do seu conteúdo eficaz, dentro dos limites traçados. O ordenamento deixa, aqui, espaço para o exercício do autorregramento, que, como todo espaço para o autorregramento, é limitado pelo próprio sistema.

As partes negociam e definem a prestação de colaboração, que passa a ser devida, justamente, em razão do negócio. Há, assim, definição de consequência jurídica e do seu conteúdo.

Em razão do negócio e da prestação de colaboração, o colaborador obriga-se a renunciar ao direito ao silêncio.<sup>36</sup> É o que diz o §14 do art. 4º: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio

---

se referem, exclusivamente, à perfeição de seus elementos”. (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 52).

<sup>35</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa*. Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122/123.

<sup>36</sup> Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci: “havendo acordo homologado, atuando como testemunha (hipótese em que recebeu perdão judicial, encontrando-se extinta a sua punibilidade), deve o colaborador, ao ser ouvido em juízo, renunciar, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio, compromissando-se a dizer a verdade (art. 4º, §14, da Lei nº 12.850/2013). Não teria sentido pretender cooperar invocando o direito de permanecer calado. [...] No entanto, se for denunciado, figurando como corréu, embora protegido pelo acordo, não pode ser compromissado a dizer a verdade, visto não ser testemunha. Por outro lado, também não pode invocar o direito ao silêncio, pois se o fizer infringe as regras do acordo, que não mais surtirá efeito.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70/71).

e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.” Há, também, definição da consequência jurídica que tem como fim a extinção do direito ao silêncio, que, se invocado, seria incompatível com a obrigação de colaboração assumida.

Obrigação de colaboração e a consequente obrigação de renúncia ao direito ao silêncio são consequências jurídicas definidas em razão do ato de escolha dos negociantes.

As partes também negociam e definem a consequência jurídica que será irradiada em favor do colaborador (a vantagem que irá obter em razão da prestação de colaboração); em razão da prestação a que se obriga, o colaborador terá como vantagem um tipo de decisão material penal (que haverá com a homologação do acordo), que poderá ser de perdão judicial, de redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou de sua substituição por restritiva de direitos.

O benefício que se pactua em favor do colaborador é consequência jurídica definida em razão do acordo de vontades celebrado. Também o seu conteúdo é definido, dentro dos limites deixados pelo sistema, pela vontade exteriorizada das partes: o benefício pode ser um entre as três opções previstas legalmente.

Essas são as principais consequências jurídicas decorrentes do ato de escolha de categoria jurídica e, no que for possível, do seu conteúdo. Demais disso, do ato de escolha das partes pode decorrer a suspensão do procedimento investigativo ou do processo penal (com a suspensão de prazo prescricional) a fim de que, durante o prazo de suspensão, sejam cumpridas as medidas de colaboração. É o que está dito no § 3º do art. 4º. A suspensão do inquérito ou do processo penal não será automática; ela decorre, justamente, da atuação da vontade no âmbito da eficácia do ato jurídico em sentido amplo.

A vontade, portanto, não é apenas pressuposto fático do ato jurídico, mas ela também atua no âmbito de sua eficácia, no âmbito da escolha de categoria eficaz e de seu conteúdo, sempre dentro dos limites traçados pelo sistema.

Cuida-se, pois, claramente, de um negócio jurídico.

A natureza negocial da colaboração premiada é reconhecida, corretamente, pela própria lei, que se vale de expressões como “negociações”, “acordo de colaboração”, “voluntariedade”, “homologação de acordo”. Os termos utilizados são indicativos de que o sistema deixou, aqui, espaço para o exercício do autorregramento da vontade (não se pode esquecer que o sentido literal possível é o início do processo de interpretação).

O fato de as consequências serem permitidas legalmente não retira a característica negocial do ato. Ao contrário, o permissivo expresso à criação de tais situações jurídicas em razão da atuação da vontade das partes é, justamente, a atribuição de poder negocial para que as partes possam celebrar o negócio de colaboração.

O espaço do autorregramento da vontade é aquele deixado pelo sistema jurídico, que confere aos sujeitos o poder de escolha, em menor ou maior medida, das categorias eficazes e, no que for possível, de estrutura e conteúdo das relações jurídicas, sempre dentro dos limites estabelecidos pelo sistema. Em nenhum âmbito do

direito, pode-se falar em autorregramento sem limites; ao contrário, o autorregramento pressupõe um espaço atribuído e limitado pelo sistema.

Toda situação jurídica decorre da incidência normativa. Isso não muda com o fato de poder ser ela objeto de negócio jurídico processual. Negócio jurídico é fato jurídico, decorrente da incidência normativa. A vontade atua, em maior ou menor medida, no exercício de escolha cujo espaço é atribuído ao sujeito.

É atécnico falar, quanto a qualquer negócio jurídico, que a vontade cria efeito jurídico, assim como é atécnico falar que efeito jurídico decorre de lei. Efeito jurídico decorre de fato jurídico, que se forma com a incidência normativa. A consequência jurídica irradiada deve estar prevista ou, ao menos, admitida pelo sistema.

Como ensina Marcos Bernardes de Mello, “a norma jurídica, entretanto, embora não seja a fonte dos efeitos jurídicos, é que define qual a eficácia que terá o fato jurídico”<sup>37</sup>. E, na sequência, sobre a amplitude do poder de autorregramento da vontade, “o que, porém, não nos parece possível é a criação voluntária de efeitos que não estejam previstos ou, ao menos, admitidos pelo sistema”<sup>38</sup>. O exercício de autorregramento não cria nova categoria de efeitos jurídicos; cuida-se de poder de escolha, que pode atuar também quanto à estruturação e ao conteúdo, mas sempre de situações jurídicas admitidas pelo sistema.

A colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/2013 é, assim, um negócio jurídico. E mais. É um negócio jurídico bilateral, já que formado pela exteriorização de vontade de duas partes: a do Ministério Público ou do delegado de polícia, complementada pela manifestação do *Parquet*, e a do colaborador. O órgão jurisdicional, como visto, não é parte no negócio; ele não exterioriza a sua vontade para a sua formação. A atuação do órgão jurisdicional corresponde ao juízo de homologação; ela atua no âmbito da eficácia do negócio, e não de sua existência.

É possível ir ainda mais além.

Os negócios jurídicos *bilaterais* costumam ser divididos em *contratos*, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e *convenções*, quando as vontades se unem para um interesse comum<sup>39</sup>.

A colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição dos interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado.

De um lado, o Ministério Público (ou o delegado, com a participação do Ministério Público) espera (e tem direito em razão do negócio) colaboração do investigado ou acusado com o fim de colher informações e elementos de prova. Este interesse não é comum; cuida-se de vantagem buscada pelo órgão de investigação

<sup>37</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 167.

<sup>38</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 176.

<sup>39</sup> Por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 297 e segs.; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Fernando de Miranda (Trad.). Coimbra: Coimbra Editora, 1969, t. 2, p. 198.

ou acusação. Tanto não é interesse comum que a colaboração costume significar ao colaborador assumir a participação no delito. Tanto não é interesse comum que, para tanto, o colaborador abra mão do direito ao silêncio.

Do outro lado, o colaborador terá, como vantagem contraposta à obrigação assumida, uma decisão judicial penal que signifique o perdão judicial, a redução de pena privativa de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito. É por esta razão que o colaborador celebra o negócio e obriga-se a colaborar.

Em se tratando de negócio jurídico bilateral caracterizado por interesses contrapostos das partes, configurada resta a sua natureza contratual. Cuida-se, ainda, de contrato bilateral (ou sinalagmático) e oneroso.

Os contratos bilaterais são aqueles dos quais decorrem deveres de prestar principais para ambas as partes, estas entendidas como polos de interesses homogêneos formados pelos sujeitos que exteriorizaram a sua vontade para a formação do negócio jurídico. Tais deveres de prestar estão em relação causal recíproca: um é a razão de ser da outra. No contrato de compra e venda, por exemplo, o vendedor obriga-se a transferir a propriedade porque receberá o preço, o comprador obriga-se a pagá-lo, porque irá receber a propriedade. Esta dependência recíproca entre as obrigações é o sinalagma; por isso, os contratos bilaterais são também chamados de sinalagmáticos. Dos contratos unilaterais, por sua vez, decorre dever principal de prestar apenas para uma das partes; é o caso, por exemplo, da doação e do comodato.<sup>40</sup>

Os contratos também podem qualificar-se como onerosos ou gratuitos. Nesta classificação, analisa-se a existência de vantagem e desvantagem em um mesmo polo de interesses. Nos contratos onerosos, cada parte visa obter uma vantagem e, logo, terá uma desvantagem, correspondente ao proveito da outra; no contrato gratuito, apenas uma das partes obterá um proveito. O conceito de contrato oneroso não está, portanto, relacionado à prestação de entregar quantia, mas, sim, à existência de vantagem e desvantagem em um mesmo polo da relação.<sup>41</sup>

Pois bem.

Na colaboração premiada, o colaborador obriga-se a colaborar porque receberá, “em troca”, a decisão penal favorável de extinção da punibilidade ou redução ou conversão de pena. Já a parte contrária propõe a decisão penal favorável porque receberá, “em troca”, a colaboração efetiva, da qual deverá decorrer, no mínimo, um dos resultados previstos no art. 4º da Lei. Esta reciprocidade entre as parcelas que cabem a cada parte no acordo é que caracteriza o seu sinalagma. Cuida-se, pois, de contrato sinalagmático.

<sup>40</sup> Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 84/85.

