Opinião: Por que temer a atual dinâmica da colaboração premiada

Em tempos de questionamento da validade da cognominada Operação Lava Jato, dada a revelada parcialidade dos principais atores de sua condução, subsiste pertinente discussão acerca do controle do principal meio de prova manejado naquele cenário, qual seja o depoimento dos signatários de acordos de colaboração premiada, estes que justificaram inúmeras investigações, denúncias e condenações criminais.

A Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), para além de ter atendido antiga demanda jurisprudencial e doutrinária ao conferir contornos mais sólidos à definição de organização criminosa, passou a dispor sobre a persecução criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, ainda que parco, a ser adotado nos casos que envolvam a criminalidade organizada, revogando, por seu turno, a Lei nº 9.034/1995.

Conforme explica Michelle Barbosa de Brito, “entre os meios de obtenção de prova permitidos em qualquer fase da persecução penal, previstos no artigo 3º da Lei nº 12.850, a delação premiada, sob a denominação ‘colaboração premiada’, ganhou disciplina procedimental nos artigos 4º, 5º, 6º e 7º da mesma lei” [\[1\]](#).

Dotado de contumaz relevância, foi o artigo 4º da Lei que trouxe prenúncios do tão aclamado horizonte procedimental às negociações dos acordos de colaboração premiada, tal como estabeleceu uma relevante regra legal de valoração, que diz respeito à utilização do depoimento do agente colaborador como elemento formador da convicção judicial contra aqueles que figuram como coautores ou partícipes na narrativa adotada pelo delator.

Nesse sentido, dispôs-se que as declarações do colaborador não poderão servir como fundamento único de sentença condenatória, devendo ser acompanhadas de outros elementos de prova que corroborem seu conteúdo [\[2\]](#). Esse era, inclusive, o entendimento que vinha sendo adotado pela jurisprudência pátria em relação às delações premiadas antes mesmo da edição da Lei nº 12.850/2013 [\[3\]](#).

A este ponto, revela-se que o legislador buscou, acertadamente, reforçar a garantia constitucional da presunção de inocência e balizar o que raciocínio epistêmico já assegurava: que a colaboração isoladamente não é apta a superar o standard de prova necessário para a conclusão pela condenação [\[4\]](#).

Valendo-se de idêntico raciocínio, igualmente resta crível afirmar que os pontuais depoimentos dos colaboradores não interessam à propositura de uma ação penal, mas tão somente ao pontapé inicial das atividades investigativas. A afirmativa continua válida ainda que se tenha em conta que o grau de exigência probatória nesta fase processual seja diminuto, pois maior relevância possui a evitação do risco de se fazer submeter uma pessoa inocente aos estigmas de indevida persecução penal.

Com base nessas preocupações, entendeu o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Inquérito nº 4074, que “a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade

suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*". [5]

Embora a mencionada disposição valorativa seja de extrema importância para conferir limitações ao uso do instituto da colaboração premiada e restabelecer a racionalidade sistêmica no que tange à reconhecida probante, o problema central que o cerca remonta à própria forma como é conduzido o processo de negociação dos acordos, que faz ruir a credibilidade do meio probatório como um todo.

A busca da verdade no processo deve ser, idealmente, alcançada por um conjunto de atividades de produção e valoração de provas, inteiramente permeadas e limitadas pelas garantias constitucionais. Isso, ao final, leva ao julgador apenas os elementos que serão efetivamente aptos a formarem a sua convicção acerca de determinado complexo fático.

Ocorre que, no caso na colaboração premiada, notadamente em face dos atuais moldes que balizam sua condução, mostra-se impossível alcançar elemento que possua o mínimo de confiabilidade exigida para fins de convencimento do magistrado.

As negociações referentes ao acordo, inclusive a barganha sobre o conteúdo dos depoimentos como condição para firmar seus termos, a coleta dos depoimentos e das provas corroborativas, tal como as investidas acusatórias, já no bojo de um procedimento criminal, são todas feitas pelo mesmo órgão, quando não pelos mesmos agentes que integram o próprio procedimento em específico.

A atuação dos promotores e procuradores na condução do procedimento é autorregulada pelo órgão, tão somente nos termos da Orientação Conjunta nº 01/2018, esta que ainda não encontrou ressonância na integralidade das negociações de acordos levadas a cabo pelo Parquet, o que referenda a já tão acentuada subjetividade.

Ainda, os acordos que serão subsequentemente firmados, especialmente em se tratando de um amplo grupo de colaboradores, necessariamente enquadram-se em uma narrativa pré-determinada, quase que em um movimento esquizofrênico do órgão ministerial que, pretendendo atribuir maior força aos depoimentos ora colhidos, força a sua adequação àqueles anteriormente prestados, retirando-lhes a fidedignidade. Remete-se, assim, quase que ao raciocínio de que os fins justificam os meios.

Não havendo regulação eficaz do procedimento, o uso do instituto abre um completo espaço de poder que é preenchido com a discricionariedade dos membros do órgão acusatório ou das autoridades policiais, deixando os acusados em situação de agravada vulnerabilidade, completamente destoante das estruturas de um sistema jurídico que se diz democrático.

