



Opinião: omissão de provas e os acordos de colaboração premiada

Desnecessário dizer que as investigações criminais tramitam com assimetria de informações, em que o investigado encontra limitação de cognição dos elementos probatórios. Neste contexto, vivenciamos no direito penal a propagação da justiça negociada, sem que haja suporte para impor limites objetivos e responsabilidades aos atores processuais.

O que se pretende é localizar o instituto no âmbito do *fair trial* e reforçar a necessidade de adequação desse meio de obtenção de prova ao devido processo penal constitucional, eis que a adoção de sistemas estrangeiros no contexto de responsabilização penal deve guardar compatibilidade com a Constituição Federal e seus princípios.

A justiça criminal brasileira rema em direção ao modelo norte americano, abandonando a atual inspiração italiana, com a gradual adoção do modelo negocial em detrimento do acusatório. A reboque, surgem os diversos problemas inerentes à nacionalização parcial de institutos e as correlatas regulações emergenciais[1], que reforçam a tendência autoritária no sistema penal e excetuam direitos fundamentais, fundado no raciocínio utilitarista da liberdade individual *versus* a segurança social[2].

A Lei 12.850/13, a par de consignar os requisitos para obtenção do prêmio, é silente no que toca o nível de informação que deve ser previamente garantido ao investigado. O pleno conhecimento da prova não deve ser exclusividade dos órgãos de persecução, sob pena de se admitir a extensão mediata[3] de meios de provas ilícitos. A ocultação de informações e do encadeamento lógico dos fatos apurados cria para o pretense colaborador uma imagem artificial da identidade acusatória, modificada por meio da editoração das provas colhidas.

A atual deficiência regulatória permite, em não raras oportunidades – como temos presenciado -, a indevida ocultação e manipulação de provas, inclusive exculpatórias, por parte da acusação com o objetivo de obter acordos baseados na desinteligência do acusado, violando a obrigação de assegurar, enquanto representantes do Estado, um processo justo acima da condenação a qualquer custo.

Como preceito geral, a lealdade processual – parte integrante do devido processo legal – representa a obrigatoriedade de *fair trial* e afasta a possibilidade de prática de um ato ou conduta desleal pelo agente público, ainda que dentro da margem de discricionariedade e da legalidade formal, sob pena de caracterizar violação da boa fé e abuso de direito[4].

A posição encontra ressonância na doutrina de Michele Taruffo[5] quando este afirma: “(...) um ato ou conduta que não implica mau emprego da regra processual (porque está “dentro” da faixa de discricionariedade atribuída pelo direito àquele sujeito) pode ser abusivo, por exemplo, quando é feito com o escopo de alcançar propósitos ilegais ou impróprios. Nessas situações, as cláusulas gerais de lealdade, devido processo, boa-fé ou parecidas devem ser utilizadas como cânones interpretativos a fim de detectar e avaliar práticas abusivas mesmo quando elas estão “escondidas” (...) sob o véu de atos processuais formalmente legítimos”.



O fundamento, além do procedimento justo, é a necessidade de promover a “*integridade judicial*” e a “*confiabilidade (reliability) da prova*”[\[6\]](#)”.

O equilíbrio é essencial para a consecução da Justiça e, bem por isso, o *Parquet*, que detém o controle e o poder investigativo estatal, tem o dever de fornecer aos defensores e aos próprios acusados provas que absolvam ou ao menos amenizem a acusação criminal, como previsto na Carta Magna, na conjugação do artigo 127 com o inciso II do artigo 129 e, de forma expressa, na alínea “b” da Regra nº 13[\[7\]](#) dos “Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público” aprovados no Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes[\[8\]](#).

Na atividade investigativa alemã, “*o promotor deverá verificar não só as circunstâncias que sirvam para demonstrar a responsabilidade penal, mas também aquela que esculpe o sujeito passivo*”[\[9\]](#)”.

Nos Estados Unidos, de onde o legislador ordinário importou a quase totalidade da mais recente legislação negocial, que regulamentou (de maneira insuficiente) o instituto da colaboração premiada, a apresentação da prova exculpatória à defesa do acusado é fruto do “*discovery*”, onde os litigantes comungam todos os dados probatórios, a versão rígida dos fatos e, também, os demais elementos capazes de estabelecer os estritos limites da *lide* e conferir eficácia ao princípio da lealdade e da não surpresa.

A doutrina e a jurisprudência norte-americana estabeleceram diversas garantias ao acusado quando este se voluntaria para negociar sua culpa ou sua sentença, dentre elas, a Corte decidiu no caso *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238 (1969) pela validade da confissão de culpa desde que ela seja **informada e voluntária**.

