



Emerson Paxá: Colaborador deve se vincular ao que lhe é imputado

23/12/2018

No contexto das grandes operações policiais dos últimos tempos, sobretudo em âmbito federal, notabilizou-se a utilização do instituto processual da colaboração premiada (ou comumente conhecida como delação premiada) como um importante instrumento de investigação colocado à disposição das autoridades de persecução penal na apuração de fatos criminosos praticados por organizações criminosas.

O instituto no Brasil, não é novo, e sua origem é bem mais antiga que os casos do mensalão ou da assim denominada operação "lava jato". Contudo, o método de investigação da colaboração premiada somente assume balizas legais mais bem delimitadas a partir da promulgação da Lei 12.850/2013 e, por isso, mais larga utilização no cenário das grandes investigações policiais dos últimos tempos.

A sua institucionalização na ordem processual interna rendeu — e rende — inúmeras críticas acerca da constitucionalidade da medida em face do sistema processual adotado expressamente pela Constituição da República em vigor, assim como a sua incompatibilidade com a tradição processual penal brasileira e o modelo de justiça penal aqui adotado. Ainda, questões de ordem ética são apresentadas em desfavor da medida, ao se permitir ao Estado negociar com um criminoso confesso benefícios em seu favor, em troca de que o mesmo entregue provas do cometimento de delitos por seus parceiros no crime.

Nada obstante concordemos com grande parte das críticas que lhe são tecidas, não há como se discordar que o instituto da colaboração premiada é uma realidade no processo penal brasileiro e tem sido diuturnamente utilizado nos casos criminais que envolvem grandes episódios de corrupção geralmente associadas, no caso brasileiro, à criminalidade organizada.

Apesar das críticas, desde a sua vigência, outras inúmeros celeumas de ordem prática têm surgido em casos julgados, razão pela qual é preciso estabelecer contornos mais precisos no seu campo operacional.

Um dos mais especiosos problemas que surgem no dia-a-dia, certamente, é o uso da delação como fonte de incriminação de fatos heterônomos àqueles imputados ao delator.

Exemplificamos: o colaborador, no contexto das apurações, é acusado da prática do crime A, imputados também aos agentes X, Y e Z, colaborando com a imputação e comprovação do fato A, mas, no acordo formalizado, compromete-se a fornecer provas e testemunhar sobre os fatos B, C e D, delitos para os quais não concorreu, todavia, delatando outros agentes.

O ponto central do presente texto se cinge a discutir, portanto, se pode a colaboração premiada — incluindo-se os testemunhos prestados pelo colaborador, as provas por ele indicadas, o acordo firmado, eventuais compromissos processuais assumidos e benefícios a ele concedidos

— se ocupar de fatos criminosos estranhos àqueles que são imputados ao colaborador.

Primeiramente, a resposta à indagação acima oferecida passa necessariamente pela definição da natureza jurídica — ou o conceito — que o instituto da colaboração premiada assume dentro da estrutura categorial do processo penal no Brasil, estabelecendo-se diferenciações, finalidade, critérios de aplicação e limites à sua utilização.

Sem embargo, não parece haver dúvidas de que a colaboração premiada é instrumento voltado à verificação da verdade — que não é a vetusta e malsinada verdade real — de um fato, certo e determinado, supostamente criminoso. Portanto, é no bojo da atividade probatória que se insere o instituto da colaboração premiada, porquanto se ocupa da confirmação de um acontecimento histórico que deve ser reconstruído no âmbito do processo, um dos pressupostos legitimadores da prolação de uma decisão justa[1].

Destacado isso, impõe-se questionar: é a colaboração premiada meio de prova propriamente dito ou meio de obtenção de prova (meio de pesquisa de prova, meio de investigação de prova)?

Há quem compreenda que o instituto da colaboração premiada é efetivamente meio de prova[2], pois o testemunho do delator, durante a instrução processual, pode ser levado em consideração para formar a convicção judicial a respeito da tese acusatória e, também, porquanto o mesmo deveria, por imposição legal, abrir mão do seu direito ao silêncio, devendo, desse modo, não faltar com a verdade em seu depoimento.