<sup>41</sup> Todo contrato bilateral é oneroso, mas nem todo contrato oneroso é bilateral. O mútuo fenerático é um contrato unilateral, em que o mutuário obriga-se a entregar bem equivalente ao que lhe foi entregue a título de empréstimo e, demais disso, obriga-se a pagar os juros (remuneratórios). É, por sua vez, um contrato gratuito, já que, de um lado, o mutuante fica sem a disponibilidade imediata do bem emprestado (desvantagem), mas receberá os juros (vantagem), do outro, o mutuário terá a disponibilidade imediata da coisa fungível, com transferência de propriedade (vantagem), mas pagará os juros, desvantagem. (cf. GOMES, Orlando. *Contratos, cit.*, p. 87).

Consequentemente, cuida-se de contrato oneroso: em um polo, o colaborador terá como vantagem a extinção da punibilidade ou a redução ou a conversão de pena, mas, para tanto, terá, como sacrifício, o dever de colaboração, que implica, inclusive, a renúncia ao direito ao silêncio; no outro polo da relação, a parte contrária terá, em favor da coletividade, a colheita de informações e elementos de prova sobre o delito, mas, como contraponto, a sociedade abrirá mão da punibilidade ou da pena correspondente à redução ou conversão.

Por fim, cuida-se de contrato de natureza *mista*: nele, a vontade atua na definição e escolha de categorias jurídicas processuais e materiais. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual e material.

A obrigação de colaboração tem como fim a colheita de informações e de elementos probatórios, quer na fase investigativa, quer na fase de acusação, no que concerne ao suposto delito. É isso que busca o Poder Público ao celebrar o negócio; sob a perspectiva do Ministério Público ou do delegado de polícia, com a participação do Ministério Público, esta é a causa do negócio celebrado.

Tanto é que se exige, para que seja efetiva a colaboração prestada pelo colaborador, que dela tenha decorrido, alternativamente, um 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. A colaboração só será tida por efetiva, caso dela decorra uma das referidas consequências.

A obrigação de colaborar é uma situação jurídica de natureza *processual*; ela tem como direito correspondente, titularizado pela parte contrária, o direito à colheita da prova oral. Além disso, como visto, é possível que se pactue a suspensão do inquérito ou do processo penal, também consequências jurídicas processuais. Se presentes os pressupostos do §4º, pode-se, ainda, estabelecer o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, em outras palavras, cuidar-se-ia de renúncia ao direito de denunciar, situação jurídica pré-processual.

Nessa perspectiva, o negócio é processual – ressalvada a hipótese da renúncia ao direito de denunciar –, pois se estabelecem, extinguem ou modificam situações jurídicas processuais.

Na perspectiva da vantagem intencionada pelo colaborador, o negócio é *material*. Por meio dele, pactua-se o perdão judicial, causa de extinção de punibilidade, nos termos do art. 107, IX, do Código Penal, ou a redução da pena restritiva de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito. Com a homologação do pacto, o colaborador terá em seu favor uma decisão judicial penal que lhe é, em alguma medida, favorável – é isso que busca com o negócio celebrado. As situações jurídicas pactuadas têm, nessa perspectiva, *natureza penal material*. Não se referem

ao procedimento de investigação nem ao processo de acusação; elas se referem à aplicação da pena prevista para o delito.

Em síntese, a colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850.2013 é (i) ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontade das partes é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; (ii) é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficazes e seu conteúdo; (iii) é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes, e de natureza mista (material e processual), haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; (iv) é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos.

### 3. Sobre o Juízo de Homologação da Colaboração Premiada

#### 3.1. Considerações Gerais

Como ensina Pontes de Miranda, “homologar é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que deveria ser”. “Ser homólogo é ter a mesma razão de ser, o que é mais do que ser análogo, e menos do que ser o mesmo”.<sup>42</sup> A homologação é julgamento sobre estarem satisfeitos os pressupostos de forma e/ou os pressupostos de fundo quanto a determinado ato praticado por sujeito diverso do órgão jurisdicional que homologa. Homologar é julgar “sobre o que até então se passou”<sup>43</sup>.

O ato de homologação é pronunciamento de que o que se produziu está homólogo àquele considerado em um modelo abstrato, para que, assim, possam ser irradiados os efeitos previstos a este último.<sup>44</sup> Na homologação da sentença estrangeira, por exemplo, o modelo comparado é a sentença proferida pela Justiça brasileira.<sup>45</sup>

Na homologação de espécies de autocomposição (reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ao direito afirmado e transação), quando admitidas, o modelo é o julgamento dos pedidos formulados pelo demandante para que se tenha certificação de existência ou inexistência do direito idôneo a ser revestido pelo manto da imutabilidade. Ao se homologar, assim, a transação, está-se dizendo que o ato praticado pelas partes é homólogo à decisão que julga o pedido, para que se tenha por certificada existência/ inexistência de direitos e deveres, conforme as concessões recíprocas pactuadas pelas partes, formando-se a coisa julgada. Raciocínio semelhante pode ser feito no que concerne ao reconhecimento da procedência do pedido e à renúncia do direito afirmado.

No âmbito do direito processual civil, as espécies de autocomposição (reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ao direito afirmado e transação)

<sup>42</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 410.

<sup>43</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 410.

<sup>44</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 410-411.

<sup>45</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 63.

são causas de extinção do processo com resolução do mérito (art. 487, III, CPC). A decisão que as homologa equivale (é homóloga) à decisão que julga o mérito do pedido; o juízo de homologação é, justamente, o juízo sobre a satisfação dos pressupostos necessários para tal equivalência. Ocorrendo o trânsito em julgado, há a formação de coisa julgada material.

Essa é, aliás, a razão da diferença de tratamento entre a execução da decisão que homologa acordo e a execução de acordo não homologado; no primeiro caso, execução de título judicial (art. 515, III, CPC); no segundo, execução de título executivo extrajudicial (art. 784, II, CPC). Há, pois, uma diferença no tratamento normativo do negócio jurídico. A execução de título judicial não permite qualquer discussão; a cognição é limitada, exatamente porque se trata de uma execução de sentença (somente podem ser alegadas as matérias constantes do art. 525, §1º, CPC, quase todas elas relativas a fatos posteriores ao negócio jurídico). A execução de título extrajudicial permite ao executado a alegação de qualquer matéria de defesa, sem limitação alguma. Qual o fundamento para a diferença do tratamento? A coisa julgada material, atributo das decisões judiciais, mesmo homologatórias, mesmo em jurisdição voluntária, impede a rediscussão do que foi decidido (no caso, decisão das partes interessadas homologada pelo juiz).

A coisa julgada material é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Daí se falar em “autoridade” da coisa julgada. Como situação jurídica, a coisa julgada é um efeito jurídico – efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade da demanda, o fenômeno jurídico substancial, inserido no processo por meio de afirmação da demanda e submetido ao contraditório efetivo, será objeto de cognição e decisão pelo órgão jurisdicional. Normalmente, garante-se aos interessados a possibilidade de impugnar essa decisão judicial, seja por recurso, seja outro meio de impugnação.

Sucedendo que a impugnabilidade das decisões não pode ser irrestrita; a partir de certo momento, é preciso garantir a estabilidade daquilo que foi decidido, sob pena de perpetuar-se a incerteza sobre a situação jurídica material submetida à apreciação e decisão do órgão jurisdicional, o que seria contrário à própria *ratio* da atividade jurisdicional.

Surge, então, a coisa julgada, que é a situação jurídica que garante a estabilidade e imutabilidade da decisão judicial. São dois corolários dessa autoridade: a decisão torna-se indiscutível e imutável. Cuida-se de instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito. Com expressa previsão de tutela constitucional (art. 5, XXXVI, CF), ele garante aos jurisdicionados que a solução final dada à demanda será definitiva, não podendo, em princípio, ser rediscutida, alterada ou desrespeitada, quer pelas partes, quer pelo próprio Poder Judiciário.

A aptidão para formação da coisa julgada é característica da função jurisdicional; a coisa julgada diz respeito exclusivamente a decisões jurisdicionais. Isso não quer dizer que a coisa julgada seja pressuposto da decisão jurisdicional; não é.



*Primeiro*, porque, em verdade, é a decisão jurisdicional que é um dos pressupostos da coisa julgada material. Sem decisão jurisdicional, inexistente o fato jurídico da coisa julgada material.

*Segundo*, porque a coisa julgada é uma opção política do Estado. Nada impede que o legislador, em determinadas hipóteses, retire de certas decisões a aptidão de ficar submetida à coisa julgada; ao fazer, não lhes retira a jurisdicionalidade.

Demais disso, sabe-se que a coisa julgada não é absoluta; cabe ao legislador, ao traçar o seu perfil dogmático, estabelecer as hipóteses, o meio e o prazo para a sua desconstituição (é preciso que tais elementos sejam conhecidos previamente pelos jurisdicionados, sob pena de esvaziamento dos valores segurança e confiança, que, nesse caso, são a própria *ratio* do instituto).

Dessa forma, a aptidão da coisa julgada é característica própria da função jurisdicional, independentemente da matéria que lhe seja objeto (civil, trabalhista, penal etc.). Os pressupostos que irão compor o núcleo do fato jurídico, juntamente com a decisão jurisdicional, as exceções à imutabilidade, as hipóteses de rescindibilidade são questões, por sua vez, que irão depender do regime jurídico próprio da coisa julgada de cada ramo do direito.

Também a situação jurídica de natureza material penal é submetida, por meio da demanda, ao contraditório e à cognição e decisão judicial. O fenômeno jurídico penal somente pode ser constatado e efetivado por meio de um processo judicial devido. Nesse âmbito, com ainda maior razão, não há espaço para a autotutela, considerando os bens jurídicos envolvidos, quer aqueles supostamente violados (e que são tão relevantes a ponto de serem protegidos por norma penal), quer o bem jurídico que poderá ser atingido com a pena, como a liberdade.

