

## **O “colaborador premiado” como figura específica da persecução penal e a necessidade de um regime legal próprio: os problemas da instrução e a ordem de apresentação dos memoriais**

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 mais um dos inúmeros problemas da insuficiente disciplina legal do instituto 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.

A definição da natureza do colaborador é relevante para determinar a natureza jurídica da colaboração premiada, enquanto meio de prova ou meio de obtenção de prova.

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.

Aliás o colaborador premiado não é testemunha, não precisa ser arrolado na denúncia ou na resposta à acusação. A Lei 12.850/2013 apenas determina que o colaborador será “ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial” (§ 12 do art. 4º).

Por outro lado, o conteúdo da declaração do colaborador é diretamente valorável pelo juiz, embora com 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 outros elementos de corroboração, que deverão surgir a partir das declarações do colaborador, é que também se atribui à colaboração a natureza de meio de obtenção de prova.<sup>1</sup> Aliás, esse é claramente o sentido dado por outro dispositivo da Lei 12.850/2013. O art. 3º prevê 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

---

<sup>1</sup> Nesse sentido manifestam-se J. J. Gomes Canotilho; Nuno Brandão, Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 4000, set.-out. 2016. p. 23. Na jurisprudência: STF, HC 127.483/PN, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. No mesmo sentido: STF, Plenário, Pet 5700/DF, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática de 22.09.2015.

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, eclética ou conciliatória 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 heteroincrimnatórias.

Esta última posição pode até ser a mais correta, mas, como classificação, é inútil e não resolve qualquer problema que poderia ser solucionado, por facilitar a submissão da colaboração premiada a um regime jurídico, se meio de prova fosse, ou a outro regime, caso considerada meio de obtenção.

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.<sup>2</sup>

Não sendo considerado, em si, um meio de prova ou um meio de obtenção de prova, nos casos de omissão legislativa, a melhor forma de colmatar a lacuna não será buscando as regras gerais de uma ou outra espécie, mas sim nos princípios gerais que regem o processo penal.

É justamente nesse ponto que se coloca a questão do momento em que o colaborador deve prestar suas declarações e da ordem de apresentação de alegações finais.

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, ou em caso de inadimplemento, a negativa de qualquer benefício premial.

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.<sup>3</sup>

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,

---

<sup>2</sup> Essa conclusão já era apontada por nós, no artigo: Gustavo Badaró, A colaboração premiada: meio de prova, meio de que

<sup>3</sup> *Processo Penal*, 7 ed. São Paulo: RT, 2019, p. 477.

quanto à ordem de apresentação de memoriais.

No primeiro caso, sendo corréu, em regra 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<sup>4</sup> e, considerando o claro potencial incriminatório dos elementos de prova que fornecerá, deverá ser ouvido antes ou conjuntamente com as testemunhas de acusação.<sup>5</sup> O que não se poderá admitir, sob pena de violar o contraditório 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. A lacuna deve ser suprida com apoio no princípio da ampla defesa, que exige que **seja interrogado inicialmente o colaborador, e depois, os corréus delatados.**<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> O STF, sob a égide da Lei nº 9.897/1999, admitiu a oitiva de colaboradores, como testemunhas: “O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de corréus. Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. 7. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes” (STF, Ap nº 470 QO-terceira/MG, Pleno, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 23.10.2008, m.v., *RTJ* 211/37). No mesmo sentido: 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, que admitido a oitiva do colaborador como testemunha incriminatória de terceiro, em processos distintos: “II - O sistema processual penal brasileiro impede a oitiva de corréu na qualidade de testemunha, na mesma ação penal, em razão da incompatibilidade entre o direito constitucional ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade imposta nos termos do Código de Processo Penal. III - No entanto, não há impedimento ao depoimento de colaborador como testemunha, na medida em que, não sendo acusado no mesmo processo em que o recorrente figure como réu, sua oitiva constitua verdadeira garantia de exercício da ampla defesa e do contraditório dos delatados, ao mesmo tempo que também consubstancia mecanismo de confirmação das declarações e de validação dos benefícios previstos no acordo de colaboração” (STJ, RHC 67.493/PR, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j.19.04.2016, v.u.)

