



Gustavo Badaró: a figura específica do colaborador premiado

24/09/2019

Recentemente, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo no HC nº 157.627/PR, anulou um processo da denominada “operação lava jato”, em razão da ordem de apresentação de memoriais. A decisão chamou atenção para um dos inúmeros problemas da insuficiente disciplina legal da colaboração premiada: qual a ordem de apresentação dos memoriais, no processo em que o colaborador premiado também figura como corréu junto aos delatados.

Não havendo regra legal, a resposta deve ser buscada na natureza da colaboração premiada e, por conseguinte, da figura do colaborador premiado. Definir da natureza do colaborador é relevante para determinar a natureza jurídica da colaboração premiada.

Não há como negar que a atividade do colaborador envolve prestar declarações que tragam elementos sobre outras pessoas integrantes da organização criminosa, as tarefas por elas desenvolvidas e os crimes para os quais concorreu. Assim, o conteúdo das “declarações do colaborador” (§ 7º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013) – a lei não se refere a interrogatório, como no caso dos acusados, ou depoimento, como para as testemunhas – será diretamente valorável pelo julgador. Há, porém, um déficit de potencial probatório, na medida em que “nenhuma sentença condenatória será proferida apenas com fundamento nas declarações de agente colaborador” (§ 16 do art. 4º)

Justamente pela necessidade de que haja elementos de corroboração, é que também se atribui à colaboração a natureza de meio de obtenção de prova.^[1] Aliás, esse é claramente o sentido do art. 3º da Lei 12.850/2013 que elenca a colaboração premiada entre os “meios de obtenção da prova” que poderão ser utilizados em qualquer fase da persecução penal contra organizações criminosas.

Todavia, não é possível considerar que a colaboração premiada, como um todo, seja um meio de obtenção de prova. Já se viu que os meios de obtenção de prova não são diretamente valoráveis pelo juiz. E, se fosse pura e simplesmente um meio de obtenção de prova, a colaboração – enquanto conteúdo do que foi declarado pelo colaborador – em si não seria diretamente valorável pelo magistrado. O teor do que foi declarado apenas permitiria que, perante as informações dadas pelo colaborador, fontes ou elementos de prova pudessem vir a ser obtidos e, estes sim, seriam valorados e influenciariam o convencimento judicial.

Diante dessa insuficiência dos dois posicionamentos puros, fatalmente surge uma posição mista, que no mais das vezes, não resolve o problema, quando não ocorre o pior: cria problemas adicionais. A colaboração premiada seria, então, tanto um meio de prova, no que diz respeito às declarações do colaborador e, portanto, diretamente valoráveis pelo juiz, quanto um meio de obtenção de prova, a partir da necessidade de que sejam descobertos e levados ao processo outros elementos de corroboração da declaração heteroincriminatórias.

Esta última posição como classificação é inútil e não resolve qualquer problema que poderia ser solucionado, pois não facilita a submissão da colaboração premiada a um regime jurídico, seja dos meios de prova fosse, ou a outro regime, caso dos meio de obtenção de prova.

Em suma, não é possível extrair do regime jurídico dado à colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013 uma conclusão segura e, sobretudo, praticamente útil, em classificar a colaboração premiada exclusivamente como um meio de prova, ou apenas como meio de obtenção de prova. Por outro lado, considerá-la como um instituto de natureza “mista”, isto é, como meio de prova e também como meio de obtenção de prova, pouco ou nada representa.[2]

Assim sendo, e ante a omissão legislativa quando ao momento em que o colaborador deve prestar as suas declarações e quanto à ordem de apresentação de memoriais, a melhor forma de colmatar a lacuna não será buscando as regras gerais de uma ou outra espécie: os princípios que regem o processo penal.

A posição do colaborador premiado ao longo da instrução foi o ponto mais negligenciado na disciplina legal do instituto. A Lei 12.850/2013 regrou a colaboração premiada em três etapas ou fases distintas: (i) fase de negociação e acordo; (ii) fase de homologação judicial; (iii) fase de sentença, em que se decidirá sobre a efetividade do cumprimento do acordo, aplicando-se o benefício proposto.

A Lei nº 12.850 não disciplinou, porém, como se darão as declarações do colaborador em juízo; quem deverá formular as perguntas e a sequência ou ordem de quem fará as indagações. Também não disciplinou, e este é o ponto, a ordem de apresentação dos memoriais especificamente no que diz respeito ao colaborador premiado e os delatados que são corréus no mesmo processo.