A decisão jurisdicional penal também tem aptidão para a formação da coisa julgada material. O direito positivo estipula o regime jurídico da coisa julgada no âmbito do processo penal. Em nosso ordenamento, não cabe a rescindibilidade de coisa julgada material decorrente de decisão penal absolutória; já a decisão condenatória pode ser desconstituída/revista, a qualquer tempo, desde que presente um dos pressupostos previstos no art. 621 do Código de Processo Penal. Os pressupostos de rescindibilidade são questões do regime jurídico próprio à coisa julgada material penal, questões de direito positivo, portanto, decorrentes de ponderação prévia realizada pelo legislador.

### **3.2. Considerações Específicas**

Como se disse em tópico antecedente, o órgão jurisdicional não é parte no negócio de colaboração premiada. Todavia a lei exige a sua atuação por meio do posterior juízo de homologação. É o que diz o § 7º do art. 4º da lei:

Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da

investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

*A homologação do negócio jurídico não é pressuposto de existência, mas, sim, fator de eficácia.*

O juízo de homologação do negócio é o juízo sobre a presença dos pressupostos necessários para que o ato a ser homologado (no caso, o negócio de colaboração), praticado por sujeitos diversos do órgão jurisdicional, seja homólogo, equivalente, à decisão jurisdicional correspondente. A exigência da homologação, como fator de eficácia do negócio, é consonante com a *ratio* subjacente ao sistema penal, já que, em princípio, caberia ao órgão jurisdicional o juízo de aplicação das consequências penais punitivas. Assim, é preciso que o órgão jurisdicional verifique se estão presentes os pressupostos para que se irradiem os benefícios penais pactuados.

A decisão homologatória equivalerá à decisão penal que concede perdão judicial, extinguindo a punibilidade, ou àquela que aplique redutor de pena restritiva de liberdade ou, ainda, à que converta em pena restritiva de direito. Uma vez transitada em julgado, forma-se a coisa julgada material recobrando a certificação de tais benefícios.

No que concerne às situações jurídicas processuais estabelecidas em razão do negócio, a necessidade de homologação justifica-se na medida em que a obrigação de cooperação compõe a relação de reciprocidade causal (sinalagma) com os benefícios penais pactuados.

Nada impede que o legislador, considerando os interesses jurídicos envolvidos, ao deixar espaço para o autorregramento, estabeleça a exigência de homologação como fator de eficácia. É, justamente, o que ocorre no caso do negócio de colaboração premiada: considerando que o negócio implicará, de um lado, benefícios materiais penais que deveriam ser decorrentes de decisão judicial e, do outro, obrigação do colaborador incompatível com o direito ao silêncio, exige-se a homologação como fator de eficácia do negócio, para que as situações jurídicas dele decorrentes (e incorporadas pela decisão homologatória como se suas fossem) fiquem submetidas à autoridade.

### **3.3. A Retratabilidade do Negócio**

Nesse contexto, deve-se analisar o conteúdo da norma decorrente do §10 do art. 4º do diploma legal citado: “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.”

A redação do artigo causa divergência na doutrina: há o entendimento de que tal dispositivo possibilitaria a retratação da vontade exteriorizada mesmo após a homologação do negócio; defende-se também que a retratação da vontade seria

possível após a celebração do negócio, mas não depois da sua homologação; um terceiro posicionamento é no sentido de que seria possível apenas a retratação da vontade exteriorizada na proposta, desde que antes de formado o negócio.<sup>46</sup>

A retratação é a exteriorização de vontade do sujeito que tem como efeito extinguir situação jurídica decorrente de uma sua anterior exteriorização de vontade negocial. É o exercício do direito de se arrepender do negócio. A retratação é, pois, negócio jurídico unilateral que tem, em regra, eficácia *ex tunc*, ou seja, ela opera a deseficacização da vontade anterior. Os efeitos que já tiverem sido irradiados serão desconstituídos, se possível; os efeitos ainda pendentes não mais serão produzidos. Em termos práticos, funciona como se a primeira vontade não tivesse sido exteriorizada, porque se possibilita ao sujeito arrepender-se do negócio.

A regra é a irretroatibilidade dos contratos, já que eles são celebrados para que sejam cumpridos. Cuida-se de decorrência do princípio da força obrigatória contratual. A retratibilidade é a exceção e deve ser prevista, pelas partes ou por lei. Não se deve presumir a retratibilidade.

Diga-se, ainda, que a retratação não se confunde com o descumprimento; ao contrário, são conceitos que não se comunicam. Retratar é, justamente, poder “desistir” do negócio, de forma que o cumprimento das obrigações decorrentes deixa de ser devido (porque as obrigações deixam de existir, são desconstituídas). A retratação é ato lícito e significa o exercício do direito ao arrependimento, quando este existe.

O descumprimento da obrigação contratual é ato ilícito; a parte que não cumpre as suas obrigações está sujeita às consequências jurídicas do descumprimento. O descumprimento pressupõe que os efeitos irradiados permaneçam constituídos em razão das vontades exteriorizadas, que não foram retratadas.

No dispositivo normativo, consta que “as partes podem retratar-se da proposta”. A interpretação do texto normativo deve levar em conta os critérios literal, sistemático e funcional.

Como se sabe, texto e norma não se confundem.

A norma jurídica é o resultado da interpretação do texto (signo de linguagem) ou dos sinais (circunstâncias fáticas) dos quais ela é decorrente. Estes funcionam como ponto de partida da interpretação cujo sentido inicial a eles atribuído pode, inclusive, ser revisto no decorrer do processo do compreender.<sup>47</sup> Todo texto é, assim, carente de interpretação. O texto é signifiante, e não significado.

Os sentidos literais possíveis são o ponto de partida da interpretação, mas também o seu limite. Quando se ultrapassa tal limite, já não se está mais no âmbito da

<sup>46</sup> Sobre a controvérsia, cf. GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da lei 12.850/2013. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 309-311.

<sup>47</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30-33.

interpretação, mas, sim, da integração.<sup>48</sup> Outros critérios interpretativos serão também tidos em conta: o contexto no qual o texto está inserido (interpretação sistemática); a finalidade e os valores subjacentes (interpretação teleológica) etc.

O texto normativo em análise refere-se à possibilidade de retratação da proposta. Proposta significa exteriorização de vontade por meio da qual o sujeito propõe elementos negociais suficientes para que, uma vez aceita, seja celebrado determinado contrato.

A proposta não se confunde com o negócio jurídico. Proposta é a exteriorização de vontade de uma das partes, ou seja, um dos elementos do suporte fático do negócio jurídico. A proposta, em si, já é negócio jurídico unilateral do qual decorrem efeitos jurídicos; a proposta, em regra, obriga o proponente. A proposta, que já é fato jurídico, pode ser elemento fático de um outro fato jurídico, o negócio jurídico bilateral já formado.

O texto vale-se da expressão proposta, que é exteriorização de vontade unilateral. A expressão “proposta”, literalmente, refere-se à unilateralidade do ato. O texto normativo não se utiliza de expressão que tenha como sentido literal possível a bilateralidade, como acordo ou pacto. Atribuir o sentido de negócio jurídico bilateral ao termo que se caracteriza, essencialmente, por sua unilateralidade ultrapassa o âmbito dos sentidos literais possíveis e está dissonante com o sistema posto, que distingue proposta e acordo decorrente de sua aceitação (art. 427 e seguintes do Código Civil).

Mas não é só.

Também dentro do contexto do mesmo diploma legislativo, em outros dispositivos da mesma seção I, o legislador se valeu do termo “acordo” para se referir ao negócio jurídico – é o que se vê na redação dos § 6º, § 7º, § 9º, § 11, todos do art. 4º, do *caput* do art. 6º e do *caput* e do § 3º do art. 7º. Demais disso, no art. 6º, inciso II, o termo “proposta” foi utilizado, corretamente, para se referir à proposta do Ministério Público ou da autoridade policial.

Pelo critério literal e, em princípio, pelo sistemático, considerando o contexto da mesma seção normativa, a expressão “proposta” significaria, de fato, a exteriorização de vontade unilateral do proponente, e não o negócio jurídico contratual já formado e, ainda mais, homologado.

É preciso dizer, entretanto, que, nada obstante a lei utilize, em muitos dos seus dispositivos, o termo “acordo” para tratar do negócio jurídico contratual, em dois momentos, ela parece utilizar o termo “proposta” para significar o negócio jurídico contratual celebrado. É o que se verifica no § 2º<sup>49</sup> e no § 8º<sup>50</sup> do art. 4º. Deve-se dizer também que a redação do § 10 dispõe que as partes (no plural) podem retratar-se. O critério sistemático, assim,

<sup>48</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 451.

<sup>49</sup> “Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).”

<sup>50</sup> “O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”

perde alguma força argumentativa na interpretação proposta, mas ainda se encontra mais inclinado ao significado normativo dentro dos limites da literalidade.

De todo modo, parece que, em nenhum dos dois referidos dispositivos, a expressão “proposta” refere-se ao negócio cujas consequências jurídicas já tenham sido acobertadas pela coisa julgada. No caso do § 2º do art. 4º, nada obsta que o benefício do perdão judicial seja posteriormente proposto e aceito pelas partes envolvidas; cuidar-se-á de novo acordo de vontade entre as partes, que deverá ser submetido a novo juízo de homologação. O § 8º do art. 4º, por sua vez, trata do momento anterior à homologação.

Também a partir do critério finalístico, tem-se que o termo “proposta” não deve ser interpretado como negócio jurídico bilateral (muito menos homologado).

