

COLABORAÇÃO PREMIADA: REFLEXÕES SOBRE O SEU VALOR PROBATÓRIO E A POSTURA DO MAGISTRADO NA SUA AVALIAÇÃO

Fabício Dornas Carata

*Juiz de Direito Substituto do Tribunal
de Justiça do Distrito Federal e dos
Territórios.*

A **colaboração premiada** é, por certo, um dos temas mais atuais e controversos no **direito processual penal brasileiro**, mormente tendo em conta a ampla divulgação de sua utilização, quase ilimitada, em caso diariamente noticado na imprensa e que envolve suposto esquema de corrupção em empresa estatal brasileira.

Sobre o tema, no **plano legislativo**, a **Lei nº 12.850/2013**, por evidente, **não é o primeiro diploma legal a prever a figura da colaboração premiada**, muito pelo contrário, ela é o mais recentemente e de maneira mais benevolente tratou a colaboração premiada. Contudo, **em breves linhas**, a evolução legislativa teve início, segundo **Damásio E. de Jesus** (*in* Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7551>>. Acesso em: 12 out. 2015), nas **Ordenações Filipinas**, cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. O Título VI do "Código Filipino", que definia o crime de "Lesa Magestade" (*sic*), tratava da "delação premiada" no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica "*Como se perdoará aos malfetores que derem outros á prisão*" e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios. Mais de um século depois, com a **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986** que trata dos **crimes contra o sistema financeiro nacional** já se previa que em relação a tais crimes, quando cometidos em concurso necessário ou eventual de agente, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelasse à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa teria a sua pena reduzida de um a dois terços (**art. 25, § 2º**). Com idêntica redação a **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990** que define os **crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo** trouxe a mesma previsão (**art. 16, parágrafo único**). A **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990** que disciplina os **crimes hediondos** previu a mesma consequência

jurídica na hipótese do **crime de extorsão mediante sequestro** quando cometido por quadrilha ou bando, desde que a partir das delações do co-autor, fosse facilitada a libertação do seqüestrado (**art. 159, § 4º, do Código Penal**). Já a **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, antiga lei de organização criminosa**, expressamente dispunha que nos crimes praticados em organização criminosa, a pena seria reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria. A chamada **lei de proteção às testemunhas (Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999)** inovou o ordenamento jurídico ao **ampliar o rol de benefícios legais ao colaborador**, prevendo que ao juiz é dado, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o **perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade** ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: **a)** a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; **b)** a localização da vítima com a sua integridade física preservada; **c)** a recuperação total ou parcial do produto do crime. No caso de não restar satisfatoriamente caracterizada qualquer dessas situações a lei prevê que o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços (**arts. 13 e 14**). Mais adiante a **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006** que define o **crime de tráfico ilícito de drogas** previu que o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços. Mais recentemente, a **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012** deu nova redação ao **art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998** que disciplina o **crime de lavagem de dinheiro e ativos** para prever que a pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. Finalmente, a **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013** que trata do **crime de organização criminosa**, de

maneira ainda mais benéfica para o colaborador, registra que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: **a)** a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; **b)** a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; **c)** a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; **d)** a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; **e)** a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Demonstrada a evolução legislativa da colaboração premiada, destaco que o **cerne do presente artigo** cinge-se em definir o **valor probatório da colaboração premiada** e a **postura do magistrado na condução de processos nos quais seja realizado acordo de colaboração premiada**, tudo isso, por evidente, à luz da recente **Lei nº 12.850/2013** que, inegavelmente, trouxe uma **maior sistematização do tema** e tomando em conta os **efeitos deletérios que o prestígio desatento à colaboração premiada pode acarretar**.

Como se sabe, **nosso sistema processual penal é essencialmente acusatório**, decorrendo de tal afirmação, dentre outras, a clara **distinção entre as atividades de acusar e julgar**; a manutenção do **magistrado como terceiro imparcial**; a necessidade de **tratamento igualitário entre as partes**, especialmente no que toca às oportunidades de influir na formação do convencimento do magistrado; a **plena publicidade** de todo o procedimento; a existência do efetivo **contraditório** e a **ausência de prova tarifada**, reconhecendo-se igual valor a todas as provas legitimamente produzidas durante o curso da instrução (**Aury Lopes Jr.** in *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Volume I*, Ed. Lumen Juris, 3ª edição, 2008, página 58).