Os julgadores, por sua vez, ressalvadas suas respectivas atuações, deixam a desejar nos três momentos em que lhes compete o exercício do controle jurisdicional: na homologação do acordo, na valoração e ponderação das provas e no reconhecimento ou não da efetiva colaboração do agente delator.

No momento da homologação, seja pela confiabilidade e proximidade entre juízes e promotores, seja pela crença de que haverá um controle jurisdicional mais rígido em momento posterior, não são satisfatoriamente avaliados os seus termos, as circunstâncias em que foram firmados, tampouco a

consistência dos elementos apresentados, muitas vezes recheados de graves contradições internas que, se não refreadas neste momento inicial, ensejarão gravosas consequências aos supostos delatados.

Em fraco oposto, na realidade, reputam-se seus termos como inquestionáveis e compromete-se a técnica adequada para a valoração da prova, cuja consideração exigiria o teste do conteúdo produzido e a refutação das teorias que se direcionem a assegurar o reconhecimento da inocência do acusado, situação que inequivocamente conduz ao nefasto decisionismo e à parcialidade. Logo, ante as latentes falhas na própria concepção do acordo, coloca-se em xeque tudo o que deles provier.

O cenário retorna à concepção de que o fim último do processo é a verdade material, não importando a forma ou os meios aplicados a essa busca. E a respeito desta puritana concepção de verdade, faz-se mister pontuar os ensinamentos de Jacinto De Miranda Coutinho, no sentido de que “é preciso admitir que no processo penal jamais se vai apreender a verdade como um todo – porque ela é inalcançável – e, portanto, como se viu o que se pode – e deve – buscar nos julgamentos é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que possuem o Estado Democrático de Direito” [6].

De nada adianta haver regra quanto ao préstimo epistêmico da prova oriunda da colaboração se a mesma quedar-se inobservada e, ainda, se o procedimento para a sua coleta vier, desde o início, despido do exigido acatamento a um complexo e rigoroso método de produção e valoração, tal como dissociada da imprescindível reconstrução histórica dos fatos, que é fator necessário para que se possa alcançar uma decisão que homenageie as regras do jogo.

A correta gestão da prova é o que assegura os objetivos institucionais do processo: a busca da verdade, não aquela dita absoluta, porque impossível de ser alcançada, mas aquela que mais se aproxime ao que de fato ocorreu – a verdade correspondente. Entretanto, não deve ser este o objetivo único da atividade probatória, já que também necessário o respeito aos requisitos mínimos de procedibilidade garantidos pela Constituição Federal.

A forma como hoje são conduzidas as colaborações premiadas é quase que estranha a toda e qualquer racionalidade sistêmica. Não há diretrizes claras aos legitimados a firmá-lo, tampouco controle de suas ações, abrindo-se espaço à arbitrariedade, à manipulação de fatos e, conseqüentemente à condenações injustas.

[1] BRITO, Michelle Barbosa de. Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade. 2ª tiragem. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. P. 97-98.

[2] Traçando um paralelo com o Direito Concorrencial, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) vem reiteradamente se posicionando no sentido de reconhecer que os agentes de um mercado possuem incentivos mercadológicos para delatarem condutas colusivas de seus concorrentes, pois prejudica-los muitas vezes significa obter vantagens competitivas. Por isso, em vários dos precedentes daquele Tribunal tem-se firmado o entendimento de que a condenação não poderá ocorrer quando: a- há somente a narrativa do concorrente que celebrou o acordo, desacompanhada de documentos que comprovem a conduta praticada pelo terceiro; b- quando os documentos entregues pelo signatários do acordo entrega são todos indiretos, ou seja, não comprovam a participação direta do

terceiro e quando foram produzidos unilateralmente. Neste último caso, a não aceitação de tais documentos justifica-se porque se entende que há incentivos inclusive para que o signatário do acordo produza provas contra o seu concorrente para prejudica-lo pelos motivos já apontados.

[3] “É certo que a delação, de forma isolada, não respalda decreto condenatório. Sucede, todavia, que, no contexto, está consentânea com as demais provas coligidas. Mostra-se, portanto, fundamentado o provimento judicial quando há referência a outras provas que respaldam a condenação” (STF, REExt 213.937, 1ª Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, j. em 26.03.1999, DJe em 25.06.1999). Nesse mesmo sentido: STF, HC 71.803, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, j. em 08.11.1994, DJe em 17.02.1995; STF, HC 75.226, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, j. em 12.08.1997, DJe em 19.09.1997.

[4] BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ASSIS MOURA, Maria Thereza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 135.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4074, Rel. Min. EDSON FACHIN, Rel. p. acórdão Min. DIAS TOFFOLI. Diário de Justiça Eletrônico, 17 out. 2018.

[6] MIRANDA COUTINHO, Jacinto de. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Disponível em www.direitofranca.br/download/IntroduçãoaosPrincípiosGeraisdoDireitoProcessualPenalBrasileiro2005.doc. Acesso em 10 jun. 2019.

Date Created

01/07/2019