*Primeiro*, porque, como visto, a retratação é a possibilidade de se arrepender do contrato celebrado, que é excepcional e não deve ser presumida. Tendo a colaboração premiada a natureza de contrato, a regra é que, em princípio, ela fosse irretratável. A exceção teria de ser prevista pela lei ou pelas partes.

*Segundo*, o juízo de homologação tem como fim não apenas o controle dos pressupostos e requisitos do negócio, mas também proceder ao juízo de equivalência com o modelo abstrato considerado, justamente para que as consequências previstas sejam tidas como certificadas pela decisão homologatória e, assim, possam estar acobertadas pela autoridade da decisão jurisdicional.

A decisão homologatória tem a mesma força, deve ser cumprida da mesma forma, deve ter a mesma efetividade, do modelo abstrato que é tido em conta no juízo de homologação. A tutela da segurança e da confiança não se enfraquece porque se tratou de decisão judicial homologatória. Esse é, justamente, o sentido do juízo de homologação. A coisa julgada decorrente não merece menos tutela; é coisa julgada material como qualquer outra e expressa estabilidade e segurança. Já tendo ocorrido a homologação, em princípio, não poderia a coisa julgada ser desconstituída por manifestação unilateral de uma das partes, sendo necessário nova atuação jurisdicional para tanto.

É certo que o legislador poderia prever que determinada decisão não estivesse sujeita à coisa julgada ou que pudesse ser revista a qualquer tempo, mas tais previsões seriam excepcionais. No caso, tem-se que tanto o contrato celebrado como a decisão homologatória têm como *ratio* subjacente atribuir segurança (em graus diversos) ao que foi pactuado. Interpretar “proposta” como “contrato homologado” é contrário a tal finalidade.

Seria uma situação de grande insegurança, notadamente ao colaborador, a previsão de possibilidade de retratação mesmo após a homologação. Seria possível que o Ministério Público procedesse à retratação depois da colaboração já cumprida, o que significaria que a prova já teria sido produzida (e poderia ser utilizada em face de terceiros, nos termos do parágrafo décimo) – e não mais se poderia verificar o retorno ao estado anterior com relação à colaboração já prestada –, mas o colaborador não teria, em seu benefício, a contraprestação pactuada. De outra parte, caso a retratação fosse procedida pelo colaborador, a desconstituição dos efeitos jurídicos e práticos ocorreria para ambos os lados.

A possibilidade de retratação a qualquer tempo, mesmo após a homologação, caracteriza uma situação de grande insegurança e desvantagem apenas a uma das partes, que, no caso, é o investigado ou acusado, que acreditou que, cumprindo a sua parte no acordo, teria o benefício correspondente pactuado. Tal interpretação seria contrária às características de equilíbrio e a onerosidade do contrato.

E ainda. Há também critério interpretativo específico: no âmbito do direito penal, a regra é que a interpretação deva ser restritiva, principalmente se a extensiva for para prejudicar o acusado.

Dessa forma, da redação do § 10 do art. 4º, seria decorrente a possibilidade de retratação antes de celebrado o negócio. Parece-me também aceitável o entendimento de que o negócio celebrado, mas não homologado, também ele, poderia ser objeto de retratação. *Uma vez homologado o acordo, com o trânsito em julgado, não parece ser possível a retratação pelas partes.*

Isso não quer dizer, obviamente, que não seria possível o controle da validade da decisão homologatória e, conseqüentemente, do seu conteúdo (o negócio bilateral contratual). É sobre a possibilidade de tal controle por terceiros atingidos pela produção probatória decorrente do negócio de colaboração que se tratará no próximo tópico.

#### **4. A Possibilidade de Controle de Validade da Decisão Homologatória do Contrato de Colaboração Premiada**

A decisão de homologação do contrato de colaboração premiada significa a certificação das situações jurídicas materiais penais estabelecidas e escolhidas em razão da vontade exteriorizada das partes. Dessa forma, no que concerne à certificação do benefício material penal, situação jurídica irradiada em favor do colaborador, com o trânsito em julgado da decisão homologatória, haverá formação de coisa julgada material, consequência jurídica que, como visto, integra o conteúdo do direito à segurança jurídica.

As situações jurídicas processuais decorrentes do negócio também restarão reconhecidas e certificadas pela decisão homologatória, que, neste particular, procede ao juízo de controle dos pressupostos de existência e requisitos de validade de um negócio jurídico de natureza processual. O colaborador também tem certificadas situações jurídicas processuais ativas, como aquelas descritas nos incisos do art. 5º da Lei.

A certificação das situações processuais, uma vez ocorrendo o trânsito em julgado da decisão homologatória, também estará sujeita a um manto de estabilidade e imutabilidade.

Os contratos são celebrados para que sejam cumpridos; as situações jurídicas deles decorrentes são irradiadas para que sejam satisfeitas. Elas já pressupõem alguma estabilidade e imutabilidade – decorrente da força obrigatória contratual e da consequente intangibilidade do seu conteúdo (em regra). Se o negócio celebrado é, ainda, submetido ao controle do órgão jurisdicional, para que as suas situações jurídicas sejam reconhecidas e irradiadas, esta estabilidade ganha ainda maior força e fundamento. Nesse caso, estabilidade e imutabilidade decorrem não apenas do princípio da força obrigatória contratual, mas também do exercício da função jurisdicional.

Demais disso, uma decisão que reconhece situação jurídica processual é uma decisão judicial e está sujeita à preclusão. Pode-se, claro, dizer que tal estabilidade decorrente não é coisa julgada, pois a ela não foi atribuído esse *nomen iuris* – é uma opção doutrinária legítima. *Mas não se pode negar a aptidão à estabilidade que é característica própria das decisões judiciais.*

No caso do negócio de colaboração premiada, a estabilidade a que ficam submetidas as situações jurídicas processuais não apenas é consequência do negócio, mas também se encontra na esfera causal negocial. O acordo é celebrado pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia para que ele seja cumprido pelo colaborador e, assim, a prova possa ser colhida.

As consequências jurídicas irradiadas projetam-se para além do processo em que se verifica a homologação do negócio (que tem natureza de jurisdição voluntária). Esta é a razão de ser do negócio, sob a perspectiva de uma das partes: colher informações e elementos para que possam ser prova de fatos afirmados em outros processos e contra outros sujeitos (terceiros).<sup>51</sup>

Nesse sentido, dispõe o § 9º do art. 4º: “Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações”.

A razão de ser do negócio é tão forte que, mesmo em caso de retratação da vontade exteriorizada, quando ainda for possível, a lei estabelece que as provas produzidas não poderão ser utilizadas exclusivamente contra o colaborador, o que pode significar, em sentido contrário, que poderão ser utilizadas contra terceiros (art. 4º, § 10º).

Como o negócio de colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013 tem natureza (contratual) mista – dele decorrendo situações jurídicas processuais e materiais –, também a coisa julgada (ou outro nome que se queira atribuir) formada com a sua homologação tem conteúdo misto. Há certificação e reconhecimento de situações jurídicas materiais e processuais que se tornarão estáveis e imutáveis, em princípio.

*O sistema processual penal recebe tal fenômeno com algum incômodo e estranheza, já que construído sob os pilares da decisão absolutória e da decisão condenatória.* Inexiste no Código de Processo Penal qualquer disciplina sobre o regime de estabilidade de uma decisão judicial homologatória do contrato de colaboração premiada. Tal disciplina também não consta na Lei nº 12.850/2013. Não há, assim, um regime jurídico próprio sobre a irradiação da estabilidade e imutabilidade decorrente de tal decisão homologatória, seus pressupostos, meios e hipóteses de controle posterior.

Há lacuna no sistema processual penal, que, hoje, não consegue responder às perguntas que decorrem do instituto por ele mesmo previsto. A existência da referida lacuna não deve ser vista com espanto. A evolução da dogmática não consegue

<sup>51</sup> Os elementos de prova colhidos, entretanto, não poderão ser fundamento único de sentença condenatória, como dispõe o § 16 do art. 4º: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

acompanhar, com a mesma celeridade, a evolução da base social. Os sistemas penal e processual penal encontram-se em processo de alteração de paradigma, de um “tradicional esquema do direito penal de intervenção unilateral para um “complexo sistema de ‘justiça negociada’”<sup>52</sup>.

O Direito é um sistema unitário e aberto<sup>53</sup> que se caracteriza pela ductilidade, exigindo-se uma dogmática jurídica líquida ou fluida compatível à sua base material pluralista.<sup>54</sup> É preciso que se busque a resposta sob a perspectiva sistêmica do Ordenamento e dos valores que lhe são subjacentes.

A lacuna há de ser integrada por normas do próprio sistema.

A ausência de disciplina específica sobre as hipóteses e o meio de invalidação da decisão judicial de homologação, ainda que esta já tenha sido acobertada pela coisa julgada, não significa que a sanção da invalidação não lhe possa ser aplicada.

Os conceitos de ato defeituoso e invalidade são conceitos jurídicos fundamentais, vale dizer, compõem a Teoria Geral do Direito e antecedem o direito positivo.<sup>55</sup> A colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral de natureza contratual; ato jurídico (em sentido amplo) que é, já que a vontade exteriorizada é elemento nuclear do seu suporte fático, submete-se ao plano da validade. Se deficiente o suporte fático do contrato de colaboração, defeituoso será o ato.

Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, sobre a deficiência do suporte fático de um ato jurídico: “Pode ocorrer que o suporte fático suficientemente formado seja deficiente (a) por lhe faltar algum elemento complementar ou (b) porque algum de seus elementos nucleares seja imperfeito”.<sup>56</sup> Nesse caso, o ato existe, mas é defeituoso e poderá ser invalidado.<sup>57</sup>

*O contrato de colaboração premiada pode ser defeituoso porque lhe falta algum elemento complementar (imagine-se, por exemplo, que a vontade do delegado de polícia não tenha sido complementada pela manifestação do Ministério Público ou*

<sup>52</sup> DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: *A prova no enfrentamento da macrocriminalidade*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 439.