Como destaca **Fabrizio Jacynto Lara** (*in* *Delação Premiada no Processo Penal Acusatório*, Correio braziliense, n. 19089, 31/08/ 2015. *Direito & justiça*, p. 2), o sistema acusatório tem **nítida feição dialética e recorte democrático**, onde acusador e réu figuram como partes com direitos e ônus processuais e no qual não se admite a existência de qualquer prova sem que esta seja submetida ao efetivo contraditório. De fato, dentro da organização da justiça, o processo acusatório supõe

uma **completa igualdade entre acusação e defesa**, haja vista que o processo acusatório repousa sobre uma **concepção democrática de jurisdição** (Heráclito Antônio Mossin *in* Compêndio de Processo Penal – Curso Completo, Ed. Manole, 1ª edição, 2010, página 3).

Desse modo, **a colaboração premiada não pode implicar desequilíbrio entre as partes**, especialmente no que concerne à garantia de igualdade que deve existir em relação à efetiva participação no convencimento do magistrado. É inegável que, a despeito de sua previsão legislativa remontar às Ordenações Filipinas, o Brasil ainda vivencia um **experimentalismo institucional na realização dessas delações**, tal como registrado por **Fernanda Tórtima e Ademar Borge** (*in* “O papel do Juiz na delação premiada”, Valor econômico, v. 15, n. 3677, 17/01/ 2015. Legislação e tributos, p. E2.), merecendo, portanto, todo cuidado e atenção por parte dos magistrados na sua **sedutora, tentadora, atraente e, porque não dizer, cômoda utilização como elemento de prova**.

Em outros termos, **sem eliminar nem banalizar o instituto**, é preciso **enorme cuidado e excessiva prudência** em sua utilização (**Gustavo Badaró** *in* “O valor probatório da delação premiada – Sobre o § 16º do art. 4º da Lei nº 12.850/13”, Consulex : revista jurídica, v. 19, n. 433, p. 26-29, fev. 2015.). Ora, **a utilização da colaboração premiada como único meio de prova encontra inclusive proibição expressa em lei (art. 4º, § 16º, da Lei nº 12.850/2013)**, não se podendo cogitar, portanto, de acusação respaldada apenas nas declarações de corréu. Aliás, o próprio **Supremo Tribunal Federal** há muito, mesmo antes de expressa previvão legal, já se manifestou no sentido da **completa impossibilidade da colaboração premiada de forma isolada respaldar eventual condenação penal**. Nessa linha de intelecção, cito os seguintes arestos, a saber:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIOS DOS CO-RÉUS, NOS QUAIS O PACIENTE TERIA SIDO DELATADO. ATOS REALIZADOS SEM PRESENÇA DO DEFENSOR DO PACIENTE. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI N. 10.792/03: IMPOSSIBILIDADE. VÍCIOS NÃO RECONHECIDOS. **CONDENAÇÃO AMPARADA EXCLUSIVAMENTE NA DELAÇÃO DOS CO-RÉUS: IMPOSSIBILIDADE**. ORDEM CONCEDIDA.

(HC 94034, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-167 DIVULG

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior. PROVA - DELAÇÃO - VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de co-réus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas.

(HC 75226, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 12/08/1997, DJ 19-09-1997 PP-45528 EMENT VOL-01883-02 PP-00289)

De qualquer sorte, ainda que a lei não tenha sido especialmente clara a respeito, tenho que, também **como principal meio de prova, a colaboração premiada igualmente não pode ser tida por suficiente**, haja vista que, ainda que não se trate de mera e pura confissão de um dos envolvidos, **o contido no art. 197 do Código de Processo Penal**, que dispõe que 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, **deve ter igual incidência no caso de colaboração premiada**. Afinal, se o próprio **Código de Processo Penal não admite a confissão do acusado como prova absoluta**, frise-se, mesmo tendo em conta que ela produz efeitos jurídicos apenas para aquele que confessa a prática em determinada infração, reclamando o seu confronto com as demais provas existentes nos autos, **com maior razão deve ocorrer com a colaboração premiada, na qual a esfera jurídica de outros é consideravelmente afetada**.

Nesse sentido, o magistrado deve se cercar de todos os cuidados para que a **colaboração premiada não vulnere o sistema acusatório ou impossibilite o pleno exercício do direito de defesa**, anulando a possibilidade de efetiva, detida, acurada e plena análise das teses defensivas apresentadas pelo(s) corréu(s). Como bem pontua **Fabrizio Jacynto Lara** (*in* “Delação premiada no processo penal acusatório”, Correio braziliense, n. 19089, 31/08/ 2015. Direito & justiça, p. 2.), **tomar a colaboração premiada como prova absoluta implica, em última análise, criar**

