



O VALOR PROBATÓRIO DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS EM COLABORAÇÃO PREMIADA: UM ALERTA SOBRE A POSSÍVEL PREMIAÇÃO DA MENTIRA

Roberto Carvalho Veloso^{*}
Luiz Régis Bomfim Filho^{**}

Resumo:

O presente estudo analisa a dinâmica do procedimento de colaboração premiada e sua influência probatória na persecução penal. A colaboração premiada consubstancia instituto de natureza consensual e investigativa. Faz-se imprescindível a sujeição dos depoimentos pretensamente colaborativos a corroboração perante outros elementos de informação e/ou probatórios. No processo penal constitucional e convencional alicerçado em um sistema acusatório, como adotado pelo Brasil, não se deve admitir a premiação da mentira em convencimento jurisdicional eventualmente condenatório. Este trabalho tem por objetivo verificar a natureza probatória dos depoimentos colhidos em procedimento de colaboração premiada, utilizando a metodologia qualitativa de revisão bibliográfica.

Palavras-chaves: Colaboração premiada. Natureza probatória. Eficácia do acordo. Valoração relativa.

THE PROBATIVE VALUE OF THE TESTIMONIES COLLECTED IN PLEA BARGAIN PROCEDURE: WARNING ABOUT POSSIBLE LIE AWARDS

Abstract:

The present study analyzes the dynamics of the plea bargain procedure and its probative influence in criminal prosecution. The plea bargain consubstantiates an institute of consensual and investigative nature. It is essential to submit the allegedly collaborative testimonies to corroboration before other information and/or evidence elements. In constitutional and conventional criminal proceedings based on an accusatory system, one should not admit the award of the lie in eventual conviction. The purpose of this paper essentially qualitative is to verify the probative effectiveness of the testimonies collected in a plea bargain procedure, valuing the narratives in a relative way.

Keywords: Plea bargain. Probative nature. Effectiveness of the agreement. Relative valuation.

^{*} Juiz Federal. Foi Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE. Doutor e Mestre em Direito ambos pela Universidade Federal de Pernambuco. Email: velosorc@uol.com.br.
<http://lattes.cnpq.br/9413351941396091>

^{**} Juiz Federal Substituto. Foi Defensor Público Federal, Analista Judiciário e Técnico Judiciário. Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Email: luizregis@gmail.com.
<http://lattes.cnpq.br/5991273801789599>





1. Introdução

O instituto da colaboração premiada detém atual aplicação prática bastante intensa, principalmente, nas atividades investigativas cujo objeto reside na criminalidade organizada, por isso a justificativa de se estudar assunto tão candente na estrutura judicial brasileira, que se vê às voltas com um fenômeno novo e produtor de grandes e graves efeitos.

Dessa forma, a colaboração premiada é o tema central da pesquisa, cujo objetivo geral é verificar a natureza probatória dos depoimentos colhidos nesse procedimento, fixando a valoração relativa dos relatos narrados. E objetivos específicos analisar o instituto e seus percalços, discutir a natureza probatória dos depoimentos colaborativos e verificar a eficácia das revelações colaborativas ao processo penal brasileiro.

Ao tratar da apreciação e eficácia das revelações colaborativas ao processo penal brasileiro, procura-se problematizar a análise em cognição exauriente do pacto jurisdicionalmente homologado. Apresentando o problema da seguinte maneira: em que termos o juiz deve aplicar os benefícios anteriormente fixados perante os órgãos de persecução penal?

Não se desconhece que os métodos tradicionais de investigação falham diante de organizações estruturalmente ordenadas a macrocriminalidade. Adota-se, assim, o referido instituto de direito penal premial para suprir carências investigativas.

Nada obstante, na prática penal forense, faz-se necessária parcimônia. Os órgãos de persecução penal, os defensores e os juízes precisam comportar-se de forma comedida diante dos depoimentos colhidos em procedimento de colaboração premiada. Justamente neste ponto, o presente artigo pretende realizar considerações em um estudo essencialmente qualitativo sobre a valoração probatória dos elementos colaborativos, atentando ao fato que o instituto pode viabilizar a tormentosa premiação da mentira.

Desta feita, em primeiro momento, aborda-se de forma objetiva e conceitual acerca do instituto e consequentes percalços. A colaboração premiada é aqui tratada como gênero diante das variadas previsões normativas no ordenamento jurídico brasileiro, não negando que a vigência da Lei 12.850/13, sobretudo, concedeu melhor aplicação procedimental ao instituto.