Ao tratar da ocultação de provas favoráveis ao réu em julgamentos criminais, a Suprema Corte americana, na análise do célebre caso *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963), firmou o entendimento de que há violação ao devido processo legal e a outros direitos instituídos na 5ª e 14ª Emendas, quando a acusação omite provas para aumentar as chances de condenação, resultando em anulação do caso. A decisão, que ficou conhecida como “Regra de Brady”, reforça a concepção de que o promotor, enquanto representante da sociedade, tem como objetivo a realização da justiça antes da condenação criminal por si só.

Em evolução, no caso *United States v. Agurs*, 427 U.S. 97 (1976) a Corte determinou que a prova, seja ela exculpatória ou não, deve sempre ser divulgada mesmo quando ausente o requerimento por parte do réu.

No ano de 2002, no controverso julgamento do caso *United States v. Ruiz*, 536 U.S. 622 (2002), a Suprema Corte decidiu que o acusado, no acordo de confissão de culpa, não poderia invocar a Regra de Brady para questionar a sua validade fundada na falha da acusação em lhe apresentar a integralidade das provas. Desde então, no âmbito do direito americano, se discute nos *circuit splits* se a interpretação do Caso Ruiz mais consentânea à Constituição é aquela que permite ou não a aplicação da Regra Brady.



Para Petegorsky^[10], ao tratar do conflito apenas aparente entre a Regra de Brady e o quanto decidido no Caso Ruiz, deve prevalecer o entendimento de que a ocultação de provas, principalmente a exculpatória e a absolutória, impede a confissão verdadeiramente voluntária, gerando culpa desinformada em um acordo desinteligente.

Recentemente, o estado da Califórnia legislou, com vistas a sedimentar a proibição de ocultação dos elementos probatórios, para determinar como crime punível com prisão de até três anos a omissão, por parte do promotor, de prova que beneficie o réu.

Aqui no Brasil, a questão deveria ter recebido ainda mais atenção em razão do arcabouço legislativo em que está inserida, em especial porque aos acusados em acordos de colaboração premiada foram mantidas as garantias constitucionais, com exceção da flexibilização do direito ao silêncio e a não autoincriminação, nos termos do § 14 do artigo 4º da Lei 12.850/2013.

Nos interessa, neste momento, o requisito da voluntariedade, previsto expressamente no *caput* do artigo 4º da Lei 12.850/2013 e que, ao contrário do que possa parecer, não é e nem pode ser presumido.

É justamente para que se alcance de forma plena o requisito da voluntariedade que coexiste, no devido processo legal, a obrigação da acusação expor ao candidato à colaboração a integralidade das provas, inclusive aquelas exculpatória e absolutórias. É impossível pensar em confissão de culpa verdadeiramente voluntária sem que haja o conhecimento da totalidade das provas do caso, uma vez que a decisão de fazer colaboração premiada ou enfrentar um julgamento comporta, por parte do réu, com base nas teorias da tomada de decisão, a prévia análise de risco das provas que o Estado detém em seu desfavor quando conjugado com suas teses exculpantes.

A obrigação de divulgar aos colaboradores a integralidade das provas – inclusive aquelas que os beneficiam – pode representar, ainda, contrapeso àquele promotor que faz uso desvirtuado e improbo da força do Estado com blefes e excesso de acusações (*overcharging*), visando unicamente compelir réus a aceitarem acordos abusivos, afinal, quando devidamente informados acerca da carga probatória que instrui a acusação, os réus e a defesa técnica se tornam menos suscetíveis à coerção e o risco de confissão ilegal por parte de inocentes se torna ínfimo.

A apresentação de provas defensivas pelo promotor obviamente diminui as chances de condenação do acusado no julgamento e, bem por isso, defender o direito de ocultá-las seria o mesmo que encorajar a acusação a sonegar elementos probatórios para obter condenações a qualquer custo, inclusive derivadas de delações premiadas involuntárias.

A ocultação de provas exculpatórias revela a fragilidade da acusação e, porque não dizer, a incapacidade de superar o standard mais rígido acerca da culpabilidade do réu.



O problema a ser evitado é que quando ocorre a descoberta da ocultação desse tipo de prova, na quase totalidade das vezes o acordo já restou aceito pelo acusado como forma de reduzir riscos e, no pior cenário, devidamente cumprido, o que reforça a obrigatoriedade de dispor, antes das tratativas negociais, a integralidade do arcabouço probatório, inclusive com a respectiva cadeia de custódia.

Um primeiro caminho de entendimento é o de que a sonegação de provas, por se tratar de ato da acusação, deve ser tratada como conduta ilícita praticada por agentes do Estado, com grave repercussão negativa na esfera de direitos do réu e que transgride a integridade do sistema de justiça. Em outro prisma, é impossível falar em acordo voluntário válido se a confissão tiver como componente anterior qualquer violação do devido processo legal.