Por outro lado, a compreensão da referida categoria processual como meio de obtenção de prova se demonstra mais acertada. Assim nos parece, pois o próprio artigo 3º, da Lei 12.850/2013, ao estipular o rol de medidas de apuração e investigação típicos do procedimento particular aos crimes de participação em organização criminosa, os denomina sob a rubrica de meios de obtenção de prova e, logo no inciso I, faz constar a colaboração premiada como tal.

Ademais, assoma que o colaborador, uma vez celebrado o acordo, assume o compromisso de fornecer às autoridades de persecução, nomeadamente ao Ministério Público, elementos comprobatórios dos fatos delatados, como a indicação de locais onde determinada prova pode ser colhida, fornecimento de senhas, indicação do local onde a vítima pode ser encontrada, entrega de documentos, apontamento de possíveis testemunhas, muitas vezes com o estabelecimento de prazo para o seu cumprimento (vide o caso Joesley Batista) como condições do acordo (artigo 6º, II, Lei 12.850/13), sob pena de não fruição dos benefícios acordados.

Ainda, e de modo mais evidente, está a determinação legal contida no § 16, do artigo 4º, da Lei 12.850/13, de que eventual sentença condenatória jamais poderá ser proferida unicamente com base nas declarações levadas a efeito pelo delator, o que aponta, sobremodo, na direção de que, embora possam ser as suas declarações valoradas por ocasião da sentença, constituem prova em sentido estrito, apenas as chamadas provas de corroboração da versão apresentada pelo réu colaborador, sejam aquelas apresentadas pelo próprio delator, como condição da avença, sejam aquelas que se viabilizaram a partir de sua colaboração, ou ainda provas que tenham sido adquiridas por intermédio de mecanismos tradicionais de investigação, mas todas respeitando o rito processual para sua produção.

Some-se a isso a impossibilidade de se admitir condenação lastreada unicamente no cruzamento da versão do delator com o testemunho de outros colaboradores, como forma de corroboração da versão delacional, o que se convencionou chamar de “corroboração recíproca ou cruzada”, segundo já apontava a lição de Gustavo Badaró[3], expressamente encampada na percuente Decisão proferida na PET 5.700-DF, de lavra do ministro Celso de Mello.

A questão, segundo nos parece, foi suficientemente enfrentada no julgamento do Habeas Corpus 127.483/PR, de relatoria do ministro Dias Toffoli, concluindo-se, nos termos do voto do relator, que “a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, destina-se à ‘aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória’, razão por que não constitui meio de prova propriamente dito.”. Julgamento esse que é expressamente citado na recente decisão proferida nos autos da PET 5.700/DF pelo decano do Supremo, o ministro Celso de Melo.

Desse modo, nos parece evidente — embora não isenta de críticas — que o instituto da delação premiada figura, no processo penal brasileiro, como um autêntico meio de obtenção de prova.

Partindo de tal premissa, verifica-se que, no processo penal, os meios de obtenção de prova, não se constituindo na prova processual em sentido estrito, têm por finalidade assegurar a introdução de elementos de convicção no processo para que sirvam, ao final, à formação da convicção judicial a respeito da existência ou não de um dado evento histórico.

Tal fenômeno ocorre também com as medidas de busca e apreensão, de interceptação de comunicações telefônicas, telemáticas e de informática, das quebras de sigilo bancário e fiscal, todas visando assegurar a produção de prova que, contribuindo para a verificação dos fatos discutidos no processo, serão objeto de apreciação judicial no momento adequado.