Em tópico posterior, dedica-se a natureza probatória dos depoimentos colhidos em colaboração premiada. O que é dito de forma pretensamente colaborativa consubstancia início de prova a ser necessariamente corroborado por outros elementos de informação e/ou probatórios. O quão relevante é tal assertiva ao processo penal constitucional e convencional adotado no Brasil.

Por fim, as considerações conclusivas procuram refletir o alerta enunciado no título do presente estudo. Não se deve cercear ao investigado, acusado, réu o direito de falar de si ou de outrem, porém os relatos merecem verificação percuciente, conforme a seguir abordado.

2. O instituto da colaboração premiada e seus percalços.

A colaboração premiada constitui técnica especial de investigação alicerçada na voluntária cooperação de coautor ou partícipe de determinada infração, administrativa ou criminal, objetivando benefícios materiais ou processuais. Registre-se que a expressão “colaboração premiada” é ora tratada como gênero em que suas espécies no Brasil são previstas



em diversos normativos. A título ilustrativo, a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) prevê forma de cooperação na seara administrativa, denominando-a “acordo de leniência”.

Na seara internacional, o Brasil adotou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo - Itália - 2000) e Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (Convenção de Mérida - México - 2003) que fomentam a colaboração premiada. No plano interno, desde a década de 1990 (Lei 8.072/1990 – Crimes hediondos), o ordenamento jurídico brasileiro já estabelece a previsão do instituto. No entanto, somente com a vigência da Lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado), institui-se melhor regulamentação da colaboração premiada, ensejando, por conseguinte, maior aplicação prática perante as persecuções penais que envolvem organizações criminosas. Desta feita, o presente estudo concede especial ênfase a Lei 12.850/2013 porquanto prever procedimentos e dispositivos até então inovadores ao ordenamento jurídico brasileiro.

Como cediço, o modelo constitucional e convencional do processo penal no Brasil é alicerçado no direito ao silêncio e na conseguinte garantia de não autoincriminação, de não produzir prova contra si próprio (*nemo tenetur*). Na forma do art. 5º, “LXIII”, CF/88 c/c art. 186, CPP bem como o art. 14.3 “g” do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos c/c art. 8.2 “g” da Convenção Americana de Direitos Humanos, infere-se que investigado, denunciado e réu não são obrigados a conceder declarações sobre os fatos que lhe são imputados ou sobre os quais lhe possam prejudicar. O silêncio não constitui elemento de convencimento jurisdicional nem altera o ônus probatório da acusação. Assim, cabe ao imputado sob a orientação de defesa técnica eleger a melhor estratégia diante de uma formal acusação, inclusive o nada fazer, o não colaborar, por claro, se assim optar. Leciona Giacomolli (2016, p. 236/237):

O dever de colaboração era próprio da metodologia inquisitorial, na qual o imputado era considerado objeto e fonte de prova e não sujeito do processo, um sujeito de direito e garantias. Na esfera processual penal, em razão do estado de inocência, do direito ao silêncio e do direito de não se autoincriminar, não se aplica o dito popular “quem cala consente”, sob pena de cumprimento da expectativa de preenchimento do vazio, pelo julgado, no momento de decidir, com satisfação da exigência prévia de condenação. Por isso, o silêncio não comporta interpretação (art. 186, parágrafo único, do CPP), como acima referido. Na esfera da prova no processo penal, não há um dever jurídico de ação ao imputado. Quando o acusado faz uso de seu direito ao silêncio e ao *nemo tenetur*, estes não podem prejudicá-lo no processo penal (decisões acerca da restrição da liberdade ou de outras cautelares, fundamentação de condenação, elemento de aplicação da pena, v.g), seja no plano indiciário, na cognição ou na execução da pena. Também não implicam confissão ficta. Portanto, não há valoração do direito ao silêncio e do *nemo tenetur*, nem no plano dos indícios probatórios. Isso porque o acusado não é obrigado a dar nenhuma explicação.

