

A delação premiada e o elemento corroborativo de prova em fase de recebimento de denúncia



Por Luís Henrique Machado¹

No âmbito da operação Lava Jato, o Supremo Tribunal Federal começa a analisar as denúncias oferecidas pela Procuradoria-Geral da República em desfavor dos parlamentares. A fase de recebimento de denúncia, como se sabe, é um marco importante no processo penal, pois deflagrada a ação penal, o investigado deixa a condição de *denunciado* e torna-se oficialmente *réu*.

Desnecessário dizer que responder a uma ação penal implica em constrangimento ao indivíduo. O constrangimento é legal quando amparado minimamente por provas que creditem a autoria e a materialidade. Todavia, o constrangimento passa a ser ilegal a partir do momento em que a denúncia é despida de qualquer elemento probatório, amparada somente por ilações e conjecturas, o que levou o ministro do Supremo Tribunal Federal Orozimbo Nonato a cunhar a famosa expressão “*criação mental*”² do órgão acusatório – em sede de oferecimento de denúncia.

¹ Pós-graduado pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; *English Legal Methods* pela Universidade de Cambridge, Inglaterra; *Grundkenntnisse im deutschen Recht e LL.M* pela Universidade Humboldt de Berlim; Atualmente é doutorando pela Universidade Humboldt de Berlim. Advogado sócio do escritório Machado Ramos & Von Glehn, Brasília-DF.

² RF 150/393.

Posto isso, tendo em vista as colaborações premiadas homologadas, duas perguntas são inevitáveis nesta fase do processo. Primeira: poderia a denúncia ser recebida tão somente com o apoio na colaboração, caracterizando indício de autoria, sem a necessidade de elementos corroborativos de prova independentes para dar suporte às alegações dos delatores? Segunda: admitindo-se a hipótese de que é imprescindível a presença do elemento corroborativo de prova, qual seria a sua natureza jurídica e quais seriam os elementos válidos para fins de confirmação do alegado na colaboração?

No que tange à primeira pergunta, surge a controvérsia, porque alguns ministros vêm compreendendo em seus votos que a delação, por si só, em que pese não poder ser utilizada como suporte para sustentar a condenação, ela configura elemento autônomo autorizando o recebimento da denúncia.³

Permissa venia, entendemos de forma diversa, tal como vem compreendendo o eminente Min. Dias Toffoli.⁴ Isso porque a jurisprudência tradicional do Supremo sempre definiu que para a demonstração da justa causa é necessária a presença de *indícios* mínimos que respaldem a autoria e a materialidade.⁵ Importante ressaltar que, ao analisar o recebimento da denúncia, não se deve

³ Necessário mencionar, nesse contexto, que há entendimento do Tribunal, revelado pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que “o objeto da delação premiada não serve, por si só, à condenação. Serve, em termos de indícios de autoria, ao recebimento da denúncia” (Inquérito nº 3.983, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016, p. 175). No mesmo sentido: Min. Luiz Édson Fachin ao dispor que “Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016). No caso, vislumbra-se substrato probatório mínimo de materialidade e autoria (Inq. 3982/DF)”. Da mesma forma vem compreendendo o Min. Celso de Mello (Inq. 3982/DF).

⁴ Conferir substancioso voto no âmbito do Inq. 4118/STF.

⁵ Voto do Ministro Luiz Édson Fachin: “Sobressai, nessa linha, o requisito da justa causa (CPP, art. 395, III), o qual demanda “suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria” (Inq 3.719, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 30.10.2014). (Inq. 3982/DF)

valorar, por si só, o *meio de obtenção de prova*, isto é, a delação, mas a *prova* em si, como elemento independente.

Nesse giro, não se pode enquadrar tecnicamente a delação ao conceito de lastro *probatório*, ou seja, de indício, porquanto é por meio da colaboração que se alcança a *prova* independente com o fim de configuração da justa causa, elemento necessário para a abertura da ação penal (art. 395, III, do CPP).