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Entendo que, *de lege ferenda*, uma melhor disciplina, no caso de colaborador premiado que é corréu no mesmo processo, seria dividir a sua oitiva em dois momentos. O legislador deveria criar um incidente probatório para a colheita das declarações do colaborador, antes o início da oitiva das testemunhas de defesa, oportunidade na qual somente seriam colhidas informações heteroincriminatorias, sobre os delatados. Depois, ao término da instrução, o colaborador seria ouvido, em interrogatório, apenas para exercer, se desejasse, a sua autodefesa. No sistema de oitiva única, no interrogatório, corre-se o risco

Finalmente, concluída a instrução e interrogados os corréus, primeiro o colaborador, e depois os delatados, 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. Pelas mesmas razões expostas quanto ao modo do interrogatório, na apresentação de alegações finais, é necessário que o acusado conheça a síntese argumentativa da acusação existente contra ele, quando da apresentação de suas alegações finais. Por isso, a ordem dos memoriais é: primeiro a acusação, depois a defesa. Procurando suprir a lacuna legal pela aplicação dos princípios constitucionais, em especial a ampla defesa, **a ordem deve ser: memoriais do Ministério Público; memoriais do colaborador premiado; memoriais do correu delatado.**

Estabelecida a fisiologia do processo penal em que há colaborador e delatado no mesmo processo, resta analisar a patologia: o que acontece em caso de desrespeito ao correto funcionamento do sistema.

A categoria das nulidades tem sido trabalhada pela jurisprudência de modo bastante flexível, vigorando uma verdadeira exegese salvacionista. A doutrina e a jurisprudência têm utilizado os conceitos de nulidades absolutas e relativas – que não estão no código de processo penal, que se refere apenas a nulidades sanáveis e insanáveis –, sem qualquer precisão de conteúdo, e cambiando as espécies de nulidade ao sabor do caso concreto.

De qualquer modo, se a violação da ordem da apresentação dos memoriais for considerada uma nulidade sanável – comumente denominada relativa – haverá que se reconhecer a sanatória de tal vício, caso o mesmo não tenha sido alegado no momento oportuno, que no caso será a ocasião da apresentação do próprio memorial (CPP, art. 571, II). Por outro lado, em se considerando que o vício terá natureza de nulidade insanável, poderá ser alegado a todo tempo e grau de jurisdição, não tendo incidência o art. 572 do CPP.

Um posicionamento mais garantista reconhecerá a frontal violação à ampla defesa e o caráter insanável do vício. Já uma linha mais efficientista e que busque evitar as nulidades, preservando os processos já julgados, considerará que se está diante de nulidade sanável.

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). Esta regra é a “viga mestra em matéria de nulidade”.<sup>7</sup> 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*.

---

de uma hipertrofia da fase de diligências complementares do art. 402, na medida em que poderão surgir necessidades de muitas provas defensivas dos delatados, em função do conteúdo do “interrogatório” do delator e de suas respostas.

<sup>7</sup> Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3, p. 158.

Atentando-se para o caráter instrumental do processo, conclui-se que, mesmo nos casos em que o vício poderia caracterizar a chamada nulidade absoluta – que o CPP trata como nulidade insanável –, se o ato cumpriu sua finalidade, não há que falar em nulidade. Com maior razão o mesmo vale para as nulidades sanáveis (denominadas relativas), que igualmente dependem da demonstração de prejuízo.

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**. Eventualmente, mesmo havendo a atipicidade do ato, pode ser que dela não resulte prejuízo. Entretanto, 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, isto é, de um acontecimento já ocorrido, 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, da possibilidade de 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.<sup>8</sup>

E em que situação será possível, argumentativamente, demonstrar que, mesmo com a apresentação simultânea de memoriais, pelo colaborador premiado e pelos corréus do mesmo processo, por ele delatados, não houve prejuízo? Em outras palavras, quando essa atipicidade será mera irregularidade, que não tolherá a eficácia do ato, e não uma

---

<sup>8</sup> Como destacam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhaes Gomes Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (*As nulidades no processo penal*. 11 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 26), basta que a parte demonstre, por um raciocínio lógico, que a atipicidade lhe causou a perda de algum direito ou faculdade processual ou comprometeu os elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença.

nulidade, que comprometerá seus efeitos jurídicos?

Exemplificativamente, 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 corréu no processo em que também são partes 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 corréu 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.

**Gustavo Badaró**

Professor Titular de Direito Processual Penal da USP. Advogado Criminal e Consultor Jurídico