uma presunção de culpabilidade, quando o **princípio da inocência**, regra básica em um Estado Democrático de Direito, encontra previsão expressa no **art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal**. Em outros termos, a existência de colaboração premiada em determinado processo não pode implicar **indevida inversão do ônus da prova**, reconhecidamente a inexistente no processo penal, de modo que o ônus probatório continua recaindo sobre o órgão acusatório, a quem compete comprovar, a partir de outras provas, que as declarações do colaborador, de fato, encontram respaldo nos elementos cognitivos existentes nos autos e não o contrário, ou seja, exigir-se da defesa que comprove que as declarações estão dissociadas da realidade. Por oportuno, registro a ementa do seguinte aresto do **Supremo Tribunal Federal** que trata da **impossibilidade de inversão do ônus da prova no processo penal**, a saber:

Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. ORDEM DEFERIDA EM PARTE.

1. Inserido na matriz constitucional dos direitos humanos, **o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito**. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado (negritei).

2. Atento a esse marco interpretativo, pontuo que, no caso dos autos, as instâncias precedentes recusaram o pedido defensivo de incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 sob o fundamento de inexistir prova da primariedade do acusado. Incorrendo, assim, numa **indisfarçável inversão do ônus da prova e, no extremo, na nulificação da máxima que operacionaliza o direito à presunção de não-culpabilidade: in dubio pro reu**. Preterição, portanto, de um direito constitucionalmente inscrito no âmbito de tutela da liberdade do indivíduo (negritei).

3. Ordem parcialmente deferida para, de logo, reconhecer a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 e determinar ao Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Campo Grande/MS que refaça, no ponto, a dosimetria da pena.

(HC 97701, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 20-09-2012 PUBLIC 21-09-2012)

Com bem anotado pelo **Ministro Marco Aurélio Mello do Supremo Tribunal Federal** (HC 70274, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 26/10/1993, DJ 18-03-1994 PP-05167 EMENT VOL-01737-03 PP-00422) **no campo processual penal é impróprio transferir-se aos ombros do agente prova de fato negativo** – o de não haver praticado o crime, mormente com a consequência de, não a implementando, vir a ser condenado.

Dito em outras palavras, de acordo com **Frederico Valdez Pereira** (*in* “Valor probatório da colaboração processual (delação premiada) = probative value of legal collaboration (plea bargaining)”, Revista dos tribunais, São Paulo, v. 98, n. 879, p. 475-498, jan. 2009), **as declarações de co-imputado não podem, por si só, alterar o estado constitucional de inocência do acusado**. A culpa do acusado deve ficar satisfatoriamente demonstrada, não bastando a desconfiança justa trazida pelo colaborador. Não se pode, pois, racionalmente, conferir certeza e segurança às declarações do colaborador, porquanto **tais informações advêm de pessoa interessada no processo**. É preciso que a delação seja confrontada com a defesa do acusado. **A colaboração premiada inquestionavelmente pode encobrir desejos obscuros de vingança e chantagem, facilitar e possibilitar extorsões etc.** Como bem destacam **Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato** (*in* Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013. Ed. Saraiva. 1ª edição. 2014), diferentemente do que se passa, por exemplo, nos Estados Unidos onde o acusado, tal qual se observa em relação às testemunhas, presta o compromisso de dizer a verdade e, não o fazendo, responde pelo crime de perjúrio, **no Brasil o acusado tem o direito de mentir sem que isso lhe importe em responsabilização criminal**. Desse modo, o modelo brasileiro de delação premiada restou significativamente desvirtuado haja vista que **descompromissado com a verdade e isento de qualquer prejuízo ao sacrificá-la, resta evidente que o delator dirá qualquer coisa que interesse às autoridades na tentativa de beneficiar-se**. Como defende **Juarez Cirino dos Santos** (*in* Crime Organizado. RBCCRim nº 42, jan-mar.1994 p. 214-224) **a colaboração premiada estimula o oportunismo egoísta do ser humano**, amplia o espaço para provas duvidosas produzidas por “arrepentidos”, que conservam o direito