Por meio de interpretação autêntica, o legislador não deixa dúvidas, no art. 239 previsto do CPP, que o indício é uma circunstância que necessita ser provada. A saber: “*considera-se indício a circunstância conhecida e **provada**, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*”.⁶

Guilherme de Souza Nucci não titubeia ao mencionar Espínola Filho em seu Manual de Processo Penal, o qual afirma que “*o indício é somente subordinado à prova, porque não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância indiciante, ou seja, uma circunstância provada; e o valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância indiciante*”[...].⁷

Portanto, entendemos que uma *circunstância conhecida* (conteúdo da delação), nem sempre traz consigo a *prova independente* (elemento corroborativo). Assim, a delação, por si só, não pode ser elevada ao patamar de *indício*, mesmo porque, como já foi aventado, ela não passa de mero meio de *obtenção* de prova.

⁶ Por essa razão entendemos que, a rigor, a expressão “*indícios [mínimos] de provas*” é mero pleonasma.

⁷ Nucci, Guilherme de Souza de: Manual de Processo e Execução Penal, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 506 e 507.

Ademais, se prosperar o entendimento de que a delação premiada, por ela mesma, caracteriza elemento autônomo para o recebimento da denúncia, a defesa preliminar, prevista no art. 4º da Lei 8.038/1990, terminará, na prática, esvaziando-se.

Resta claro que o legislador, neste tipo de procedimento, antecipou o contraditório para que se desse oportunidade à defesa de obstar o recebimento da denúncia demonstrando ao tribunal que as alegações dos delatores não encontram respaldo no mundo real, de modo que, por vezes, são imputações vazias e até falaciosas, conforme o próprio Ministério Público já reconheceu no bojo da operação.

Ora, se a delação, por si só, configurasse elemento autorizador para iniciar a ação penal, bastaria então aparelhar a denúncia aos anexos da colaboração homologada e realizar uma audiência pró-forma de recebimento, reduzindo esta fase de elevada importância processual a um simples procedimento cartorário com o aval judicial.

Registre-se que, segundo a jurisprudência do Supremo, a defesa não tem o direito de impugnar os termos do acordo,⁸ tampouco, como é de notório conhecimento, de participar e formular perguntas ao delator no momento em que realiza a sua colaboração.

Como se vê, os delatados ficam, nesta fase, refém das palavras dos delatores. Se prevalecer a interpretação de que a delação, mesmo ausente qualquer elemento corroborativo de prova, autoriza o recebimento da denúncia, o que ocorrerá é uma verdadeira profusão de ações penais, sem um controle prévio mínimo, submetendo o indivíduo ao constrangimento ilegal de responder a uma ação penal estéril.

⁸ HC 127.483/STF.

A respeito do tema, interessante é a opinião do juiz Sérgio Moro em seu livro “*Crime de lavagem de dinheiro*” ao afirmar que “*diante da reduzida confiabilidade da palavra de um criminoso, a regra número um é a assim denominada “regra da corroboração”. O depoimento do delator deve encontrar apoio em provas independentes. Não havendo estas, não se justifica a condenação e, rigorosamente, nem sequer a acusação*”.⁹

De acordo com o exposto, entendemos que o conceito de colaboração premiada, tal como previsto na Lei de Organização Criminosa, não configura *indício*, pois, do contrário, haverá nítida violação ao art. 239 do CPP.

Quanta à segunda indagação, ao se admitir a hipótese de que se faz necessário o elemento corroborativo de prova [independente] para receber a denúncia, é fundamental esclarecer qual a sua natureza jurídica e quais seriam exatamente os elementos válidos que autorizariam a abertura da ação penal.

Sua natureza jurídica é de prova independente confirmatória. No direito anglo-saxão sintetiza-se a regra de corroboração pelo conceito “*support with other evidence*”. Todavia, importante dizer que, para o nosso direito, não é necessária uma prova independente cabal sobre o fato, mesmo porque, durante a fase de recebimento de denúncia, faz-se tão somente um juízo de probabilidade.

Isto é, basta a apresentação de um suporte mínimo probatório que aponte uma evidência clara, lógica e conexa com o objeto da investigação.