Os meios de obtenção de prova, por que têm por objetivo garantir a atividade instrutória do processo, assumem viés de verdadeiras medidas cautelares probatórias no processo penal. Nesse sentido, está o magistério de Antonio Scarance Fernandes[4], em sua clássica obra “Processo Penal Constitucional”, ao destacar que as medidas cautelares no processo penal se dividem “em *pessoais* — incidentes sobre o suspeito, o acusado ou o indiciado; *reais* — direcionadas à garantia do dano ou à perda do produto do crime; *probatórias* — destinadas a assegurar a instrução do processo.” (grifamos), destacando que semelhante fenômeno ocorre nos Códigos de Processo Penal italiano e português.

Portanto, tendo a colaboração premiada a função de contribuir com a atividade epistêmica de verificação dos fatos tratados — ou a serem tratados — no bojo da atividade processual, assegurando ou garantindo a introdução de provas que, valoradas, podem confirmar ou refutar a pretensão acusatória, tal como os demais meios de obtenção de prova citados anteriormente, consubstancia-se em autêntica medida cautelar probatória.

A constatação aqui feita assume relevância, na medida em que, a partir disso, a operacionalização da delação premiada recobra a obediência a todos os princípios que regem a tutela cautelar no processo penal.

No problema aqui posto, especial importância tem o influxo do princípio da referibilidade, imanente à teoria geral da tutela cautelar, a demandar que a medida cautelar decretada tem por visto assegurar a situação concreta de direito material que é objeto de discussão no processo; no processo penal, assegurar a específica infração penal tratada no processo-crime, imputada a específicos acusados.

Gustavo Badaró[5] é assertivo ao destacar que “No processo penal, a tutela cautelar assegura um direito acautelado, no caso, o hipotético direito de punir relativo a crime específico, objeto da imputação formulada na denúncia do processo em relação ao qual a cautelar se mostra necessária.”.

Sob a ótica da referibilidade, a título de exemplo, não se pode decretar uma medida cautelar real de sequestro de bens em processo que trate da apuração de um crime de corrupção passiva, sobre coisa adquirida com os proventos de, por exemplo, um delito de roubo ou tráfico de drogas, que não são discutidos naquele processo, mesmo que evidente a sua proveniência criminosa, sob pena de violação manifesta ao princípio sub examine e flagrante excesso da constrição[6].

No caso da colaboração premiada, enquanto meio de obtenção de prova que é e, portanto, medida cautelar probatória, o raciocínio é idêntico. Ou seja, não se mostra possível admitir que o réu, na condição de agente colaborador, preste depoimento, indique provas ou traga aos autos outros elementos de convicção, recebendo prêmios processuais por isso, a respeito de fatos que não sejam a ele diretamente imputados, sob pena de ferimento ao princípio da referibilidade em matéria cautelar, vinculando-se somente ao fato que lhe é imputado.

É claro, por outro lado, que tal limitação de ordem assecuratória da prova, não impede que o mesmo deponha na condição de testemunha, colaborando com as investigações, como informante ou mesmo denunciante, ou com a própria atividade instrutória do processo, mas, se assim o fizer, fará despido da promessa de qualquer recompensa processual ou de direito material, pela colaboração. Isso porque sua colaboração não diz respeito à imputação a ele atribuída, ou seja, não está ligada a uma situação de direito material a ele referida e cuja prova visa ser assegurada pela via de sua colaboração premiada.

Afora a preservação de uma certa lógica sistêmica da atividade processual em razão da observância do princípio da referibilidade, a operacionalização da colaboração premiada em favor do réu colaborador (com sua execução no plano processual e fruição, pelo delator, dos benefícios avançados) unicamente por fatos a ele imputados, também se mostra como um verdadeiro mecanismo de coibir práticas arbitrárias por parte de agentes encarregados da persecução penal contra a figura do próprio agente colaborador e, mais ainda, contra os réus possivelmente delatados.

Não se afigura difícil imaginar, por exemplo, que diante da instauração — ou promessa de instauração — de investigação e a ameaça de condenação a penas elevadas pela prática de crimes graves, contra agente que ocupa posição estratégica dentro de um determinado organismo estatal ou empresarial, no seio do qual se investiga a prática de crimes, pode se concretizar em elemento de manobra eficaz, que facilmente habilitará o combatido agente à

delação de outros supostos membros da alegada organização criminosa, ainda que a acusação seja frágil ou que os fatos cuja ameaça de condenação se faz em princípio sejam inexistentes ou configurem um indiferente penal.