<sup>53</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 643.

<sup>54</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. 8ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2008. p. 12 e seq.

<sup>55</sup> Ser defeituoso é um estado do ato jurídico existente, decorrente de uma deficiência do seu suporte fático suficiente. Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo órgão competente, com a consequente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso será inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso. A invalidade é sanção, qual seja, a extinção do ato jurídico por causas que lhe são congênicas (anteriores ou contemporâneas à sua formação).

<sup>56</sup> MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 87.

<sup>57</sup> Verificar a suficiência do suporte fático (logo, a presença de seus elementos constitutivos) é verificar se o ato jurídico existe ou inexistente; verificar se o suporte fático suficiente é deficiente é verificar se o ato jurídico (existente) é defeituoso. O plano da existência não se confunde com o plano da validade. O ato defeituoso não é inexistente e não será necessariamente invalidado. É o que se depreende das lições de Calmon de Passos: “O ato inexistente, do ponto de vista jurídico processual, é um não ato processual. O ato nulo, diversamente, é ato processual, ainda quando ato processual imperfeito [...]. Porque imperfeito, atípico, é suscetível de ser sancionado, tornando-se inválido e ineficaz, isto é, sem idoneidade para produzir o efeito jurídico especificamente perseguido com sua prática”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às teorias processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 105).



*que o investigado/acusado não estava assistido por seu defensor); ou porque algum de seus elementos nucleares é imperfeito (se, por exemplo, a exteriorização de vontade do Ministério Público foi procedida em violação ao princípio do promotor natural); ou, ainda, também relacionada com as outras hipóteses, porque a vontade exteriorizada foi proferida mediante vício de consentimento, como a coação.*

*Os defeitos do negócio de colaboração podem e devem ser objeto de controle quando do juízo de homologação. Se o órgão jurisdicional, entretanto, não atenta ao defeito do ato e procede à homologação, o defeito acabará por macular a decisão, inclusive em razão da relação de conteúdo-continência existente entre o contrato de colaboração e a decisão homologatória.*

Como visto, a decisão de homologação é pronunciamento judicial por meio do qual se considera determinado ato como homólogo a um modelo abstrato tido em conta, para lhe atribuir os seus efeitos. A homologação é meio de processualização do ato jurídico. No caso, o contrato de colaboração premiada, de natureza processual-material, que ocorre em dois momentos: o momento de sua inserção na relação processual (no caso, de jurisdição voluntária) seguido do momento da homologação. A decisão de homologação é ato jurídico processual que reveste o negócio com a transparência da processualidade. É continente que tem como conteúdo o ato homologado.

A decisão homologatória, também ela, é ato jurídico em sentido lato e está sujeita ao plano da validade. A decisão pode ser defeituosa em razão de vício do seu conteúdo, do ato homologado, ou em razão de defeito que lhe é próprio (o vício está no próprio juízo de homologação, na transparência de processualidade que é dada ao negócio) – é o caso, por exemplo, de o pedido de homologação ser processado e julgado por órgão jurisdicional incompetente, impedido ou suspeito (violação ao princípio do juiz natural).

É preciso que exista a possibilidade de controle da validade das decisões homologatórias, quer porque lhes foram transmitidos os vícios do negócio, quer porque as macula vício próprio. Se, de um lado, deve-se garantir a estabilidade das decisões jurisdicionais, de outro, não se pode estipular que tais decisões, mesmo já transitadas em julgado, não se submeterão ao qualquer controle de validade. A coisa julgada, neste caso, não é nem pode ser absoluta – *sobretudo porque, essencialmente, prejudica terceiros que não fizeram parte do negócio.*

A *ratio* do sistema é garantir a segurança, mas também é garantir que os atos jurídicos sejam praticados em consonância com os limites que lhes são estipulados. O ato jurídico passa pelo plano da validade e está sujeito ao controle correspondente. O sistema vai dispor como e quando o controle poderá ser exercido (e, em regra, o faz considerando a gravidade do defeito afirmado).

Transitada em julgado a decisão que homologa o contrato de colaboração premiada, por decisão de juiz de primeiro grau ou de relator, forma-se a coisa julgada (ou outra denominação que se queira atribuir à situação jurídica de estabilidade). O acordo de colaboração alcança a esfera jurídica de terceiros, como é o caso daqueles que

foram “delatados”, que podem ter contra si deferidas medidas cautelares penais e ou até mesmo uma denúncia, todas elas baseadas em declarações prestadas pelos colaboradores. Os referidos terceiros não participaram do negócio de colaboração nem do processo de homologação.

Não se exige a participação de terceiros que possam eventualmente ter contra si produzida a prova oral nem do processo de homologação. Ao contrário, este tem tramitação inicial sigilosa. É da própria essência do contrato de colaboração que o cumprimento da obrigação possa alcançar a sua esfera jurídica, já que o terceiro pode ser atingido com a produção da prova a que se obriga o colaborador. A ausência de participação do terceiro não vicia o negócio nem a sua homologação.

Todavia, a ausência de participação do terceiro não lhe retira a legitimidade de provocar o controle da validade do negócio (conteúdo) e da homologação (continente). É justamente porque o acordo pode atingir a sua esfera jurídica que o terceiro pode requerer o controle de validade da decisão homologatória e do ato homologado.

O contrato de colaboração premiada e a coisa julgada formada são exceções à regra da ineficácia direta a terceiros. Os terceiros atingidos não poderão, assim, defender a ineficácia relativa no que diz respeito à prova oral colhida, mas poderão postular o controle de validade dos atos continente e conteúdo. O pedido de invalidação do ato deve ser devidamente fundamentado, mediante a afirmação da causa de pedir correspondente – o(s) defeito(s) dos atos jurídicos e o prejuízo (causa de pedir remota) e o direito à invalidação (causa de pedir próxima).

Não se pode exigir que o terceiro postule a invalidação da colaboração premiada no processo de homologação; ele sequer poderia. Ele não é parte no processo. O controle de validade poderá ser postulado por meio de ação autônoma.

*O fato de a lei processual penal não prever meio específico para que tal controle de validade seja requerido pelo interessado não significa que o controle não poderá ser feito.*

O controle de validade há de ser garantido, notadamente para aqueles que não tiveram a oportunidade de participar do processo de homologação, com poder de influência prévio. Se não há meio específico, é preciso que se encontre algum dentro do sistema. No âmbito do processo penal, os remédios constitucionais do *habeas corpus* (para o caso de haver restrição ou risco de restrição à liberdade) e o mandado de segurança contra ato judicial (para os demais casos) podem ser tidos como meios idôneos previstos pelo próprio sistema para que tal controle seja requerido.

Deve-se ver, aliás, que mesmo aqueles que sejam parte no acordo e no processo de homologação, em algumas hipóteses, poderiam, sendo o caso, postular o controle de validade – por exemplo, hipótese de contrato de colaboração celebrado mediante coação.

O problema ganha maior vulto no caso de homologação da colaboração premiada em tribunal, por decisão do relator.

Sabe-se que, no âmbito dos tribunais, as decisões podem ser monocráticas ou colegiadas (acórdãos). Por vezes, a lei ou mesmo o regime interno do tribunal confere a

apenas um dos membros do colegiado a competência para a análise de determinadas questões. Nesse caso, ao proferir a decisão monocrática, o relator atua como membro do órgão colegiado; foi-lhe conferida competência para, unipessoalmente, conhecer e decidir como membro do Tribunal.

Por isso, a regra é a possibilidade de devolver a matéria decidida monocraticamente ao órgão colegiado para que, de fato, haja a concorrência das vontades dos seus vários membros. A devolução da matéria ao órgão colegiado, mediante ato jurídico do interessado, possibilita o controle da decisão unipessoal.

Quando homologada pelo relator, as questões envolvendo a homologação do acordo não foram conhecidas e decididas pelo órgão colegiado. *A demanda autônoma de impugnação é meio que possibilita que os terceiros atingidos pela homologação possam levar a matéria para discussão e decisão pelo órgão colegiado.*

É cabível, então, demanda autônoma por meio da qual terceiros que se afirmem atingidos pela decisão de homologação e por seu conteúdo (os contratos de colaboração) busquem o seu controle de validade.

### **5. A Legitimidade de Terceiros Eventualmente Atingidos para a Propositura de Demanda de Controle da Decisão Homologatória da Colaboração Premiada**

A legitimidade *ad causam* é uma situação jurídica. Garante-se a todos o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional, mas não se autoriza que o sujeito leve a juízo qualquer pretensão relacionada a qualquer objeto litigioso. É preciso que haja um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que será discutida.

A legitimidade *ad causam* é a situação jurídica que expressa o poder do sujeito de figurar de um dos polos de uma relação processual, para discutir determinada relação jurídica. A legitimidade é conceito que se relaciona ao elemento subjetivo da demanda; ela representa a relação de pertinência entre os sujeitos da demanda e o seu conteúdo.

Em regra, são legitimados para atuar em juízo os titulares das situações jurídicas materiais (ativa e passiva) inseridas no processo como causa de pedir da demanda. Cuida-se da chamada legitimação ordinária. Há coincidência, neste caso, entre os sujeitos processuais e os sujeitos materiais. O legitimado ordinário defende, em nome próprio, interesse próprio. Esta é a regra.

Há legitimação extraordinária, quando não existe coincidência entre as partes da demanda e as partes da relação jurídica material. O legitimado extraordinário defende, em nome próprio, interesse alheio. É possível que um sujeito seja, ao mesmo tempo, legitimado ordinário com relação à parte do objeto litigioso e legitimado extraordinário com relação a outra parte.<sup>58</sup>

Pois bem.