de mentir. **Madson Thomaz Prazeres Sousa** (*in* A delação premiada e a falência do Estado na investigação criminal: uma análise através do Garantismo Penal Disponível em http://www.mpba.mp.br/atuacao/criminal/material/2015/A_DELACAO_PREMIA_DA_FALENCIA_ESTADO_INVESTIGACAO_CRIMINA_UMA_ANALISE_ATRAVES_GARANTISMO_PENAL.pdf) chama a atenção para a **contradição existente no prestígio dado ao colaborador pela legislação**, haja vista que num Estado Democrático de Direito em que um dos princípios norteadores da Carta Política é justamente a **moralidade**, não se pode aceitar e estimular a barganha com criminosos. O próprio mestre peninsular **Eugênio Raul Zaffaroni** (*in* Crime Organizado: uma categoria frustrada. Discursos Sediciosos. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro. Relume/Dumará, ano I, v. 1, 1996, p.59) defende que com a colaboração premiada **o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente**, comprada ao preço da impunidade para “fazer justiça”. **Francisco Muñoz Conde** (*in* La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Ed. Hammurabi. 2ª edição, 2003, página 88), certamente um dos maiores criminalistas o mundo adverte, na mesma linha de intelecção, que *“dar valor probatorio a la declaración del coimputado en sí misma supone abrir la puerta a la violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, y a prácticas que pueden convertir el proceso penal en una auténtica fuente de chantajes, acuerdos interesados entre algunos acusados y la Policía y el Ministerio Público con consiguientes retiradas de la acusación contra unos para conseguir la incriminación (y condena) de otros. Nada bueno para el Estado de Derecho”*. Em seu tempo, **C. J. A. Mittermayer** (*in* “Tratado da Prova em Matéria Criminal”, Ed. Ribeiro dos Santos, 1909, 2ª edição, páginas 295 e 296) ao tratar das “testemunhas suspeitas”, deu especial relevo ao depoimento do cúmplice, observando que *“O depoimento do cúmplice apresenta também graves dificuldades. (...) Têm-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem; outros denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições.”* **Christiano Fragoso e José Carlos Fragoso** em destacado estudo sobre o tratamento jurídico dispensado ao tema no direito comparado (*in* Apontamentos sobre Confissão e Chamada de Co-réu. Disponível em http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/artigos/arquivo66.pdf) anotam que é comum

que, quando um réu confessa, se tenda a acreditar nele, não só quanto à sua culpabilidade, mas também quanto às demais partes de seu interrogatório. No íntimo, considera-se que o confitente finalmente teria libertado toda a verdade (a confissão seria a voz da consciência do acusado). Entretanto, se se vir que, normalmente, a confissão, na verdade, não é espontânea, mas sim, uma consequência inevitável da “inutilidade da negativa”, bem como que, normalmente, o confitente não quer ser condenado sozinho, ver-se-á claramente que as declarações do confitente (principalmente quanto aos fatos imputados a terceiros), devem ser vistas, no mínimo, com enormes reservas (ou quiçá devam ser absolutamente desconsideradas). E continuam salientando que o estudo da história da justiça penal registra inúmeros casos de confissões falsas, em que pessoas que nada têm a ver com o delito promovem auto-acusações falsas. Isto tanto é verdade que o nosso Código Penal, no art. 341, prevê um crime específico sob o *nomen juris* de *auto-acusação falsa*. Ora, **se é freqüente a auto-acusação falsa (o que fere o mais elementar instinto humano, que é o da auto-conservação), imagine-se, então, a freqüência das falsas acusações a outrem.**

O delator, aliás, não deve merecer tratamento processual privilegiado em comparação com os demais acusados, longe disso. Não se pode perder de vista que, para além dos benefícios legalmente previstos para o caso de efetiva, sincera e robusta delação que encontre respaldo nos demais elementos de prova constantes dos autos, o delator não pode gozar de qualquer outro tipo de favorecimento, sob pena de se antecipar juízo de valor a respeito da culpabilidade dos demais acusados que, ao longo da instrução processual, devem ter o direito real e concreto de comprovarem que as suas teses defensivas devem prevalecer, e mais, que devem merecer por parte de um magistrado verdadeiramente imparcial tratamento igualitário. **Ao juiz da causa não é dado flertar com as muitas vezes sedutoras narrativas apresentadas pelo colaborador**, desqualificando, *ab initio*, qualquer outra tese de defesa trazida pelos demais corréus, basta lembrar, à exaustão, que **o colaborador é pessoa diretamente interessada no desfecho da causa**. Aliás, tão destacada é a preocupação que se deve ter diante de hipótese de delação premiada que, de acordo com **Gustavo Badaró** (*in* “O valor probatório da delação premiada – Sobre o § 16º do art. 4º da Lei nº 12.850/13”, Consulex : revista jurídica, v. 19, n. 433, p. 26-29, fev. 2015), a previsão contida no **art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013**, tem por um dos objetivos **evitar o erro judiciário** quando a fonte de prova é um coimputado, tamanha é a fragilidade de

tal meio de prova. Sobre o tema, o **Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal** salientou em decisão prolatada em 22 de setembro de 2015 nos autos da Pet. 5.700/DF:

Com tais providências, o legislador brasileiro procurou neutralizar, em favor de quem sofre a imputação emanada de agente colaborador, os mesmos efeitos perversos da denúncia caluniosa revelados, na experiência italiana, pelo “Caso Enzo Tortoza” (na década de 80), de que resultou clamoroso erro judiciário, porque se tratava de pessoa inocente, injustamente delatada por membros de uma organização criminosa napolitana (“Nuova Camorra Organizzata”) que, a pretexto de cooperarem com a Justiça (e de, assim, obterem os benefícios legais correspondentes), falsamente incriminaram Enzo Tortoza, então conhecido apresentador de programa de sucesso na RAI (“Portobello”).