Conforme se extrai da supre lição, o direito e/ou garantia ao silêncio não é absoluta. No ordenamento jurídico brasileiro, há dispositivos que juridicamente alicerçam a utilização de declarações de investigado ou réu como fator contributivo a formação do elemento de informação e/ou de prova. O permanecer calado é imprescindível ao processo penal constitucional e convencional, no entanto, sob a observância das necessárias cautelas, a consciente e voluntária opção pela colaboração insere-se no âmbito das liberdades individuais do investigado, acusado,



réu. É preciso enfatizar, por claro, que existem percalços e críticas ao instituto, imprescindindo a atenção dos Operadores do Direito. Alertam Lopes Jr. e Gloeckner (2014, p. 83):

O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de um outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdade individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como presunção de inocência, contraditório, defesa etc.

O instituto da colaboração premiada, antes de tudo, e é preciso ser redundante, detém viés consensual, constituindo negócio jurídico personalíssimo. Sob a relatoria do Ministro Edson Fachin no MS 35.693 AgR/DF, julgamento em 28.5.2019, informativo semanal 942, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal fixou, in verbis: “[...] *o acordo de colaboração premiada, além de meio de obtenção de prova, constitui negócio jurídico processual personalíssimo [...]. Trata-se, portanto, de ato voluntário por essência, insuscetível de imposição judicial [...]*”.

A voluntariedade é elemento essencial ao instituto sob a perspectiva da aplicabilidade do consenso ao processo penal. Daí a razão pela qual se propugna evitar a utilização do termo "Justiça Negocial". A expressão "Justiça Consensual" melhor convém ao catálogo de direitos e garantias fundamentais diante dos quais o Sistema de Justiça brasileiro se compromete a sujeitar-se. A acepção "negocial" aparenta transmitir a inadequada intenção de comercialização da Justiça Criminal. No ponto, preocupa-se Ferrajoli (2002, p. 487):

Infelizmente, a prática da negociação e do escambo entre confissão e delação de um lado e impunidade ou redução de pena de outro sempre foi uma tentação recorrente na história do direito penal, seja da legislação e mais ainda da jurisdição, pela tendência dos juízes, e sobretudo dos inquiridores, de fazer uso de algum modo de seu poder de disposição para obter a colaboração dos imputados contra eles mesmos. A única maneira de erradicá-la seria a absoluta vedação legal, o que a longo prazo acabaria por se tornar uma regra de deontologia profissional dos magistrados, de negociar qualquer relevância penal ao comportamento processual do imputado, também aos fins da determinação judiciária da pena dentro dos limites legais.

Pontua críticas Badaró (2017-B, p. 146/147):

A colaboração processual não é apenas mais um meio de obtenção de prova que se insere no arsenal e nas técnicas modernas de investigação da criminalidade organizada. Tal qual vem sendo praticada entre nós, a colaboração premiada significa um novo modelo de Justiça Penal, que funciona a partir de funções não epistêmicas, e sem preocupação de legitimar o exercício do poder de punir estatal. Essa conclusão é reforçada pelo enorme número de colaboradores, muitos dos quais, certamente nada acrescentam de novo ou que não pudesse ser descoberto com os métodos normais de investigação e produção de prova, mormente a partir de informações já prestadas pelos primeiros delatores. Todavia, diante de recursos humanos e materiais limitados e da necessidade de resultados rápidos, como mostra de eficiência, seja por anos de punição, seja por milhões, ou melhor, bilhões de reais já recuperados ou “repatriados”, o modelo de colaboração premiada brasileiro se transformou em um fast track, que eliminou o demorado e custoso processo, enquanto barreira que se situava entre o fato praticado pelo criminoso e a sua punição. É voltar a sistema punitivo em que a centralidade não está na busca dialética de provas como mecanismo de suporte da versão a ser adotada



como a preferível na reconstrução histórica dos fatos, mas em uma imposição solipsística de uma “verdade” escolhida.

Apesar das considerações críticas e das oscilantes dúvidas de aplicabilidade do instituto, no contexto de criminalidade organizada, observa-se que a Lei 12.850/2013 prever cautelas relevantes ao procedimento de colaboração premiada, ensejando adequação ao crivo de constitucionalidade e convencionalidade.