<sup>58</sup> ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 119-120.

Como visto, (i) a colaboração premiada é negócio jurídico bilateral de natureza contratual e mista, por meio do qual se estabelecem situações jurídicas materiais e processuais; (ii) entre as situações jurídicas processuais, há o dever de colaboração do investigado/acusado e o correspondente direito do Estado à produção probatória; (iii) o negócio de colaboração é submetido à homologação do órgão jurisdicional, que irá proceder ao juízo de equivalência com determinado modelo abstrato para que as consequências jurídicas previstas sejam tidas como certificadas pela própria decisão jurisdicional; (iv) a decisão homologatória é pressuposto do fato jurídico da coisa julgada ou de uma situação de estabilidade que venha a ser, de outra forma, denominada; (v) uma vez homologado o acordo, não mais seria possível a retratação pelas partes; a impossibilidade de retratação não significa impossibilidade de controle de validade.

Do cumprimento da obrigação do negócio de colaboração premiada, pode resultar prejuízo a terceiro que tenha sido atingido pelas declarações do colaborador – terceiro “delatado”.

O terceiro não é parte no negócio nem no processo de homologação, que será, inicialmente, sigiloso (art. 7º, Lei nº 12.850/2013). Nada obstante, pode ser por eles atingido, como exceção à regra da ineficácia direta. Tal exceção diz respeito ao cumprimento da obrigação principal irradiada ao colaborador (considerando, inclusive, a finalidade do negócio), mas não diz respeito a outras situações jurídicas. Por exemplo, as partes do contrato de colaboração não poderiam pactuar aplicação de pena a terceiro.

A finalidade do negócio, na perspectiva do Estado, é a colheita de prova; é nessa perspectiva que o terceiro pode ter sua esfera jurídica alcançada. *Nesse sentido, inclusive, ainda que se verifique a retratação por uma das partes, quando possível for, as provas produzidas poderão ser utilizadas contra o terceiro* (art. 4º, § 10, Lei nº 12.850/2013).

O terceiro não pode requerer que em seu favor seja declarada a ineficácia do negócio e da homologação (nos termos já destacados); *poderá, entretanto, requerer que se proceda ao seu controle de validade*. Sendo maculados de vício de insanável, que devem ser afirmados na causa de pedir da demanda, surge a todos aqueles cuja esfera jurídica seja atingida pela decisão homologatória o direito de invalidação do negócio, direito potestativo, cujo exercício independe de conduta de outrem.

O direito à invalidação pode ser titularizado por diversos sujeitos distintos, quer terceiros potencialmente atingidos, quer as próprias partes contratantes. A cotitularidade do direito potestativo não impede que ele seja exercido por apenas um dos titulares – inexistente, no caso, litisconsórcio necessário ativo.

Para que o terceiro possa exercer o seu direito à invalidação, é preciso que ele leve a questão ao órgão jurisdicional competente para desconstituir a decisão homologatória e a situação de estabilidade dela decorrente. *Apenas o Poder Judiciário poderá proceder ao mencionado controle de validade da decisão homologatória*.

Para tal exercício, por meio de demanda autônoma (já que não era permitido ao terceiro ter acesso, tampouco era devido participar do processo de homologação),

afirmar-se-á o direito à invalidação da decisão homologatória em razão de específicos vícios que deverão ser afirmados pelo demandante.

O direito desconstitutivo afirmado é, em estado de afirmação, titularizado pelo próprio terceiro, que é, assim, parte legítima para requerer o controle de validade. *Cuida-se de hipótese de legitimidade ordinária: o terceiro é titular (em estado de afirmação) do direito à invalidação, que é afirmado em demanda que seja por ele ajuizada em nome próprio.*

O julgamento procedente do pedido de invalidação significará a certificação e a efetivação do direito desconstitutivo; os atos impugnados deixarão de existir no mundo jurídico. Dessa forma, o julgamento do pedido poderá beneficiar os demais cotitulares do direito, que não eram parte na demanda de invalidação. Cuida-se de consequência que decorre da efetivação de um direito potestativo titularizado por diversos sujeitos, mas isso não significa que o sujeito que o exerceu atue em favor dos demais. A demanda seria ajuizada por titular do direito (em estado de afirmação); legitimidade ordinária, pois.

Diga-se, ainda, que, sendo a demanda ajuizada um *habeas corpus*, qualquer sujeito poderá afirmar o direito à invalidação em favor dos titulares (no caso, em favor do terceiro que se afirme prejudicado pela decisão homologatória defeituosa). Aqui, sim, se a demanda for ajuizada por sujeito diverso do titular da situação jurídica afirmada, tratar-se-á de hipótese de legitimação extraordinária, atribuída pelo art. 654 do Código de Processo Penal: “O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.” Dessa forma, também o terceiro tem legitimidade para, em nome próprio, requerer o controle de validade da decisão homologatória, ainda que não tenha sido o “delatado”.

## **6. O Interesse de Agir na Demanda de Controle da Decisão Homologatória da Colaboração Premiada**

Já se demonstrou a possibilidade de controle de validade das decisões homologatórias dos contratos de colaboração premiada, controle que só poderá ser exercido pelo órgão jurisdicional competente para desconstituir o ato decisório e a situação de estabilidade decorrente, mediante demanda ajuizada por sujeitos legitimados ordinariamente ou extraordinariamente. Também já se demonstrou que os terceiros eventualmente atingidos pelos negócios de colaboração e pela decisão homologatória são titulares de direito de invalidá-lo, desde que presentes os pressupostos vício e prejuízo.

De tudo o que já foi dito, já se pode concluir que há interesse de agir do terceiro para a propositura dessa demanda de controle, quer em sua faceta necessidade, quer em sua faceta utilidade.

*Primeiro*, como já se disse, o direito à invalidação só poderá ser efetivado por meio de decisão judicial do juízo competente para proceder ao controle de validade das decisões homologatórias. Trata-se de hipótese de demanda desconstitutiva necessária, já que o estado jurídico que se pretende obter (a

desconstituição dos atos impugnados e a deseficacização de seus efeitos) somente pode ser alcançado por meio da atuação jurisdicional. Presente encontra-se, pois, o interesse-necessidade.

*Segundo*, como também já se disse, os terceiros, nada obstante terceiros no negócio e no processo, não podem defender a tese da ineficácia relativa dos acordos de colaboração premiada celebrados sem a sua participação. É da essência do próprio contrato de colaboração que o cumprimento da obrigação de colaborar signifique a produção de provas contrárias a terceiros.

Dessa forma, se viciadas as decisões homologatórias, por vício próprio ou por vício decorrente do negócio homologado, *o controle de validade é medida não apenas necessária, mas útil aos terceiros*. Isso porque 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). A desjuridicização do ato significará, aqui, a deseficacização, ou seja, o desfazimento retroativo dos efeitos irradiados.<sup>59</sup>

*Com a desconstituição dos efeitos jurídicos antes certificados pela decisão homologatória, incluindo a obrigação de colaboração, não se deverá atribuir valor probatório às declarações do colaborador já prestadas, já que assim o foram em razão da relação de reciprocidade que caracteriza o sinalagma do contrato de colaboração.*

*O interesse revela-se ainda mais evidente, quando as provas que lastrearam as decisões de prisão desses terceiros – algo muito comum, aliás – decorrerem de colaborações premiadas homologadas.*

Demais disso, não seria o caso de aplicação do art. 4º, §10, da Lei nº 12.850/2013: o dispositivo trata da possibilidade de retratação, que não poderia ocorrer depois da homologação. O dispositivo dispõe, ainda, que, em caso de retratação (se ainda for possível), as “provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

O dispositivo não trata da hipótese de invalidação do acordo nem tampouco da decisão homologatória. Invalidação e retratação são conceitos que não se confundem.

A invalidação é a extinção do mundo jurídico, no caso, da decisão e, se for o caso, do negócio em razão do vício que lhe é congênito; a retratação é o negócio jurídico unilateral de extinguir, por vontade própria, vontade anteriormente exteriorizada. A invalidação é sanção; a retratação é exercício de direito (de arrepender-se). A invalidação é, aqui, exercida pelo órgão jurisdicional; a retratação é exercida pela parte. O terceiro não pode retratar-se, já que ele não exteriorizou qualquer vontade anterior; o terceiro pode postular a invalidação da decisão

<sup>59</sup> Deseficacização é também modalidade de consequência jurídica, mas não se confunde com a desjuridicização. Deseficacizar é desfazer o efeito já irradiado do fato jurídico. É a eficácia do fato que se extingue no mundo jurídico, e não o próprio fato jurídico. A extinção do fato jurídico é desjuridicização; a extinção do seu efeito, deseficacização. (Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 92/93)

homologatória. A invalidação da decisão homologatória pode implicar a invalidação do negócio contratual, caso o vício seja a este relativo.

O art. 4º, § 10, não se aplica para os casos de invalidação da decisão homologatória.

*Primeiro*, porque a segunda parte do dispositivo possibilita que uma proposta retratada possa prejudicar terceiros, dispositivo que deve, então, ser interpretado restritivamente.

*Segundo*, porque, com a invalidação da decisão homologatória, esta deixa de existir no mundo jurídico; ela também poderá significar a invalidação do ato homologado. Ainda que o ato homologado não seja desconstituído, em razão do vício afirmado, cuidar-se-á de negócio desprovido de eficácia. Em termos práticos, nessa hipótese, ter-se-ia um negócio de colaboração não homologado; o art. 4º, § 10, não se aplica nos casos de colaborações premiadas não homologadas.

E não se pode dizer que faltaria interesse aos terceiros, pelo fato de poderem, em seus respectivos processos, discutir incidentalmente a validade das colaborações premiadas homologadas.