⁹ Moro, Sergio: Crime de lavagem de dinheiro. Editora Saraiva, São Paulo, 2010, p.111.

De acordo com Gustavo Henrique Badaró: “a lei não define a natureza do meio de prova do qual advirão os elementos de corroboração do conteúdo da delação”.¹⁰ Entretanto, admitir todo e qualquer meio de prova ou elemento de corroboração – sem critérios – tal como a Procuradoria-Geral da República vem utilizando nas denúncias parece inadmissível.

Caracterizar o elemento corroborativo ao se extrair elementos baseados, por exemplo, em outras delações [que nada mais são do que outros meios de *obtenção* de prova], ou fatos notórios ou do cotidiano, como alegar a participação de um político em um evento criminoso pelo simples fato de integrar o mesmo partido de outro correligionário narrando que se tratam de “notórios aliados”, ou “fotos em eventos sociais” recolhidas em busca e apreensão, ou matérias jornalísticas oriundas de pesquisas em “fontes abertas” (Google), é um equívoco que *data venia* deve ser evitado.¹¹

Até porque, admitidos tais elementos com força corroborativa, acarretaria na banalização do instituto, haja vista que praticamente toda e qualquer informação serviria como elemento confirmatório, mormente em relação às pessoas públicas por se encontrarem em um grau de exposição maior.

Para se compreender melhor a natureza dos elementos de corroboração, necessário uma breve digressão histórica quanto às origens de sua regra.

No início do século 18, na Inglaterra, os jurados eram comumente avisados pelos juízes no julgamentos sobre a fraqueza particular inerente ao testemunho de cúmplices (*the particular weakness inherent in the testimony of accomplices*), oportunidade em

¹⁰ Badaró, Gustavo Henrique: Processo penal, 3ª ed, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 460.

¹¹ Exemplo: checar as denúncias oferecidas nos Inquéritos 4215/4216 (STF) pela PGR.

que duas pessoas estavam envolvidas no mesmo fato. Atualmente, tal hipótese pode ser comparada à delação de corréus.

Desde então, surgiram as balizas do *corroboration rule*, como critério indispensável para se comprovar a culpa entre cúmplices. Como restou anotado pelo Lord Abinger no caso *R. v. Farler*, (1837): “é uma prática que merece toda a reverência da lei, que os juízes diziam uniformemente aos júris que não deveriam ter qualquer respeito ao testemunho de um cúmplice, a menos que o cúmplice seja corroborado em algumas circunstâncias materiais... O perigo é que, quando um homem é flagrado, e sabe que sua própria culpa é detectada, ele compra a imunidade acusando falsamente os outros”.¹²

Repare que já se sabia desde o começo sobre o perigo de acusações levianas e suas consequências quando um cúmplice “testemunhava” contra o outro. Ao se desenvolver o conceito sedimentou o entendimento de que a apresentação de elementos corroborativos são indispensáveis para implicar o [outro] cúmplice.

Nesse sentido, foram estabelecidas as raízes da regra de corroboração no célebre caso *R. v. Baskerville*, ainda no século 18, na Inglaterra, tornando-se tal prática essencial ao *rule of law*.

Restou evidente que o elemento corroborativo deve ter ligação com o fato investigado ao se analisar a autoria e a materialidade, *ex vi*: “consideramos que essa evidência em corroboração deve ser um testemunho independente que afeta o acusado conectando ou tendendo a conectá-lo com o crime. Em outras palavras, deve ser evidência que o implique, isto é, o que confirma em

¹² “It is practice which deserves all the reverence of the law, that judges have uniformly told juries that they ought not to pay any respect to the testimony of an accomplice unless the accomplice is corroborated in some material circumstances... The danger is, that when a man is fixed, and knows that his own guilty is detected, he purchases immunity by falsely accusing others”. Fonte: *Evidence*. 11. Corroboration. A study paper prepared by the Law of Evidence Project, 1975, página 9. Disponível em: <http://www.lareau-legal.ca/Evidence11.pdf> (Acesso 28.09.2017)

alguns detalhes materiais não só que o crime foi cometido, mas também que o prisioneiro cometeu".¹³

Assim, desde o início, percebeu-se que os elementos de corroboração [de prova independente] devem ser *conexos* com os fatos objeto da investigação. Fatos alheios que não guardam pertinência com aquilo que se pretende desvendar, não podem nem sequer ser equiparados a elemento corroborativo.