De fato, a fragilidade da chamada de *corrêu* é tão evidente que no que concerne ao **valor probatório da colaboração premiada**, cumpre trazer a lume a advertência feita por **Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato** (*in* Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013. Ed. Saraiva. 1ª edição. 2014) de que, se por um lado ela não pode ser simplesmente desconsiderada como, aliás, sugere parte da doutrina nacional (**Adel El Tasse** *in* Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. Ciências Penais. Editora Revista dos Tribunais, v. 5, página 269, julho de 2006), por outro, longe de poder ser considerada meio de prova, aliás como o próprio Supremo Tribunal Federal vem firmando entendimento, a colaboração premiada deve ser cuidadosamente e prudentemente situada com o **mero indício probatório**. Na mesma linha de intelecção, ainda no plano doutrinário, **Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva** (*in* Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei nº 12.850/2013) defendem que **a colaboração premiada é mero instrumento probatório** (fonte de prova) e não prova, **não valendo as informações do colaborador como provas**. As declarações incriminadoras do *corrêu* caracem de consistência acusatória plena, devendo ser corroborada por provas reais da palavra.

Repita-se, não se pode perder de vista que a colaboração premiada muitas vezes pode servir para mascarar a verdadeira intenção do delator, por exemplo, desejo de vingança, tentativa de extorsão ou chantagem de terceiros. É tão real e plausível a

possibilidade de **utilização da colaboração premiada de forma abusiva** por parte do colaborador, que o **art. 19 da Lei nº 12.850/2013** tipifica como criminosa a conduta de imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas, cominando pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Assim, a **valoração da delação, como meio de prova superior, inquestionavelmente nos coloca no caminho da flagrante violação à garantia constitucional de presunção de inocência**, possibilitando a utilização do processo como mecanismo de chantagem. Aliás, de tal decorre a constatação muito bem lembrada por **Jose Carlos Cal Garcia Filho** (*in* “Delação premiada e devido processo legal”, Consulex : revista jurídica, v. 19, n. 433, p. 24-25, fev. 2015) da **mórbida semelhança entre os métodos inquisitivos e a delação premiada**, mormente em situações em que o delator se encontra segregado cautelarmente.

Com efeito, a **possibilidade de utilização da prisão cautelar, como forma de se constranger aquele que se encontra segregado cautelarmente a delatar os supostos corrêus**, tem sido alvo de enormes críticas. **Leonardo Alonso e Ludmila Leite Groch** (*in* “A delação premiada e seus requisitos legais”, Consulex : revista jurídica, v. 19, n. 433, p. 34-35, fev. 2015) lembram que a **decretação e manutenção de prisões cautelares** com o claro **objetivo de forçar a colaboração** por parte dos detidos/investigados, para além de implicar **violação a diversos princípios constitucionais, afetam diretamente a voluntariedade e espontaneidade** indispensáveis na colaboração premiada. **Luiz Flávio Gomes** (*in* “Delação premiada e a gangorra inquisitorial”, Consulex : revista jurídica, v. 19, n. 433, p. 30-31, fev. 2015.) vai além e vê, nas **prisões para delatar**, uma espécie de **extorsão premiada** e destaca em recente caso noticiado pela imprensa:

O Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, já disse que sua esperança é que as prisões provoquem a adesão dos demais presos ao instituto da deleção premiadas. Notas musicais tocadas que podem estar revelando uma nova sinfonia inquisitiva. O uso da prisão vira chantagem premiada. De forma mais ostensiva, o Procdurador Regional da República, Manoel Pastana, afirmou “contar com a possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar com a apuração da responsabilidade. Essa finalidade espúria embutida na prisão não está contemplada em nenhuma

parte do ordenamento jurídico brasileiro. Aberração que pode anular todas as provas. Castelo de Areia e Satiagraha são precedentes perigosos. Toda punição fora do Estado de Direito vira força bruta, despotismo e tirania.