O referido normativo é inovador diante do surgimento de regras mais claras a celebração do acordo, tais como o afastamento do magistrado nas tratativas preliminares de pactuação (art. 4º, §6º, Lei 12.850/2013); a exigência de homologação judicial do acordo (art. 4º, §7º, Lei 12.850/2013); a necessidade de corroboração das declarações colaborativas (art. 4º, §16º, Lei 12.850/2013), dentre outros pontos. Não se pode negar a relevância do instituto diante das grandes e complexas organizações criminosas. Posicionam-se Masson e Marçal (2018, p. 181):

Estamos com aqueles que entendem ser a colaboração premiada um meio especial de obtenção de prova do qual o Estado não pode abrir mão, especialmente quando enfrenta a criminalidade organizada. Não se investiga esse tipo de delito, muito menos os que decorrem da constituição de uma organização criminosa, valendo-se de meios ortodoxos e vetustos. Imaginar que uma investigação sobre a composição e o modus operandi de uma organização criminosa seja bem feita apenas com a requisição de documentos, a colheita de depoimentos testemunhais (se é que alguém se aventuraria a tanto!) e o interrogatório de suspeitos é ignorar por completo as dificuldades inerentes ao combate efetivo e sério ao crime organizado.

Assim, há adequação constitucional e convencional do instituto, em si, da colaboração premiada. O que se receia é a operacionalização da referida técnica de investigação consensual, em especial atinente a sua natureza probatória. Passa-se a tratar do tema com percuência.

3. A natureza probatória dos depoimentos colaborativos.

O processo penal é necessariamente um instrumento fático retrospectivo, objetivando a construção do convencimento judicial. Busca-se a verdade, por claro. Mas tal busca não se procede de qualquer forma. A título ilustrativo, a reconstrução de fatos mediante procedimentos de tortura não pode ser justificada por pretensa busca pela verdade. Pondera Badaró (2018, p.50)

Sendo o processo um mecanismo cognitivo, é preciso que as atividades processuais voltadas à investigação, admissão, produção, valoração da prova e a própria decisão final sejam, na máxima medida possível, voltadas para a descoberta da verdade. Em outras palavras, o processo terá que ser moldado a partir de elementos estruturais que lhe permitam funcionar como um instrumento epistêmico. Somente quando outros valores de maior relevância justificarem restrições legítimas à reconstrução dos fatos, como por exemplo, a vedação de obtenção de provas mediante tortura, é que se poderá aceitar que a busca da verdade fique em segundo plano. Em suma, a verdade é muito importante para o processo. Mas não é tudo. É preciso retirar a verdade do trono em que reinava absoluta no processo penal o que não significa desterrá-la. Se a verdade não é o centro do processo penal, não há como negar, por outro lado, que a verdade exerce um papel importante no processo. Não se trata de eliminá-la, mas de deslocá-la do lugar de centralidade, até então ocupado, para um ponto diverso, secundário.



Assim, como cediço, o Juiz forma convicção alicerçada na prova produzida em contraditório, sendo-lhe vedado fundamentar a decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos em fase investigativa, pré-processual, na forma do art. 155, CPP. Pertinente ao presente estudo também destacar o art. 197, CPP, *in verbis*: “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”. No âmbito do instituto da colaboração premiada, o art. 4º, §16, Lei 12.850/13 preceitua que as declarações colaborativas, por si, não são suficientes a eventual juízo condenatório. O art. 4º, §10, Lei 12.850/13 possibilita a retratação da proposta colaborativa, no entanto fixa que as provas autoincriminatórias eventualmente produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Em primeiro momento, por mais óbvio que soa aparentar, é preciso salientar que imputado colaborador não se posiciona como testemunha nem consubstancia mero confitente delitivo. O colaborador não é terceiro alheio ao objeto de persecução penal. São nessas condições em que se deve analisar os depoimentos colaborativos e consequentes revelações. Comenta Pereira (2009, p. 30):

As declarações do colaborador advêm de pessoa interessada na solução do processo, e não se pode dizer que seja mero interesse extraprocessual como o que podem ter os familiares, amigos ou inimigos do imputado. O colaborador tem interesse, ao menos, na obtenção dos benefícios advindos do instituto, mas não se pode descartar também a provável existência de circunstâncias advindas das próprias relações internas entre os membros de uma quadrilha ou organização criminosa que estão em julgamento e que influam sobre os móveis do arrependido.

Destacam-se também as palavras de Vasconcellos (2018, p. 113):

A natureza jurídica das declarações do colaborador é controvertida na doutrina e, nesse ponto, expressa importante diferenciação no enfrentamento crítico do instituto. Por um lado, há quem aponte sua natureza dúplice, como confissão ao delator e prova testemunhal em relação aos delatados. Contudo tal visão é passível de críticas, já que o colaborador não pode ser considerado tecnicamente como testemunha, por se tratar de pessoa interessada no desenrolar do processo. Assim, esse instituto assumiria natureza *sui generis* ou de “testemunho impróprio”, diante de suas limitações probatórias.