A possibilidade de arbítrio e abuso de poder persecutório, na hipótese aqui levantada, agrava-se em demasiado quando prisões cautelares desnecessárias são utilizadas nesse cenário, e a liberdade do colaborador é moeda de barganha nas negociações levadas a efeito, em troca da delação de membros tidos por mais importantes no contexto das investigações.

Pode parecer, em princípio, um exagerado exemplo, mas, de plano, é possível citar o recente caso do ex-senador Delcídio do Amaral que, após gravação cuja legalidade é duvidosa, foi preso, realizou acordo de colaboração premiada, teve seu mandato cassado, e recentemente foi absolvido da prática do crime pelo qual restou inicialmente preso em “flagrante delito”.

Por um último espectro, vincular o acordo de colaboração premiada – sobretudo porque a avença presume a confissão da prática criminosa pelo réu colaborador — apenas e tão somente aos fatos que a ele são imputados, conquanto não garanta a verificabilidade epistêmica da versão apresentada pelo colaborador, ilide exponencialmente a possibilidade de delações falaciosas ou com o intento meramente incriminatório, haja visto que, dessa forma, o colaborador confessará a prática do mesmo delito que, por ele, é atribuído a outros acusados, em concurso de pessoas, enfrentando as consequências de suas próprias declarações e, por essas estritas imputações, usufruindo da premiação acordada.

Em conclusão, concebida como meio de obtenção de prova e, desse modo, autêntica medida cautelar probatória, a colaboração premiada — incluídos os fatos apurados, as provas de corroboração fornecidas pelo colaborador, seu depoimento e os benefícios avençados — deve estar especificamente atrelada à constatação dos eventos criminosos para os quais tenha, em tese, concorrido o colaborador, em coautoria ou participação, com outros dos acusados eventualmente delatados, não podendo, sob nenhum outro aspecto, ocupar-se de fatos estranhos à contribuição causal ou intelectual do agente colaborador, sob pena de inescapável violação ao princípio cautelar da referibilidade.

Como efeito, o surgimento ou o conhecimento de qualquer evento criminoso por intermédio da atividade do colaborador, sendo estranho aos fatos que contam com a sua participação, podem no máximo servir de *notitia criminis* para fins de instauração de nova investigação acerca do fato desconhecido, mas não prova hábil à verificabilidade de um fato imputado a terceiros. Ainda, seu depoimento judicial pode ser colhido e servir como elemento de prova, todavia apenas na condição de testemunha numerária da acusação e sem os benefícios decorrentes da colaboração premiada, os quais também devem se limitar à comprovação estrita do fato praticado pelo colaborador, devendo o juiz apreciar o cumprimento do princípio da referibilidade pelo acordo avençado já no momento de sua homologação.

1 TARUFFO, Michele, idee per una teoria dela decisione giusta, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1997, p. 319/320.

2 Nesse sentido está a lição de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Cezar Busato em Comentários à lei de organização criminosa : Lei 12.850/2013. São Paulo - : Saraiva, 2014.

3 BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013.

4 FERNANDES, Antonio Scaranse. Processo penal constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 287

5 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 6 ed. - São Paulo : Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 1032.

6 O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu, no julgamento do Inquérito Policial 2.248/DF, que: “Nos termos do art. 4º da Lei Antilavagem, somente podem ser indisponibilizados bens, direitos ou valores sob fundada suspeição de guardarem vinculação com o delito de lavagem de capitais. Patrimônio diverso, que nem mesmo indiretamente se vincule às infrações referidas na Lei 9.613/1998, não se expõe a medidas de constrição cautelar, por ausência de expressa autorização legal.”

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-dez-23/emerson-paxa-colaborador-vincular-lhe-imputado/>