Ainda sobre o tema, por oportuno, cabe rememorar **entrevista, concedida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello**, na qual destacou que **a ordem natural é apurar para, selada a culpa, executar a pena**, não vendo com bons olhos é a inversão de valores: **prender-se para depois apurar-se**. Afirma, ainda, que não concebe que se prenda para lograr-se da própria delação premiada, fazendo prova disso que, depois de obtida a delação, em diversos caso segue-se a soltura do delator.

Na mesma linha de intelecção tem-se **Miguel Reale Júnior** quando afirma que **a prisão para pressionar confissão desfigura a delação premiada**. Para ele, transformar a prisão, sem culpa reconhecida na sentença, em instrumento de constrangimento para forçar a delação, é uma proposta que repugna ao Estado de Direito: ou o acusado confessa e entrega seus cúmplices, ou permanece preso à espera do julgamento, com a possibilidade de condenação, mas passível de uma grande redução da pena se colaborar com as investigações. Evidentemente, não se compadece com o regime democrático que o Estado valha-se do uso da violência para extrair confissões. Prossegue salientando que, além do aspecto moralmente negativo e da afronta à integridade psíquica e física do investigado, essa finalidade outorgada à segregação cautelar desrespeita o devido processo legal. Com efeito, no artigo 4º da Lei de Organização Criminosa, se estabelece que, na delação, o indiciado deve ter colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal. Assim, é condição da delação a voluntariedade, sendo a prisão, como meio de pressão para confessar, o inverso da exigência de ser voluntária a delação, pois só há voluntariedade quando não se é coagido moral ou fisicamente. A delação há de ser voluntária, pouco importando se os motivos determinantes consistem em efetivo arrependimento face aos delitos cometidos ou em interesse desonesto, como o de Silvério dos Reis que delatou a Inconfidência Mineira em troca do perdão das dívidas fiscais e do recebimento de honrarias. A delação pode ser de interesse da defesa, mas deve, antes de tudo, ser voluntária. Isso não sucede com a que é conquistada por via da imposição de uma prisão injusta e desnecessária se ditada apenas pelo objetivo de se obter uma confissão. A prisão para delatar desfigura a delação. A luta contra o

cancro da corrupção não legitima que se recorra ao veneno do arbítrio e se passe por cima dos princípios constitucionais informativos do processo penal.

É bom que se registre que o próprio **art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.850/2013**, deixa transparecer a preocupação de claramente minimizar a já afirmada proximidade entre os **métodos inquisitivos e a delação premiada** ao prever que **o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia**. Ou seja, ao estabelecer que o sigilo da colaboração premiada legalmente previsto tem como limite o recebimento da denúncia, o legislador, manifestamente, levou em consideração o propósito de permitir que todos os atos a serem praticados pelas partes, a partir do recebimento da denúncia, devem, ao menos, poder levar em consideração o teor da colaboração premiada, afinal, a depender do conteúdo da colaboração premiada, as teses defensivas podem variar e isso é manifesto. É impensável, por exemplo, que as defesas dos corréus, surpreendidos com a colaboração premiada, sejam compelidas a apresentar suas respostas à acusação sem o conhecimento da íntegra da colaboração premiada. Nessa hipótese, por evidente, o conteúdo dessa peça de defesa certamente restará prejudicado. Tal discussão, inclusive, já foi levada à avaliação do **Superior Tribunal de Justiça** no julgamento do RHC 53.397/PR, Rel. **Ministro Newton Trisotto – Desembargador Convocado do TJ/SC**, Quinta Turma, julgado em 10/03/2015, DJe 24/06/2015, contudo, neste caso específico, o mérito do referido **recurso ordinário em habeas corpus** não chegou a ser analisado, tendo em conta que o recurso não foi sequer conhecido. Confira-se a ementa do mencionado julgado:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO "LAVA JATO". EXIBIÇÃO DE TERMOS DE "COLABORAÇÃO PREMIADA". INEXISTÊNCIA DE PROVA DO ATO JUDICIAL TIDO COMO VIOLADOR DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

01. Não pode ser conhecido o recurso em habeas corpus se não houve prova do ato judicial tido como violador do princípio da ampla defesa (negritei).