Assim, de forma reiterada, propugna-se cautela ao aferir depoimentos colaborativos, mormente em fase pré-processual. Naturalmente a força probante da colaboração, mesmo se considerado apenas como elemento de informação, detém caráter relativo. Há um equívoco, até mesmo de causa midiática, na excessiva consideração das palavras do colaborador como suposta verdade dos fatos. Não se está negando a importância da colaboração, mas alertando que a fonte probatória detém natural condição de interessado em desfecho processual favorável. Esclarece Nucci (2019, p. 54):

O valor da colaboração premiada é relativo, pois se trata de uma declaração de interessado (investigado ou acusado) na persecução penal, que pretende auferir um benefício, prejudicando terceiros. Embora assuma a prática do crime, o objetivo não é a pura autoincriminação, mas a consecução de um prêmio. Diante disso, é inviável lastrear a condenação de alguém baseado unicamente numa delação. É fundamental que esteja acompanhada de outras provas, nos mesmos moldes em que se considera o valor de confissão.



O ordenamento jurídico brasileiro ainda não propriamente fixou o procedimento probatório do instituto da colaboração premiada. Por exemplo, não se está claro ao certo se é possível a impugnação ou não por terceiros delatados do que foi dito em regime de colaboração, especialmente pelo fato de que o acordo consubstancia negócio jurídico personalíssimo. Também se questiona acerca da possibilidade de se deferir diligências investigativas em alicerce somente a depoimentos colaborativos. Por sua vez, paradoxalmente, não existe impedimento legal ao oferecimento e eventual recebimento de peça acusatória baseada apenas em revelações em procedimento de colaboração. São questões tormentosas do instituto que se sujeita a insuficiência regulamentadora preocupante. Por conseguinte, faz-se imperiosa a seriedade do procedimento a ser lidado pelos Órgãos de persecução penal diante de pretensão colaborador. Propugna Pereira (2009, p. 31):

O delator precisa fornecer dados objetivos, consistentes em detalhes da atividade criminal declarada e que possam ser aferíveis *prima facie* como verossímeis e dignos de razoável aceitação nos primeiros contatos com os órgãos de investigação. Ausente isso, verificando tratar-se de mera acusação genérica despida de relato pormenorizado e de elementos concretos passíveis de futura comprovação, não se deve dar procedimento pela manifesta falsidade ou insubsistência objetiva do relato, que não possui o intuito colaborativo, mas sim propósitos distintos, desde vingança até tentativa de desviar o rumo das investigações, passando pelo simples interesse em auferir benefícios procedimentais.

O receio de teses acusatórias falsas é plausível. A prática forense criminal justifica tal preocupação. Nesta linha de raciocínio, rememore-se a abordagem histórica de Fernandes (2005, p. 106/107):

Desde tempos remotos, a acusação era vista como ato de relevância e seriedade, sendo o acusador responsável pelo seu ato, podendo ser punido por calúnia ou outro crime se agisse com má-fé, objetivando-se com a ameaça da punição evitar e desestimular acusações infundadas. Assim, no Egito, se calunioso, o acusador “sofria a pena do crime que imputou”, e, em Roma, se o acusado fosse absolvido, “era promovido contra o acusador um processo para verificar se houve prevaricação, tergiversação, calúnia ou apenas acusação temerária ou falta de provas”. Havia calúnia quando a acusação infundada resultasse de interposição consciente do acusador.

Passa-se, assim, a questionar a adequada aplicabilidade do conteúdo da colaboração à ação penal, concedendo atenção às consequências da mentira ao convencimento jurisdicional.