Um ponto de partida relevante é destacar a posição do colaborador premiado em relação ao processo em que se pretende valorar as suas declarações, a partir da seguinte distinção: (i) o colaborador premiado é corréu no mesmo processo em que se apura a responsabilidade dos delatados; (ii) o colaborador premiado não é réu no processo em que são acusados os delatados. [3]

Essa dualidade de posições terá reflexo tanto quanto ao momento de oitiva do colaborador premiado, na ordem das formulações de perguntas ao colaborador e, por fim, quanto à ordem de apresentação de memoriais.

No primeiro caso, sendo corréu, o colaborador deverá fornecer sua versão dos fatos, em seu interrogatório; no segundo caso, não sendo parte no processo, suas declarações, em regime anômalo, deverão ser colhidas de modo semelhante ao depoimento das testemunhas[4] e, considerando seu claro potencial incriminatório, deverá ser ouvido antes ou conjuntamente com as testemunhas de acusação.[5] O que não se poderá admitir, sob pena de violar a ampla defesa e o direito à prova defensiva, é que suas declarações se deem durante ou após a oitiva das testemunhas de defesa, sob pena de inviabilizar o exercício de contraprova.

Concluída a instrução, segue-se o interrogatório dos acusados. Evidente que quanto à ordem do interrogatório somente haverá problema no caso em que o colaborador for correu no mesmo

processo. O CPP apenas prevê que o interrogatório somente ocorrerá ao final da instrução (art. 400, *caput*), nada disciplinando sobre a ordem de interrogatórios quando há corréus. No caso em que não há réu colaborador, a ordem de oitiva parece irrelevante. Cada um dos acusados terá, em seu interrogatório, apenas e tão-somente um momento de exercício da autodefesa.

Por outro lado, no caso em que há colaboradores e delatados a serem interrogados, não havendo disciplina específica no CPP nem na Lei nº 12.850/2013, a lacuna deve ser suprida pela aplicação do princípio da ampla defesa. O próprio deslocamento do interrogatório do momento inicial da instrução para após o seu término, promovido pela Reforma de 2008, visou permitir que o acusado possa exercer sua autodefesa – ou até mesmo optar por renunciar ao seu exercício, permanecendo calado – já tendo um conhecimento completo de toda a prova produzida e, em especial, dos elementos incriminatórios colhidos na instrução. Por tudo isso, *a ordem deve ser: primeiro interroga-se o colaborador, e depois, os corréus delatados.*

Finalmente, coloca-se o problema da ordem da apresentação das alegações finais. Dificilmente, pela complexidade dos casos, será adequada a realização de debates orais. A questão, portanto, cinge-se à ordem de apresentação de memoriais. O CPP limita-se a prever que as alegações finais orais serão apresentadas, “respectivamente, pela acusação e pela defesa” (art. 403, *caput*). E, no caso de conversão em memoriais, o juiz deverá “conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais” (art. 403, § 3º). Interpretando o parágrafo, segundo a regra geral da cabeça do artigo, fica evidente que as partes serão, primeiro a acusação e depois a defesa.

Novamente, não há previsão expressa no caso de haver corréu colaborador. Mas é inegável que o acusado tem o direito de conhecer a síntese argumentativa da acusação existente contra ele, quando da apresentação de suas alegações finais. A ordem dos memoriais é: primeiro a acusação, depois a defesa. Pela aplicação da garantia da ampla defesa, *a ordem deve ser: memoriais do Ministério Público; memoriais do colaborador premiado; memoriais do correu delatado.*

Resta analisar o que acontece em caso de desrespeito a tal ordem dos atos processuais.

Se a violação da ordem da apresentação dos memoriais for considerada nulidade sanável – comumente denominada relativa – o vício não gerará nulidade, caso não tenha sido alegado no momento oportuno, quando da apresentação do próprio memorial (CPP, art. 571, II). Por outro lado, se for considerada nulidade insanável, poderá ser alegada a todo tempo e grau de jurisdição, não tendo incidência o art. 572 do CPP.

Ainda assim, a jurisprudência tem exigido, corretamente, que em todo e qualquer caso de nulidade haja a demonstração do prejuízo. Toda nulidade exige um prejuízo. Não se anula o ato se de sua atipicidade não decorreu prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 563). O art. 566 do CPP completa tal regime de flexibilização das formas ao dispor que não se declara a nulidade que não houver influído na “apuração da verdade” ou na “decisão da causa”. Trata-se da conhecida máxima *pas de nullité sans grief*.

Todavia, como no processo penal as formas são garantias do acusado contra o exercício do poder punitivo estatal, o que confere um status superior à função da tipicidade das formas, não

se pode partir da premissa de que as atipicidades sejam irrelevantes. Em regra, o não cumprir a forma ou não observar os elementos que integram o ato processual típico causará prejuízo, sob pena de se considerar que o legislador estabeleceu uma forma ou elemento irrelevante e inútil para a consecução do fim que se pretende atingir. Por isso, temos insistido que, no sistema das nulidades processuais penais deve haver uma inversão de sinais. Seja nas chamadas nulidades absolutas (insanáveis), seja nas nulidades relativas (sanáveis), a atipicidade do ato, em regra, prejudicará a sua finalidade, embora nem todo ato atípico será um ato nulo.