02. Recurso não conhecido.

(RHC 53.397/PR, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 24/06/2015)

Em outra ocasião, entretanto, o próprio **Superior Tribunal de Justiça** apreciou **questão por demais interessante** envolvendo a **aplicação do destacado dispositivo em relação a processos que se iniciaram antes da própria entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013 que se deu em 19 de setembro de 2013**. Na oportunidade, o **Ministro Sebastião Reis Junior**, em fundamentado voto, frise-se, seguido à unanimidade pelos demais Ministros integrantes da **Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça**, salientou o **caráter processual da norma** que prevê o levantamento do sigilo do termo de acordo de colaboração premiada após o recebimento da denúncia (**art. 7, § 3º, da Lei nº 12.850/2013**), de modo que **a sua aplicação a todo e qualquer processo deveria ser imediata** na medida em que o **art. 2º do Código de Processo Penal** consagra o **sistema de isolamento dos atos processuais**, segundo o qual a lei processual não atinge os atos processuais praticados sob a vigência da lei anterior, porém é aplicável aos atos processuais ainda não praticados, pouco importando a fase processual em que o feito se encontrar (**Renato Brasileiro de Lima** in “Curso de Processo Penal”, Volume Único, Ed. Impetus, 2013, página 68). Destacou, também, que a **aplicabilidade imediata** de tal regra processual serviria de medida em **respeito ao princípio constitucional da ampla defesa**, de modo que **não há direito adquirido ao sigilo dos acordos de colaboração premiada**, de maneira que **todos os atos processuais praticados após a entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013, em 19 de setembro de 2013, devem observar a aplicabilidade imediata da referida norma que veda o sigilo após o recebimento da denúncia**. Tal medida, por evidente, respeita o contido na **súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal**, segundo a qual “*é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.*” Pela **relevância do julgado** para o tema tratado neste artigo tomo a liberdade para transcrever a íntegra da ementa, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL, HOMICÍDIO QUALIFICADO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER E PORTE ILEGAL ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. IMPETRAÇÃO AJUIZADA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE INDEFERIU MEDIDA LIMINAR EM OUTRO WRIT. SÚMULA 691/STF. CONSTRANGIMENTO QUE

AUTORIZA A SUPERAÇÃO DO REFERIDO ÓBICE. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA LEI N. 12.850/2013 EM RELAÇÃO AO AFASTAMENTO DO SIGILO DOS ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA. ACUSAÇÃO JÁ RECEBIDA. OITIVA DOS RÉUS COLABORADORES AINDA NÃO REALIZADA. NORMA PROCESSUAL. APLICABILIDADE IMEDIATA. SISTEMA DE ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS (ART. 2º CPP). LEI N. 12.850/2013. NORMA PROCESSUAL MATERIAL OU MISTA. POSSIBILIDADE DE CISÃO. APLICABILIDADE IMEDIATA DAS DISPOSIÇÕES DE NATUREZA PROCESSUAL. RESERVA DAS NORMAS QUE TIPIFICAM CRIMES E SANÇÕES PARA OS CRIMES PRATICADOS APÓS A VIGÊNCIA. MEDIDA QUE RESSALTA A AMPLA DEFESA. DIREITO ADQUIRIDO AO SIGILO E ATO PROCESSUAL DE EFEITOS PRECLUSIVOS. INEXISTÊNCIA.

1. As Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte, na esteira do preceituado na Súmula 691/STF, têm entendimento pacificado no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus contra decisão de relator que indefere medida liminar em ação de igual natureza, ajuizada em Tribunais de segundo grau, salvo a hipótese de inquestionável teratologia ou ilegalidade manifesta. O caso dos autos autoriza a superação do referido óbice.

2. As instâncias ordinárias contestaram a alegação de cerceamento de defesa, decorrente da manutenção do sigilo dos acordos de delação premiada formulados com corréus, ao argumento, em síntese, de que o recebimento da denúncia ocorreu antes do advento da Lei n. 12.850/2013, a qual prevê que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso, assim que recebida a denúncia.

3. A Lei n. 12.850/2013, de um lado, tipifica crimes e, de outro, trata do procedimento criminal, sendo manifesto seu caráter misto, ou seja, possui regras de direito material e de direito processual, sendo a previsão do afastamento do sigilo dos acordos de delação premiada norma de natureza processual, devendo obedecer ao comando de aplicação imediata, previsto no art. 2º do Código de Processo Penal.

4. Não há óbice a que a parte material da Lei n. 12.850/2013 seja aplicada somente ao processo de crimes cometidos após a sua entrada em vigor e a parte processual siga a regra da aplicabilidade imediata prevista no Código de Processo Penal.

5. Nada impede a aplicação da norma que afasta o sigilo dos acordos de delação premiada, no estágio em que a ação penal se encontra, pois, além de já ter sido recebida a denúncia, momento que a lei exige para que seja afastado o sigilo, o Código de Processo Penal adotou, em

seu art. 2º, o sistema de isolamento dos atos processuais, segundo o qual a lei nova não atinge os atos processuais praticados sob a vigência da lei anterior, porém é aplicável as atos processuais que ainda não foram praticados, pouco importando a fase processual em que o feito se encontrar (LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal. Volume único, Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013, pág. 68).