*Primeiro*, porque ninguém pode ser obrigado a necessariamente ser réu *preso* em processo penal para poder exercer o seu direito de defesa. A absurdez da exigência é evidente: a prisão, que somente pode ser encarada como um dos possíveis resultados de um *processo penal devido*, caracterizado pelo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, passa a ser considerada *pressuposto* para o exercício do direito da defesa.

*Segundo*, que o controle incidental da invalidade jamais foi considerado impeditivo para o controle principal da invalidade – e isso para qualquer tipo de invalidade, da inconstitucionalidade da lei à invalidade de um contrato. Não é por acaso que, nos termos do parágrafo único do art. 168 do Código Civil, cabe ao juiz, de ofício e incidentalmente, o controle da validade dos negócios jurídicos, sem prejuízo da ação de nulidade. Também não é por acaso que a existência de uma ação de controle concentrado de inconstitucionalidade não impede o controle difuso de constitucionalidade. O controle incidental (*incidenter tantum*) e principal (*principaliter*) dos atos jurídicos convivem harmonicamente, nos mais diversos setores do ordenamento jurídico, cada qual com a sua função.

*Terceiro*, porque *apenas o controle da validade principaliter tem aptidão para a coisa julgada, máxima estabilidade das decisões judiciais*. A discussão *incidenter tantum* da validade de um ato jurídico, porque comporá a fundamentação da decisão judicial, não ficará acobertada pela coisa julgada material – ao menos não a coisa julgada penal, já que, em relação à coisa julgada cível o tema possui nuances próprias, decorrentes dos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC. Por isso, o controle *principaliter* revela-se bem mais útil, porque tem aptidão para resolver o tema de uma vez. Somente isso já bastaria para a configuração do interesse.

Enfim, do controle de validade poderá decorrer resultado favorável útil aos terceiros que se afirmem prejudicados com as consequências decorrentes das decisões homologatórias e de seus conteúdos. Está presente também, por isso, o interesse-utilidade.

## 7. A Inexistência de “Preclusão”, pela não Interposição de Recurso pelo Terceiro, quanto ao Direito ao Controle de Validade da Decisão Homologatória

O conceito de terceiro é um conceito relativo: diz-se que alguém é terceiro com relação a algo. É o que também ocorre na linguagem jurídica contratual: alguém é terceiro com relação ao negócio jurídico ou com relação à relação jurídica contratual decorrente.<sup>60</sup> Em regra, do contrato, não decorrem efeitos jurídicos diretos (situações jurídicas ativas e passivas contratuais) a quem dele não participou.<sup>61</sup>

É o que *também* ocorre na linguagem jurídica processual: diz-se terceiro aquele que não é parte no processo.

A regra é que a decisão judicial deve guardar correlação com os sujeitos parciais da relação jurídica processual, não podendo atingir quem dela não tenha participado. Cuida-se da regra da congruência subjetiva das decisões judiciais. Há exceções, postas pelo próprio sistema. O § 3º do art. 109 do CPC: o adquirente ou cessionário do bem ou direito litigioso poderá ter a sua esfera atingida pela decisão judicial, ainda que não tenha atuado no processo nos termos dos parágrafos anteriores.

A colaboração premiada é *outra exceção*, quer sob a perspectiva do contrato, quer sob a perspectiva do processo de jurisdição voluntária da qual decorre a sua homologação.

Sob a primeira perspectiva, como visto, é da essência do contrato de colaboração premiada que o seu cumprimento possa atingir a esfera jurídica de terceiros, não participantes do negócio. Sob a segunda, a decisão que o homologa e a coisa julgada que se forma, também elas, podem atingir a esfera jurídica de terceiros, o que justifica, inclusive, a legitimidade e o interesse jurídico dos terceiros de, em nome próprio e para defender interesse próprio, postular o seu controle de validade.

A coisa julgada formada, portanto, pode atingir a esfera jurídica de terceiros, que não poderão afirmar a sua ineficácia relativa. A ausência de participação do terceiro na relação processual, por sua vez, não impede que o terceiro postule o controle de validade da decisão homologatória; ao contrário, só o justifica. Tais considerações já foram feitas no presente ensaio; ora são reiteradas porque é preciso que fiquem bem compreendidas.

Pois bem.

Sabe-se que, em regra, se admite o recurso de terceiro juridicamente interessado como modalidade de intervenção de terceiro na relação processual. O terceiro que, até então, não participava do processo passa a dele fazer parte. É o que está dito

<sup>60</sup> Pode-se falar em terceiro com relação ao contrato, como contraposição ao conceito de partes do contrato; pode-se falar em terceiro com relação à relação jurídica contratual, como contraposição aos sujeitos que compõem os polos da relação contratual, titularizando suas situações jurídicas ativas e/ou passivas. (JÚNIOR, E. Santos. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 447).

<sup>61</sup> Em regra, as partes do contrato coincidem com os polos que titularizam a relação jurídica contratual que dele decorre. A coincidência, entretanto, não é necessária. No caso de contrato com estipulação em favor de terceiro (art. 426 do Código Civil), por exemplo, o dito “terceiro” é titular do direito de crédito, compoendo, assim, o polo da relação jurídica contratual, mas não pode ser identificado como parte no contrato. É terceiro com relação ao contrato, mas não com relação à relação jurídica contratual. (JÚNIOR, E. Santos. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, cit., p. 447).



no *caput* e no parágrafo único do art. 996 do CPC. O terceiro deve demonstrar o interesse jurídico no caso; o terceiro precisa demonstrar que a decisão pode atingir a sua esfera jurídica.

O prazo para o recurso de terceiro é o mesmo de que dispõe a parte para recorrer, iniciando-se no mesmo momento, inclusive: a intimação. Exatamente porque é terceiro, ele não é intimado; o prazo para o seu recurso conta-se da data em que a parte foi intimada.

O recurso de terceiro não pode ser tido como “obrigatório” no sentido de que a sua não interposição possa significar a extinção de situação jurídica material do qual o terceiro seja titular. O terceiro, que não é parte no processo, não foi cientificado da existência do processo e, conseqüentemente, não foi cientificado dos atos processuais nele praticados. Não se pode presumir que deles tenha conhecimento.

A não interposição de recurso pelo terceiro significa que ele não mais poderá praticar o ato de recorrer. Há preclusão. É preciso, por sua vez, esclarecer em que consiste a preclusão.

A preclusão é efeito jurídico que se traduz na perda de uma situação jurídica processual. Cuida-se de relevante instituto para o regular desenvolvimento do processo, que deve ser uma marcha para a frente.

O processo é relação jurídica e procedimento. Como procedimento, é um ato jurídico complexo, cujo suporte fático é formado pelo conjunto de atos concatenados para a produção de um ato final. A sucessividade dos atos processuais no tempo é, assim, pressuposto do ato complexo procedimento.

Não se pode pensar em processo sem formalismo. Pode-se, inclusive, dizer que o formalismo (como forma em sentido amplo) é elemento completante do procedimento (ato jurídico). Nesse contexto, a preclusão é importante técnica do formalismo para a estruturação do procedimento e delimitação do exercício das situações jurídicas, quer pelas partes, quer pelo órgão jurisdicional. Não há processo sem preclusão.

*A preclusão é fenômeno endoprocessual:* perde-se o direito de praticar ato jurídico processual em determinada processo. Não há projeção externa da preclusão, para além da relação processual em que ela se verificou. Uma coisa é a preclusão, perda de uma determinada situação jurídica processual no processo, outra coisa é a formação de coisa julgada e os efeitos que lhe são decorrentes.

Demais disso, a preclusão, em si, não atinge o direito material discutido. Extingue-se a situação jurídica processual, e não a material.

*A não interposição de um recurso por terceiro juridicamente interessado significa que se extingue o seu direito de recorrer, situação jurídica processual. A preclusão não se projeta para além do processo de onde surgiu nem extinguirá eventual situação jurídica material da qual o terceiro seja titular.*

Essa é, inclusive, a *ratio* do enunciado nº 202 da jurisprudência predominante do STJ: “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso”. *O manejo de ação própria para a defesa dos interesses dos terceiros não está condicionado à interposição de recurso no processo de que não foi parte.*

Das duas, uma: ou a coisa julgada que se formará sem a participação do terceiro não poderá ser a ele oposta (e essa é a regra) ou a coisa julgada, ainda que formada sem a sua participação, poderá alcançar a esfera jurídica do terceiro, que terá, assim, interesse e legitimidade para postular a sua desconstituição, caso se verifique algum dos seus pressupostos.

Na primeira hipótese, a coisa julgada formada não poderá ser oposta ao terceiro que não tenha participado, em contraditório, da sua formação. O terceiro poderá então ajuizar demanda própria, afirmando direito do qual seja titular, e a parte contrária não poderá aduzir a formação de coisa julgada nem qualquer de seus efeitos.

Na segunda hipótese, a coisa julgada formada pode atingir a esfera jurídica do terceiro, nada obstante ele não tenha participado da sua formação. Nesse caso, a decisão judicial e a coisa julgada são eficazes ao terceiro e poderão ser a ele opostas. O terceiro não poderá, assim, pretender ignorar a sua existência nem aduzir a ineficácia relativa. Poderá, entretanto, valer-se de eventuais demandas próprias para impugnar a decisão judicial e/ou a coisa julgada decorrente. Nesse caso, o terceiro pressupõe justamente a existência e eficácia da decisão e da coisa julgada.

No âmbito do processo civil, a demanda rescisória, para as hipóteses previstas no art. 966 do CPC, e a *querela nullitatis*, para o caso de ausência ou vício de citação, são meios idôneos para tanto.