A parte que alegar a nulidade deverá demonstrar a prática concreta do ato em desconformidade com o modelo típico do ato processual. Tal atipicidade, por si só, não será suficiente para que fique caracterizada a nulidade. Deverá, ainda, haver um prejuízo à finalidade pela qual a forma não observada foi violada.

Resta definir, quem deverá demonstra o prejuízo. E este é o ponto fundamental em que temos insistido: a parte que alega uma nulidade, deverá demonstrar que o ato foi praticado de forma atípica, mas não lhe incumbirá demonstrar ou “provar” o prejuízo. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, que foi desrespeitada num ato concreto, o normal é que tal atipicidade gere prejuízo. E diante da atipicidade, não será a parte que terá de demonstrar o prejuízo. O correto é o inverso: a manutenção da eficácia do ato atípico ficará na dependência da demonstração de que a atipicidade não causou prejuízo algum. E será o juiz – a quem incumbe zelar pela regularidade do processo e observância da lei – que, para manter a eficácia do ato atípico, deverá expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade.

Ao mais, não se pode ignorar que, no caso de uma nulidade, a “demonstração” ou “prova” do prejuízo não se dará da mesma maneira que a “prova de um fato”. A alegação de um fato passado poderá ser verdadeira ou falsa. A parte poderá provar, isto é, demonstrar que, na realidade, os fatos se passaram como afirmado. Já o “prejuízo” não é um fato, mas sim uma perda de uma chance de se obter uma melhor posição processual, caso tivesse o processo seguido o modelo legal. Trata-se, pois, de uma “prova” em termos lógico-argumentativos, expondo como poderia haver uma melhora na situação da parte prejudicada pela inobservância da forma ou modelo legal

No caso de apresentação simultânea de memoriais, pelo colaborador premiado e pelos corréus do mesmo processo, por ele delatados, por exemplo, não haverá prejuízo no caso dos corréus em relação aos quais o memorial do colaborador não fizer menção. Também não haverá prejuízo no caso em que o memorial do colaborador não acrescentar nada de novo ao que já constar do memorial do Ministério Público, quanto ao corréu delatado. Uma situação mais delicada será aquela em que o memorial do colaborador traga informações incriminatórias de corréu ou mesmo faça inferências probatórias sobre a culpa de um delatado, mas essa situação constante do memorial não for utilizada na fundamentação da sentença para justificar a condenação deste. Em princípio, também não haverá prejuízo em tal situação.

Em suma, no silêncio da Lei 12.850/2013 e do CPP, no caso de colaborador premiado que seja correu no processo junto com os delatados, a ordem do interrogatório e dos memoriais deverá levar em conta o caráter incriminatório e especial do colaborador. Assim sendo, primeiro se

interroga o colaborador; depois, o corréu delatado. O mesmo valerá para a apresentação dos memoriais, que deverão ser apresentados: pelo Ministério Público; pelo assistente de acusação, se houver; depois pelo réu colaborador e, por último, pelo réu delatado.

No regime do CPP, não há previsão de que o vício decorrente do desrespeito de tal ordem gere nulidade insanável ou sanável. Em regra, a inobservância da ordem de realização do interrogatório ou da apresentação de memoriais implicará prejuízo aos acusados, por restringir o exercício da ampla defesa. Excepcionalmente, nos casos em que argumentativamente a autoridade judiciária demonstrar que, mesmo o ato tendo sido realizado em desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa, não houve prejuízo concreto, não se decretará a nulidade.

Este texto é uma versão reduzida. Clique [aqui](#) para ler o artigo completo.

[1] Nesse sentido: STF, HC 127.483/PN, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.

[2] Essa conclusão já era apontada por nós, no artigo: Gustavo Badaró, A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?

[3] *Processo Penal*, 7 ed. São Paulo: RT, 2019, p. 477.

[4] O STF, sob a égide da Lei nº 9.897/1999, admitiu a oitiva de colaboradores, como testemunhas: STF, Ap nº 470 QO-terceira/MG, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23.10.2008, m.v., RTJ 211/37; STF, Ap nº 470 QO-sétimo/MG, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 18.06.2009, v.u.; STF, RHC , 2ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 01.10.2013, v.u. No mesmo sentido tem se posicionado o STJ, RHC 67.493/PR, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j.19.04.2016, v.u.

[5] Nesse sentido: Vladimir Aras, O réu colaborador como testemunha. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 221.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-set-24/gustavo-badaro-figura-especifica-colaborador-premiado/>