O mais grave – se é possível imaginar algo mais nefasto que a violação do devido processo legal decorrente da retenção das provas que beneficiam o acusado – são as cláusulas indevidamente importadas da *plea bargain* e que, segundo John G. Douglass, permite, no sistema da *common law*, a determinação, por parte da acusação, que o réu renuncie ao direito de impugnar nulidades ocorridas antes da formalização do acordo^[11]. Por aqui, o Supremo Tribunal Federal bem decidiu na PET 5244 que tudo capaz de ser interpretado como renúncia prévia e definitiva ao pleno exercício de direitos fundamentais não guarda harmonia com a Constituição.

A contextualização que buscamos nessas notas breves situa a prova ocultada com fins de obtenção de colaboração premiada dentre o rol de sistemas excludentes – “*exclusionary rules*”-, extensivo à proibição de valoração e acolhida de provas mediatas, derivadas dessa.

Ora, se os órgãos acusadores selecionam as provas inculpatórias e ocultam as exculpatórias estão a promover a editoração da verdade processual e da trajetória jurisdicional, posto que não haverá – devido à “acordada” proibição de impugnações – correção de rumos.

Sem embargos, a insuficiência da teoria da coerência^[12] para o nivelamento fático exige a adoção de um sistema de controle epistêmico da narrativa acusatória, bem como a colidência do material probatório encetado com a teoria da correspondência, que permite o cotejo empírico e a análise semiótica da identidade acusatória. Dessa feita, obriga-se a apresentação integral do acervo probatório colhido em desfavor do acusado, com toda a sua cadeia de custódia, antes da confissão colaborada, devido ao risco de supressão da inteligência e voluntariedade do acordo.

Uma nova regulamentação deve conter, em sua literalidade, o dever de declaração do promotor de que não há ocultação de outros elementos de conhecimento e de que está assegurado ao acusado o mesmo grau de conhecimento probatório que possui a acusação, além da obrigatoriedade de delineamento prévio dos limites do objeto da colaboração premiada, sobretudo, para evitar que a renúncia dos direitos ao silêncio e a não autoincriminação se perpetuem.



Parte da solução passa pela criação do juiz de garantias previsto no projeto legislativo de reforma do Código de Processo Penal (PLS 156/2009), sem competência exclusiva, mas com atuação restrita ao acompanhamento da integridade da formação do termo de colaboração, de forma a garantir que o acordo seja realmente inteligente, informado e, portanto, voluntário.

E, por fim, a exemplo do que fez o Estado da Califórnia, criminalizar e também apenar com improbidade administrativa o agente estatal que proceder com a má-conduta de ocultação de provas.

Categoricamente, o que se busca é o alinhamento das atividades inquisitoriais ao processo penal constitucional e, mais caro, restabelecer a presunção de inocência com a definição das margens de resistência de abusos punitivos do Estado.

[1] MOCCIA, Sergio. La perene emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale. Seconda edizione riveduta ed ampliata. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 29-30

[2] CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal de emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

[3] AMBOS, Kai. A teoria do efeito extensivo no direito processual penal estadunidense e sua aplicação ao processo penal alemão. Informativo Pitsch, *Strafprozessuale Beweisverbote*, 2009, p. 89.

[4] RE 464.963/GO, Relator Min. Gilmar Mendes, 2ª T., julgado em 14/02/2006. DJU de 30/06/2006.

[5] TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). São Paulo: Revista dos Tribunais. RePro 177, Ano 34, novembro, 2009, p. 160.

[6] DEU, Teresa Armenta. A prova ilícita: um estudo comparado / Teresa Armenta Deu ; tradução Nereu José Giacomolli. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 33.

[7] 13. No exercício das suas funções os magistrados do Ministério Público:

(...) b) Protegem o interesse público, agindo com objetividade, tomam devidamente em consideração a posição do suspeito e da vítima e têm em conta todas as circunstâncias pertinentes, quer sejam favoráveis ou desfavoráveis ao suspeito.

[8]

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/cadeias/doutrina/principiosfuncaomagistrados.pdf, acessado em 02.03.2017.

[9] LOPES JR, Aury. Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 228.

[10] PETEGORSKY, Michael Nasser. *Plea Bargaining in the Dark: The Duty to Disclose Exculpatory Brady Evidence During Plea Bargaining*, 81 Fordham L. Rev. 3599 (2013), disponível em <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss6/13/>, acessado em 01.03.2017.

[11] DOUGLASS, John G. *Can Prosecutors Bluff? Brady v. Maryland and Plea Bargaining*, 57 Case W. Res. L. Rev. 581 (2007), disponível em



<http://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1083&context=law-faculty-publications>, acessado em 04.03.2016.

[12] TARUFFO, Michele. A prova / Michele Taruffo ; tradução João Gabriel Couto. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Pg. 26 a 28.

Date Created

29/10/2019