6. Reforça a aplicação imediata da referida regra processual a observância do princípio constitucional da ampla defesa, uma vez que a norma trata da publicidade dos acordos de delação premiada aos demais corréus da ação penal.

7. Inexiste direito adquirido ao sigilo dos acordos de delação premiada e não se está a tratar da prática de um ato processual de efeitos preclusivos, situações que poderiam impedir a não aplicação da nova norma processual à ação penal em questão.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar que o Juízo de Direito da 1ª Vara Federal da 5ª Subseção Judiciária da comarca de Ponta Porã/MS afaste o sigilo dos acordos de delação premiada firmados com os corréus da Ação Penal n.

0001927-86.2012.4.03.6005.

(HC 282.253/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 25/04/2014)

Sendo assim, tomando-se em conta as colocações registradas, é possível extrair as seguintes **conclusões**:

a) a evolução legislativa da colaboração premiada teve início nas Ordenações Filipinas e foi repetida com variações em diversos diplomas legais;

b) nosso sistema processual penal é essencialmente acusatório, com nítida feição democrática, supondo uma completa igualdade entre acusação e defesa, de modo que a colaboração premiada não pode implicar desequilíbrio entre as partes, especialmente no que concerne à garantia de igualdade que deve existir em relação à efetiva participação no convencimento do magistrado;

c) a utilização da colaboração premiada, como único meio de prova, encontra, inclusive, proibição expressa em lei (art. 4º, § 16º, da Lei nº 12.850/2013), não se podendo cogitar, portanto, de acusação respaldada apenas nas declarações de corréu;

d) o contido no art. 197 do Código de Processo Penal, que dispõe a respeito do relativo valor da confissão, deve ter igual incidência no caso de colaboração

premiada, haja vista que se o próprio Código de Processo Penal não admite a confissão do acusado como prova absoluta, mesmo tendo em conta que ela produz efeitos jurídicos apenas para aquele que confessa a prática em determinada infração, com maior razão deve ocorrer com a colaboração premiada, na qual a esfera jurídica de outros é consideravelmente afetada;

e) o magistrado deve se cercar de todos os cuidados para que a colaboração premiada não vulnere o sistema acusatório ou impossibilite o pleno exercício do direito de defesa;

f) tomar a colaboração premiada como prova absoluta implica criar uma presunção de culpabilidade, quando o princípio da inocência tem previsão expressa no texto constitucional;

g) a existência de colaboração premiada em determinado processo não pode implicar indevida inversão do ônus da prova, reconhecidamente inexistente no processo penal;

h) as declarações de coimputado não podem, por si só, alterar o estado constitucional de inocência do acusado;

i) a colaboração premiada inquestionavelmente pode encobrir desejos obscuros de vingança e chantagem, facilitar e possibilitar extorsões etc.;

j) ao juiz da causa não é dado flertar com as muitas vezes sedutoras narrativas apresentadas pelo colaborador, desqualificando, *ab initio*, qualquer outra tese de defesa trazida pelos demais corréus, mormente quando se tem em conta que o colaborador é pessoa diretamente interessada no desfecho da causa;

k) a previsão contida no art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013, tem por um dos objetivos evitar o erro judiciário quando a fonte de prova é um coimputado, tamanha é a fragilidade de tal meio de prova;

l) o art. 19 da Lei nº 12.850/2013 tipifica a conduta daquele que se vale da colaboração com informações inverídicas;

m) há evidente semelhança entre os métodos inquisitivos e a delação premiada;

n) a decretação e manutenção de prisões cautelares com o claro objetivo de forçar a colaboração por parte dos detidos/investigados afetam diretamente a voluntariedade e espontaneidade indispensáveis na colaboração premiada;

o) o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia por expressa determinação legal;

p) o caráter processual da norma que prevê o levantamento do sigilo do termo de acordo de colaboração premiada, após o recebimento da denúncia, impõe a sua aplicação a todo e qualquer processo na medida em que o art. 2º do Código de Processo Penal consagra o sistema de isolamento dos atos processuais;

q) não há direito adquirido ao sigilo dos acordos de colaboração premiada;

r) todos os atos processuais praticados, após a entrada em vigor da Lei nº 12.850/2013, em 19 de setembro de 2013, devem observar a aplicabilidade imediata da referida norma que veda o sigilo após o recebimento da denúncia.