A decisão que homologa o contrato de colaboração premiada e a coisa julgada que lhe é decorrente, como já muito dito, podem atingir a esfera jurídica de terceiros, que não participaram do procedimento de jurisdição voluntária de homologação.

Tais terceiros sequer poderiam dela participar, considerando a *ratio* do instituto da colaboração premiada, que é fundamento da necessária tramitação sigilosa do feito até o recebimento da denúncia (art. 7º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 12.850/2013). *Os terceiros não apenas deixam de ser cientificados da existência do processo de homologação e dos atos processuais nele praticados (como a decisão homologatória), como, ainda que, espontaneamente, busquem conhecer o seu conteúdo, não lhes será permitido.*

O acesso ao teor dos atos praticados no processo de homologação é obstado aos terceiros por força de lei. *Os terceiros não poderão, assim, interpor recurso contra a decisão homologatória, cujo conteúdo não podem conhecer no prazo de recurso de que disponham as partes. Apenas com o recebimento da denúncia, quando, certamente, já escoado o prazo recursal, o processo deixa de ser sigiloso e o seu conteúdo poderá ser conhecido por terceiros eventualmente atingidos.*

A não interposição de recurso pelo terceiro decorre da própria lógica da colaboração premiada e do processo de homologação. Não se possibilita ao terceiro, em qualquer medida, que o ato seja praticado. A ausência da conduta pelo terceiro não pode ser tida como voluntária, tampouco negligente; ao contrário, a não interposição é corolário do sigilo da tramitação processual.

Não podem ser impostas consequências negativas ao terceiro em razão do não manejo de um ato processual que, na prática, não lhe é permitido. A ausência

de interposição de recurso não impede, assim, que o terceiro postule o controle de validade da decisão homologatória por meio de demanda autônoma.

E mais.

Como visto, é justamente porque a decisão homologatória pode atingir-lhe que o terceiro tem legitimidade e interesse para postular o seu controle de validade. Ele afirmará direito de invalidar a decisão homologatória em razão de um determinado vício. Não se pretende, assim, impedir a formação da coisa julgada – efeito típico do recurso –, mas, sim, postular a sua desconstituição. *O posterior pedido de controle de validade da decisão homologatória significa, justamente, que o terceiro está pressupondo a sua existência e eficácia da decisão.*

Dessa forma, ainda que, da ausência de interposição de recurso, pudesse decorrer alguma consequência processual negativa aos terceiros, essa certamente não se projetaria para além do processo do qual não participaram nem poderia significar a extinção do direito de controle de validade da decisão homologatória e do consequente direito de desconstituição da coisa julgada.

Ainda que a não interposição de recurso por terceiro possa significar preclusão, essa se opera no âmbito interno do processo e não atinge o direito de controle da coisa julgada formada, titularizado pelas partes e por terceiros eventualmente atingidos.

Terceiros atingidos pelo cumprimento do contrato de colaboração não participaram e não poderiam participar do processo de homologação; não tiveram e não poderiam ter ciência do conteúdo da decisão homologatória quando as partes foram dela intimadas; não poderiam, assim, interpor agravo regimental na qualidade de terceiro juridicamente interessado.

A não interposição de recurso não pode ter como consequência a extinção do seu direito de postular o controle de validade, direito que pressupõe, justamente, a existência e eficácia da decisão homologatória e da coisa julgada formada. Os terceiros “delatados” não buscam, por meio da demanda de *habeas corpus*, obstar a formação da coisa julgada, mas, sim, desconstituí-la, em razão de afirmados vícios.

Há ainda outros argumentos a justificar o quanto se diz neste item.

(i) Em se tratando de decisão de relator, o recurso cabível seria o agravo interno, que, como se sabe, não é dotado de efeito suspensivo. No âmbito do processo penal, quando há restrição ou risco de restrição à liberdade, o meio idôneo previsto pelo próprio sistema é o *habeas corpus*; o seu manejo não pode ser condicionado à interposição de recurso carente de efeito suspensivo. Deve-se, aplicar, aqui, analogicamente, o regramento do mandado de segurança em face de ato judicial e o seu cabimento em face de ato judicial impugnável por recurso sem efeito suspensivo.

Demais disso, a interposição de agravo interno significaria que os terceiros, atingidos em sua liberdade, dependeriam de o relator levar o recurso ao julgamento colegiado, inexistindo previsão de prazo para tanto. O tempo na prestação jurisdicional poderia significar a perda de interesse no julgamento do recurso, já que as denúncias em face dos terceiros continuariam a ser processadas.

(ii) Não se pode impedir, em caso de restrição ou risco de restrição à liberdade, que os atingidos possam valer-se do remédio constitucional previsto para tanto. Cuida-se de direito constitucional fundamental, que não está condicionado à interposição de recurso (ainda carente de efeito suspensivo) em processo do qual não participaram e não poderiam participar.

A própria legitimidade extraordinária do *habeas corpus*, com capacidade postulatória para o leigo, é um evidente indicativo de que o recurso de terceiro não é requisito de admissibilidade da demanda constitucional. Não se poderia exigir que o leigo acompanhasse as publicações de atos processuais.

Em síntese, a não interposição de recurso contra decisão que homologa a colaboração premiada não é obstáculo à admissibilidade e processamento da postulação do controle de validade da decisão homologatória, notadamente considerando (i) que se busca, justamente, a desconstituição da coisa julgada, o que pressupõe admitir a sua formação; (ii) que eventual preclusão não se projetaria para além da relação processual e não extinguiria o direito rescisório dos atingidos; (iii) que, no caso do contrato de colaboração premiada, os terceiros sequer podem conhecer o conteúdo da decisão homologatória, quando as partes são dela intimadas, haja vista o sigilo imposto pela lei; (iv) a natureza de direito fundamental do *habeas corpus* impede construção que o diminua desta maneira; (v) aplica-se, aqui, o regramento jurisprudencial construído para o mandado de segurança, verificando-se, inclusive, a *ratio* do enunciado nº 202 da jurisprudência predominante do STJ.

## 8. Conclusões

São as principais conclusões do presente trabalho:

(i) A colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850.2013 é (a) ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontade das partes é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; (b) é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias eficaciais e seu conteúdo; (c) é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes e de natureza mista (material e processual), haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; (d) é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos.

(ii) Nada impede que o legislador, considerando os interesses jurídicos envolvidos, ao deixar espaço para o autorregramento, estabeleça a exigência de homologação como fator de eficácia. É, justamente, o que ocorre no caso do negócio da colaboração premiada: considerando que o negócio implicará, de um lado, benefícios materiais penais que deveriam ser decorrentes de decisão judicial e, do outro, obrigação do colaborador incompatível com o direito ao silêncio, exige-se a homologação como fator de eficácia do negócio, para que as situações jurídicas dele decorrentes (e incorporadas pela decisão homologatória como se suas fossem) fiquem submetidas à autoridade da coisa julgada (ou outro nome que se queira atribuir).

(iii) O contrato de colaboração premiada e a coisa julgada formada são exceções à regra da ineficácia direta a terceiros. Os terceiros atingidos não poderão defender a ineficácia relativa no que diz respeito à prova oral colhida, mas poderão postular o controle de validade dos atos continente e conteúdo. O pedido de invalidação do ato deve ser devidamente fundamentado, mediante a afirmação da causa de pedir correspondente – o(s) defeito(s) dos atos jurídicos e o prejuízo (causa de pedir remota) e o direito à invalidação (causa de pedir próxima).

(iv) É cabível demanda autônoma por meio da qual terceiros que se afirmem atingidos pela decisão de homologação e por seu conteúdo (os contratos de colaboração) busquem o seu controle de validade.

(v) O fato de a lei processual penal não prever meio específico para que tal controle de validade seja requerido pelo interessado não significa que o controle não poderá ser feito. O controle de validade há de ser garantido, notadamente para aqueles que não tiveram a oportunidade de participar do processo de homologação, com poder de influência prévio. Se não há meio específico, é preciso que se encontre algum dentro do sistema. No âmbito do processo penal, os remédios constitucionais do *habeas corpus* (para o caso de haver restrição ou risco de restrição à liberdade) e o mandado de segurança contra ato judicial (para os demais casos) podem ser tidos como meios idôneos previstos pelo próprio sistema para que tal controle seja requerido.

(vi) O direito desconstitutivo afirmado é, em estado de afirmação, titularizado pelo próprio terceiro, que é, assim, parte legítima para requerer o controle de validade. Cuida-se de hipótese de legitimidade ordinária: o terceiro é titular (em estado de afirmação) do direito à invalidação, que é afirmado em demanda que seja por ele ajuizada em nome próprio.

(vii) O direito à invalidação só poderá ser efetivado por meio de decisão judicial do juízo competente para proceder ao controle de validade das decisões homologatórias. Trata-se de hipótese de demanda desconstitutiva necessária, já que o estado jurídico que se pretende obter (a desconstituição dos atos impugnados e a deseficacização de seus efeitos) somente pode ser alcançado por meio da atuação jurisdicional. Presente encontra-se, pois, o interesse-necessidade.

(viii) Do controle de validade poderá decorrer resultado favorável útil aos terceiros que se afirmem prejudicados com as consequências decorrentes das decisões homologatórias e de seus conteúdos. Está presente também, por isso, o interesse-utilidade.

(ix) A não interposição de recurso contra decisão que homologa a colaboração premiada não é obstáculo à admissibilidade e processamento da postulação do controle de validade da decisão homologatória. A não interposição de um recurso por terceiro juridicamente interessado significa que se extingue o seu direito de recorrer, situação jurídica processual. A preclusão não se projeta para além do processo de onde surgiu nem extinguirá eventual situação jurídica material da qual o terceiro seja titular.