Trazendo a matéria para a nossa realidade, dentro do contexto de recebimento de denúncia, é evidente que o elemento de corroboração deve ter a mesma lógica. Isto é, necessária a relação direta do elemento corroborativo com o que se está investigando. Do ponto de vista legal, é o que se extrai do próprio conceito de *indício* previsto no art. 239 do CPP. Literalmente: "*considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, **tendo relação com o fato** [...].*

Note-se que a simples apresentação de comprovantes de contas telefônicas ou de hospedagens – desconexos com os fatos investigados – afirmando que o delator teria entrado em contato ou esteve presente com um secretário ou empregado do investigado, ou anotações em agenda sem pertinência lógica com o ocorrido, não configuram como elementos corroborativos.

Não obstante, caso se identifique, por exemplo, na fala de um indivíduo – em uma gravação clandestina realizada – a ciência de uma doação ilegal, é de se reconhecer que esta gravação, a princípio, tem conexão com o fato objeto da delação [*presença de pertinência investigativa*], caracterizando-se, assim, como elemento corroborativo de prova, autorizando, em tese, o recebimento da denúncia.

¹³ "We hold that evidence in corroboration must be independent testimony which affects the accused by connecting or tending to connect him with the crime. In other words, it must be evidence which implicates him, that is, which confirms in some material particulars not only that the crime has been committed, but also that the prisoner committed it". Fonte: Evidence. 11. Corroboration. A study paper prepared by the Law of Evidence Project, 1975, página 7. Disponível em: <http://www.lareau-legal.ca/Evidence11.pdf> (Acesso 28.09.2017)

Em conclusão, entendemos ser imprescindível a presença do elemento corroborativo de prova como supedâneo da colaboração premiada para autorizar o recebimento da denúncia. A propósito, vale lembrar que não são poucas as críticas em relação ao instituto da delação premiada não só no Brasil, mas pelo mundo afora.

Nos EUA, por exemplo, país cuja tradição jurídico-penal inclina-se marcadamente pela utilização do instituto da *plea bargaining*, problemas emergem. A velha máxima de que a “*confissão é a rainha das provas*” substituiu o julgamento pelo júri na maioria dos casos criminais. A busca pela coleta da prova a qualquer preço tornou-se alvo de crítica no modelo americano. Não por outra razão, o renomado professor de direito de Yale, John Langbein, chegou a afirmar que os paralelos entre o moderno sistema americano da *plea bargaining* e o antigo sistema de tortura são muitos e arrepiantes.¹⁴

Já o professor emérito da Universidade Munique, Claus Roxin, certamente o penalista mais influente do século XX, alerta que o valor probatório dessas declarações compradas pela moeda da negociação é altamente questionável, pois a tentação de inventar mentiras ou induzir o aparato policial a seguir caminho equivocado é muito grande.¹⁵

Por todas as suas implicações, acreditamos não ser crível que as informações contidas na delação, por si só, lancem o indivíduo cegamente em um processo penal, sem respaldo em elementos mínimos de prova que corroborem com a versão do delator.

Por fim, admitindo-se o elemento corroborativo, necessário que o mesmo guarde pertinência com os fatos investigados, sob pena de não configurar amparo idôneo no momento em que se aprecia o recebimento da denúncia. Afinal, elementos corroborativos

¹⁴ Roberts, Paul Craig; Stratton, Lawrence M.: *The Tyranny of good intentions – How Prosecutors and Law Enforcement are trampling the Constitution in the Name of Justice*, Three Rivers Press, New York, 2008, página 82.

¹⁵ Der Spiegel: Justiz, “Praktisch nutzlos”, Claus Roxin, em 31.10. 2005.

dissociados do objeto em investigação só se prestam para conferir suporte imaginário ao membro do Ministério Público no momento de formulação da denúncia.