4. A apreciação e a eficácia das revelações colaborativas ao processo penal brasileiro.

A pactuação e sujeição a procedimento de colaboração premiada, no formato previsto na Lei 12.850/13, pode ocorrer antes e durante o processo penal, inclusive em momento posterior à sentença, nos termos do art. 4º §5º, Lei 12.850/13. De qualquer forma, uma vez fixados os benefícios pactuados, pode e deve o magistrado aferir a eficácia do acordo em sede de cognição exauriente. Faz-se imperioso destacar que o juízo inicial de homologação alicerçado na regularidade, legalidade e voluntariedade, na forma do art. 4º §5º, Lei 12.850/13, não impede o magistrado de realizar considerações sobre as revelações colaborativas no momento de aplicação dos benefícios pactuados, nos termos do art. 4º §11, Lei 12.850/13. Lima (2017, p. 723) orienta:



Com o fito de prevenir delações falsas, deve o magistrado ter extrema cautela no momento da valoração da colaboração premiada, devendo se perquirir acerca da personalidade do colaborador, das relações precedentes entre ele e o(s) acusado(s) delatado(s), dos móveis da colaboração, da verossimilhança das alegações e do seu contexto circunstancial. Como se sabe, é cada vez mais comum que haja disputas internas pela gerência de organizações criminosas, o que pode, de certa forma, servir como móvel para a delação de antigos parceiros, ou até mesmo de pessoas inocentes. Tais situações espúrias, denominadas pela doutrina estrangeira de móveis turvos ou inconfessáveis da delação, devem ser devidamente valoradas pelo magistrado, de modo a se evitar que a delação seja utilizada para deturpar a realidade.

Deve-se evitar, de toda forma, a tormentosa premiação da mentira. Antes da preocupação acerca da eficácia do instituto de direito premial, ora em estudo, propugna-se a compostura do processo penal brasileiro alicerçado em um modelo constitucional e convencional. Assim, as revelações colaborativas e elementos que a corroboram precisam ser idôneos. No ponto, colacionam-se as palavras de Essado (2015, p. 1.326/1.327) sobre a idoneidade probatória da colaboração:

As fases de propositura, admissão e produção ocorridas em adequação às normas de direito material e processual perfazem a idoneidade probatória formal, que permite considerar a prova válida e apta a ser valorada pelo juiz. Presente a idoneidade probatória formal pode o juiz passar para a fase da valoração, que cuidará de verificar se a prova, formalmente válida, alcançará idoneidade material. Sob este aspecto o juiz deve se ater ao conteúdo da delação e confrontá-lo com os demais elementos probatórios, segundo critérios de lógica, concordância e precisão. Raciocínio valioso ao juiz nesta fase está em perquirir em que medida a contribuição do colaborador auxiliou a atividade estatal de persecução penal. É importante dimensionar qual seria o déficit estatal nesta atividade sem a participação do agente colaborar e concluir se sua conduta resultou útil e eficaz. E neste ponto necessariamente há que existir aferição de aspectos concretos, deduzidos do conjunto probatório, sem suposições infundadas e inadequadas. O meio – delação – é eficiente na atividade de persecução penal, com o fim de reprimir, sobretudo, a criminalidade organizada. Contudo, nesta etapa probatória a valoração, como última fase para a aferição da idoneidade probatória, implica análise da eficácia – resultado atingível -, para se concluir ou não pela aplicação do prêmio.

Como já tratado e reiterado, o instituto de direito premial não detém previsão procedimental suficientemente condigna. Existem diversas dificuldades para se proceder a aferição das revelações colaborativas e, por conseguinte, sua idoneidade probatória. Não se desconhece que o Magistrado não participa das tratativas para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre Defesa e Órgãos de persecução penal, porém, instaurado o processo penal, no âmbito de uma ação penal, por claro, o Juiz deve analisar a credibilidade e o alcance dos depoimentos.

Por sua vez, as insurgências dos delatados no desenrolar da ação penal não podem ser negligenciadas. Rogério Lauria Tucci (2009, p.162) traduz pertinente preceito romano-germânico: “[...] *A alegação de um só homem não é alegação; o juiz deve ouvir ambas as partes* [...]”. Complementa Righi Ivahy Badaró (2017-A, p. 57/58):

Mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade. As opiniões contrapostas dos litigantes ampliam os limites do conhecimento do juiz sobre os fatos relevantes para a decisão e diminuem a possibilidade de erros. No processo penal necessariamente haverá o contraditório, em



razão da importância dos bens em jogo, pois a solução deste conflito de interesses relevantes exige, sempre, uma decisão oficial e segura, uma vez que a escolha da parte pode ser, e frequentemente o é, errada.

Observando os debates acerca do instituto perante o Supremo Tribunal Federal, de forma exemplificativa, no âmbito do HC nº 142.205, do HC nº 143.427 e do HC 127.483, ainda não há clareza quanto à possibilidade de impugnação do acordo por terceiros delatados em fase pré-processual. De toda forma, em atenção ao adequado momento investigado, reflete prudência do Órgão de persecução penal conceder ciência e/ou oportunizar manifestação ao diretamente delatado. Em sede de ação penal, por outro lado, constitui poder-dever da defesa técnica se contrapor às revelações colaborativas, provocando a necessidade de manifestação jurisdicional.

