



que ser ouvido antes das testemunhas de defesa

No HC 157.627 a 2ª Turma acolheu a tese de Aldemir Bendine, afirmando

que o corréu delatado deve apresentar alegações finais por último, pois o corréu delator tem uma posição processual com carga acusatória. Nesse sentido, a apresentação de memoriais em prazo comum representaria uma violação ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que não seria possível ao delatado fazer o confronto da manifestação incriminatória. Essa discussão volta à pauta no Tribunal Pleno, na apreciação do HC 166.373, paciente Márcio de Almeida Ferreira.

A decisão do STF está correta e não precisa de maiores explicações, mas nossa proposta é outra: a decisão do STF é tímida e não resolve o problema, pois não basta o delator ser ouvido antes dos demais, ele precisa ser ouvido antes das testemunhas de defesa! Eis o ponto que a decisão do STF não alcançou.

O colaborador premiado precisa ser ouvido, na instrução, antes das testemunhas de defesa, pois estamos diante de sensíveis questões de prova e contraprova, que influenciarão diretamente na captura psíquica do juiz^[1]; e só há ‘prova’ quando os elementos são submetidos ao contraditório, sendo necessário saber dos conhecimentos disponíveis pelo colaborador para submeter ao confronto o *thema probandum*.

Mesmo que a Lei 12.850/13 não indique qual é o momento adequado para oitiva do delator, a conclusão adequada deve se dar pela compreensão do alcance da garantia do contraditório, da ampla defesa, da instrumentalidade constitucional^[2] e das imposições do sistema acusatório constitucional, que estrutura a cadeia de significância do processo penal.^[3] Essas premissas para atribuição de sentido das normas procedimentais cobram um preço: o delator deve ser ouvido antes das testemunhas de defesa.

É importante restringir o alcance deste posicionamento à situação em que o delator tenha assinado o contrato com a Polícia ou Ministério Público antes do início da instrução processual: nessa situação se tem conhecimento desde o início da produção de provas que existe um compromisso do delator com a hipótese acusatória. Caso ele tenha assinado o contrato após a sentença ou durante a tramitação do Recurso Especial por exemplo (a lei de lavagem de dinheiro permite colaboração a “*qualquer tempo*”), a princípio não incidiria a tese – pois não haveria compromisso probatório com a hipótese acusatória do caso concreto –, salvo se reaberta a instrução processual com base no art. 616 do CPP ou algum outro permissivo regimental dos tribunais. Ademais, parte-se do princípio da lealdade processual, sendo totalmente ilegal o pacto com delatores informais para burlar a regra de corroboração.

Mas qual seria o momento adequado para oitiva do corréu delator? Quando o delator não for corréu não haverá problema, porque ele será testemunha de acusação. A questão sensível é quando ele é corréu. Nesse caso, tendo em vista a carga acusatória dos seus depoimentos e a imposição de que seja falada a verdade (§14º do art. 4º da Lei 12850), com a apresentação de elementos de corroboração do fato e da autoria delitiva, o delator assume uma posição de endosso (e não de confronto) com a tese acusatória, sendo equivocada a sua oitiva no fim de instrução. O delator assume uma carga acusatória, devendo provar o fato para receber benefícios penais. Ele tem o dever contratual de acusar.

A finalidade da oitiva no fim da instrução é de que o acusado se defenda das hipóteses acusatórias. Mas para o delator corréu, essa refutação foi consensualmente descartada no momento da assinatura do contrato com os órgãos de persecução penal. Ele passa a defender sua liberdade, mas através da incriminação do corréu delatado e da aderência à hipótese acusatória. Trata-se de uma acusação qualificada. Ele assume assim o papel de uma *testemunha acusatória qualificada* ou *sui generis*, na medida em que não é puramente uma testemunha e tampouco réu. O delator acusado é uma figura híbrida, mista, que serve como prova trazida pela acusação e para comprovação de sua tese, ainda que também esteja sendo acusado (mas, com a peculiaridade, de que irá assumir a hipótese acusatória e com ela 'colaborar', para obter o prêmio). Essa hibridez exige um tratamento diferenciado dos padrões estabelecidos até então.

A lição de Goldschmidt^[4] sobre processo *situação jurídica* é extremamente atual para analisar a discussão sobre delação premiada, pois a situação do delator implica ônus e bônus, vantagens e prejuízos, como qualquer outra escolha processual. Ao aceitar sofrer consensualmente a punição, o delator abre mão de sua posição processual de confronto, assumindo o papel de assistente na produção probatória da tese acusatória. Não pode, portanto, falar ao término da instrução, pois o delatado que confronta a tese acusatória não poderá produzir contraprovas, através das testemunhas de defesa que já foram ouvidas, pois desconhece até então o conteúdo do depoimento do delator.

Em termos práticos, caso não tenha sido respeitada a ordem proposta, é caso de decretação da invalidade processual, por dois motivos objetivos. O primeiro está na noção de captura psíquica, que coloca o contraditório como elemento fundante da produção da prova, que está estritamente vinculada ao aproveitamento das chances e possibilidades da situação jurídica processual (Goldschmidt^[5]). Se o delator não foi ouvido antes das testemunhas de defesa, impõe-se um encargo ilegal à defesa, que é a perda de uma chance probatória. É a imposição da perda da chance de fazer a contraprova da hipótese acusatória.

Logo, se todo o ato processual pode levar a promessas e ameaças contidas em uma sentença, o êxito ou fracasso do objetivo dependem das chances disponibilizadas para que a parte exercite o ato processual. Se o ato não foi realizado adequadamente, não é possível aproveitar as chances garantidas pelo devido processo legal, sendo caso de decretação da nulidade do processo para buscar a máxima eficácia dos direitos fundamentais ao contraditório e ampla defesa.

Sem falar que é decorrência básica do direito de defesa, ter conhecimento de toda a tese e prova acusatória antes de exercê-la. É por isso que a prova testemunhal trazida pela acusação tem que ser, sempre, produzida antes das testemunhas arroladas pela defesa. Considerando que o delator-corrêu é talvez a mais importante 'testemunha' da acusação (ainda que seja uma testemunha *sui generis*, como mencionamos), é imprescindível que diga tudo o que tem para dizer (colaborando, portanto, com a tese acusatória) antes da oitiva das testemunhas arroladas pela defesa, para que existam – efetivamente – condições de possibilidade de defesa e de produção de contraprova.

Além disso, é importante não cairmos na hermenêutica inquisitória do art. 563 do CPP que exige a comprovação de prejuízo para decretação de nulidade. Esse artigo deve ser compreendido à luz do devido processo legal e do rol de garantias constitucionais que o superam. Significa dizer que a 'prova' do prejuízo concreto é impossível de ser realizada, justamente porque não há ato processual adequado a examinar. O ato que deveria ter sido realizado não o foi; logo, é impossível demonstrar o prejuízo concreto, sendo prova diabólica. Não se pode exigir que o delatado faça prova (inversão ilegal) da concretude de algo que não foi feito, isto é, a concretude de ilação, de uma abstração. Sem falar que o prejuízo é inerente ao cerceamento de defesa e limitação do contraditório.

Seria ainda a realização de um cerceamento de defesa ao quadrado (primeiro, na falta de realização do ato processual adequado; segundo, na exigência de prova do prejuízo concreto de um fato da vida que não existiu). A Suprema Corte, em situações processuais semelhantes, compreendeu pela impossibilidade de demonstrar prejuízo concreto quando se analisar um ato que não foi realizado (na falta de realização do ato é impossível provar o prejuízo):

(...) Não bastassem o recebimento da denúncia e a superveniente condenação do paciente, não cabe reclamar, a título de demonstração de prejuízo, a prova impossível de que, se utilizada a oportunidade legal para a defesa preliminar, a denúncia não teria sido recebida. (HC 84835, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09/08/2005)

Como conclusão, a Suprema Corte deu um passo importante no fortalecimento das garantias constitucionais, mas deve continuar protegendo o contraditório e a ampla defesa, exigindo que o delator corréu seja ouvido antes das testemunhas de defesa.

[1] CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**, t. II, Colômbia: Editorial Temis S.A., 2000, p. 3-7; 11; e 16.

[2] Sobre o que se entende por 'instrumentalidade constitucional', remetemos para a obra "Fundamentos do Processo Penal", de Aury Lopes Jr, publicado pela Editora Saraiva.

[3] Nesse sentido, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In **Separata !TEC**, ano 1 – nº 4, Janeiro/Fevereiro 2000, p. 1-2. Ainda trabalhando a importância do princípio dispositivo e a consolidação de um sistema acusatório para a significação do processo penal: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (org.) **Observações sobre os sistemas processuais penais** (escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; 1). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 63-78.

[4] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, Derecho Penal y Proceso. III El proceso como situación jurídica*. Jacobo López Barja de Quiroga (trad). Marcial Pons, Madrid, 2015.

[5] GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso. III El proceso como situación jurídica, una crítica al pensamiento procesal**. Marcial Pons. 2015. p, 276.

Date Created

27/09/2019