O colaborador deve possuir a ciência da insuficiência da mera assinatura do acordo para auferir os prêmios pactuados. O intuito colaborativo não pode ser intermitente. Não basta pactuar perante os Órgãos de persecução penal, pois em cognição exauriente o Juiz apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia, nos termos do art. 4º §11, Lei 12.850/13. O referido dispositivo normativo configura instrumento para impedir a premiação da mentira e deve ser considerado nos demais procedimentos colaborativos, a exemplo do acordo de leniência. O prolatar de uma sentença consubstancia adequado momento probatório, no qual se foi oportunizado a acusação e a defesa a instrução em contraditório jurisdicional. Em questão de ordem na Petição 7.074, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 29.06.2017, o Pleno do STF fixa o seguinte item de ementa do aludido julgado:

[...] O juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4º, § 11, da Lei n. 12.850/2013, dá-se por ocasião da prolação da sentença (e no Supremo Tribunal Federal, em decisão colegiada), não se impondo na fase homologatória tal exame previsto pela lei como controle jurisdicional diferido, sob pena de malferir a norma prevista no § 6º do art. 4º da referida Lei n. 12.850/2013, que veda a participação do juiz nas negociações, conferindo, assim, concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito. [...]

Havendo cumprimento integral do pacto anteriormente homologado por Juiz, surge a vinculação jurídica de aplicabilidade dos prêmios fixados na avença. O membro do Ministério Público deve requer o benefício e o Juiz acolhe-lo em sentença diante da efetiva cooperação e em atenção a segurança jurídica na aplicação do instituto. Nada obstante, questiona-se quais as consequências caso constatada a ineficácia do acordo e o que exatamente configura tal característica. Aborda Bottini (2017, p. 195 e p. 197/198):

Caso o colaborador preste depoimentos corroborando os fatos confessados, e não se constatem falsidades ou omissões diante dos demais elementos de provas trazidos aos autos, a colaboração será eficaz, e os benefícios devem, ao final da instrução, ser requeridos pelo parquet e reconhecidos pelo magistrado. Nesse caso, o magistrado está vinculado aos termos do acordo e deve aplicar os benefícios ao fixar a dosimetria da pena, mesmo quando não tenha sido ele o responsável pela homologação da avença. Há um direito subjetivo do colaborador de aceder aos benefícios, uma vez que a colaboração gera um dever por parte do Estado quando efetiva sua postura, reconhecida por seu comportamento durante a instrução processual. [...] Pode ocorrer, por outro lado, situação inversa, na qual o colaborador altera substancialmente sua narrativa inicial durante a instrução, ou quando se constata falsidade ou omissão em suas declarações. Nesse caso, o Ministério Público pode pedir a rescisão do acordo, e o magistrado poderá



afastar o benéfico, ou reduzi-lo, de acordo com a extensão das falhas ou vícios identificados. Esses casos de inefetividade da colaboração, durante a instrução e após a homologação efetiva do acordo, que justificam a revisão ou a negativa dos benefícios se limitam às hipóteses em que a falta de eficácia tem por origem a má-fé do colaborador. Não parece que a mesma consequência seja aplicável aos casos em que as investigações sejam obstadas pela falta de empenho das autoridades públicas. Nesse contexto, pode ocorrer que o colaborador apresente sua narrativa e os documentos de corroboração dos quais disponha, mas uma instrução deficiente – seja por desídia dos investigadores, seja pela dificuldade de angariar mais elementos de provas diante de certos contextos – leve o magistrado a entender que os fatos trazidos aos autos não são suficientes para ensejar a condenação de um ou mais réus.

A análise da eficácia da colaboração deve se parametrizada nos compromissos pactuados, nos resultados previstos e, destaca-se, no intuito cooperativo do pretense colaborador, como já afirmado. As sustentações falaciosas são objeto de preocupação, porquanto se deve sempre possibilitar a análise jurisdicional em cognição exauriente. A vinculação jurídica aos termos pactuados somente existe, por claro, no cumprimento do acordo consubstanciado nas hipóteses contributivas, conforme, por exemplo, o art. 4º, *caput*, Lei nº 12.850/13, art. 16, *caput*, Lei nº 12.846/13, art. 86, *caput*, Lei nº 12.529/11.

Enfatizam Cleber Masson e Vinícius Marçal (2018, p. 254//255) que a delação premiada não possui vida própria, sendo a homologação judicial somente uma promessa da aplicação dos efeitos futuros do pactuado:

[...] o acordo de colaboração premiada não tem vida própria, de maneira que, com sua homologação judicial, ter-se-á apenas uma promessa do juiz quanto à aplicação dos benefícios oriundos do acordo formalizado, não garantindo a fruição dos benefícios se a colaboração prestada não for efetiva. Em verdade, a eficácia do acordo ficará “condicionada à sentença final condenatória, sem a qual não se poderia pensar na aplicação de redução, de substituição de qualquer pena, ou mesmo de perdão judicial. Portanto, somente ao término do processo penal, verificando-se que o crime se aperfeiçoou, e não sendo caso de absolvição (nada impede que o juiz absolva o colaborador), poderá o magistrado premiar o colaborador. Ou seja, os benefícios pactuados no acordo de colaboração premiada só serão suscetíveis de efetiva outorga se e quando o órgão judiciário competente, por ocasião do julgamento final da causa penal, constatar, a partir do exame dos elementos de informação produzidos ao longo da instrução probatória, que o agente colaborador realmente cumpriu as obrigações que assumiu perante o Estado, tal como definidas no pacto negocial celebrado com o Ministério Público.

Pelo exposto, além do próprio pretense colaborador, relevante salientar que os próprios Órgãos e membros integrantes do Sistema de Justiça devem adotar postura cooperativa ao funcionamento do instituto de colaboração premiada. Propugna-se a vedação a eventual consideração de manipulações pretensamente acusatórias. Faz-se imperioso observar com atenção as revelações colaborativas e consequentes elementos de corroboração, evitando, de forma efusiva, qualquer possibilidade de premiação da mentira, tão deletéria ao próprio processo penal brasileiro de viés constitucional e convencional.

5. Conclusão





Neste estudo, promoveu-se abordagem problemática acerca do instituto de direito premial, colaboração premiada, traçando considerações quanto sua natureza probatória e observando a eficácia das revelações colaborativas. Não se nega, registre-se, a importância da colaboração premiada ao processo penal brasileiro, porém se pontua persistentes dificuldades de operacionalização do instituto.

Em resposta ao problema apresentado na introdução, o juiz não deve e nem pode se basear unicamente no depoimento prestado pelo delator para condenar ou absolver alguém, inclusive a quem colabora, sem averiguar convenientemente todas as nuances do acordo. Ele deve cotejar as afirmações prestadas a título de delação com as provas contidas nos autos, a fim de fazer um juízo crítico a respeito de todo o produzido em juízo.

Sempre respeitando as garantias constitucionais ao acusado, o magistrado não pode ser mero cancelador dos termos da negociação produzidos administrativamente. Ele deve analisar se efetivamente o colaborador cumpriu o pactuado com as autoridades de forma a ensejar a identificação dos demais autores e a reparação do dano, quando possível.

O receio de se conceder credibilidade a manipulações é o principal objeto deste trabalho. Faz-se necessário alertar da possibilidade de se estar premiando mentiras no procedimento de colaboração premiada, o que deve ser veementemente evitado e combatido. O tema envolve, inclusive, a seriedade do processo penal brasileiro de viés constitucional e convencional.

Por outro lado, ainda existe uma insuficiência legislativa na perspectiva de adequadamente fixar procedimentos de produção informativa e/ou probatória aos depoimentos colhidos em colaboração, consubstanciando grande empecilho ao instituto de direito premial. A ausência de operacionalização clara deveras dificulta a aplicação ao processo penal das revelações colaborativas na qualidade de instrumentos investigativos e consensuais.

6. Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017-A.

_____. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de Justiça Penal não epistêmica?. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz e MOURA, Maria Thereza de Assis (Org). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017-B.

_____. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz e MOURA, Maria Thereza de Assis (Org). **Colaboração Premiada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. In: BADARÓ, Gustavo Henrique (Org). **Doutrinas Essenciais - Direito Penal e Processo penal**. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERNANDES. Antonio Sacarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 5. ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan./mar., 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. ed., Belo Horizonte: D' Plácido, 2018.

