

COLABORAÇÃO PREMIADA SEGUNDO A TEORIA GERAL DA PROVA NACIONAL E ESTRANGEIRA

*DEFENDANT'S COOPERATION AGREEMENT FROM THE
PERSPECTIVE OF NACIONAL AND FOREIGN EVI-
DENCE THEORY*

*Fábio Ramazzini Bechara*¹
Mackenzie/SP
*Gianpaolo Poggio Smanio*²
Mackenzie/SP

Resumo

O objetivo do artigo é analisar o instituto da colaboração premiada segundo a teoria geral da prova, de modo a delimitar a sua natureza como meio de obtenção e meio de prova. A colaboração premiada insere-se no contexto da justiça negocial como uma alternativa procedimental simplificadora, que estabelece um novo marco na relação entre prova e verdade. A lógica dialética de construção da verdade é atenuada pela lógica formal na formação da culpa do colaborador, mas não na formação da culpa de terceiros.

Palavras-chave

Colaboração premiada. Prova negociada. Prova legal. Limites.

Abstract

This article analyzes the cooperation of the Defendant, both as a mechanism for the pursuit of evidence and as evidence in itself, from the perspective of Evidence Theory (insert citation here).

¹ Doutor em Direito Processual Penal pela USP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUCSP. Professor da Graduação e do Programa Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do GACINT – Grupo de Análise de Conjuntura Internacional da Universidade de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

² Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUCSP. Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador de Justiça no Estado de São Paulo.

The Defendant's cooperation is demonstrated to be an alternative and simplified procedure within a negotiated justice system that brings a new relationship between evidence and truth. A formal logic overlaps the dialectical logic of the 'pursuit of truth,' in the sense that the Defendant's guilt is based on agreement.

Keywords

Defendant's cooperation. Evidence agreement. Legal evidence. Limits.

1. Introdução

A Lei n. 12850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) constituiu o principal esforço legislativo na adequação do ordenamento jurídico brasileiro a partir da ratificação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo). Dentre as inovações introduzidas, ganhou particular destaque a colaboração premiada, uma vez que a nova lei promoveu o necessário ajuste terminológico, e, principalmente, regulamentou o respectivo procedimento. Isso provocou a sua utilização mais frequente e segura, se comparado ao que ocorria antes da entrada em vigor da lei.

É necessário que a Lei n. 12850/2013 seja tomada como uma lei geral em relação à colaboração premiada, notadamente no tocante ao procedimento, muito embora a incidência da lei esteja relacionada com o crime de organização criminosa e as infrações penais correlatas. Isso porque o instituto da colaboração é previsto em outras legislações em vigor, sob outras denominações correlatas, notadamente a Lei n. 9807/1999, que não dedicaram qualquer preocupação na definição do procedimento.

A aplicação do instituto da colaboração, todavia, tem suscitado um grande número de discussões quanto aos limites do acordo, a forma como as negociações são realizadas e documentadas, e, principalmente, a extensão dos seus efeitos na perspectiva probatória, que constitui o objeto do presente artigo.

O objetivo do artigo é sistematizar o instituto da colaboração premiada segundo a teoria geral da prova. Para que o objetivo seja atingido, o artigo estará dividido em duas partes. Na

primeira parte, o instituto será contextualizado como uma alternativa procedimental simplificadora, que rompe o modelo clássico na formação da culpa, fundada no consenso das partes quanto ao resultado do processo e à prova, seguindo uma tendência observada não somente nos países de tradição *common law* como *civil law* igualmente. Na segunda parte, o instituto será delimitado a partir da aplicação dos fundamentos da teoria da prova, com vista aos reflexos do seu resultado na formação da culpa, em que a relação entre prova e verdade não se sustenta mais e somente no modelo dialético. Isso permitirá reconhecer a natureza mista da colaboração como meio de obtenção de prova e meio de prova típico, assim como estabelecer a partir da correlação entre a colaboração premiada e a autodefesa do colaborador, os eventuais efeitos na hipótese em que o colaborador falta com a verdade.

Por fim, cumpre anotar que não constitui objeto da análise, o exame da legitimidade ou os eventuais questionamentos éticos em relação ao instituto da colaboração premiada, uma vez que o marco teórico que sustenta a interpretação adiante realizada, repousa tão somente no campo dogmático.

2. Contexto da colaboração premiada: alternativas simplificadoras procedimentais

Antonio Scarance Fernandes, ao tratar das alternativas simplificadoras no processo penal, aponta três mecanismos: a) os que conduzem ao encerramento antecipado do processo; b) os que levam à supressão de fases dos procedimentos ordinários; c) os que representam uma reorganização do procedimento³.

A cultura processual alternativa mostra-se mais antiga nos Estados Unidos, e mais recente na Europa Continental e nos países da América Latina, concretizando-se pelo abandono do mito do

³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. RT. São Paulo. 2005, p. 180.

modelo procedimental único, e pela flexibilização das estruturas procedimentais, e a atenuação do pleno garantismo⁴.

Os modelos processuais de origem *common law* e *civil law* não conservam de forma genuína as mesmas estruturas, de modo que se torna cada vez mais perceptível as influências recíprocas no processo penal contemporâneo. O processo penal dos tribunais penais internacionais confirma essa tendência, notadamente pelo reconhecimento da influência que os tratados internacionais de direitos humanos exercem nesse sentido.

John D. Jackson e Sarah J. Summers reconhecem a existência de um novo modelo que é construído para além das diferentes culturas, não direcionado para uma ou outra, mas sim para um caminho que viabilize a disputa no processo criminal, de modo a assegurar, de um lado, mecanismos efetivos de descoberta da verdade, e de outro lado, mecanismos de proteção de direitos individuais⁵.

Os mecanismos de negociação no processo criminal revelam, de um lado, uma nova lógica de construção da verdade pautada pelo consenso, em que, por exemplo, o princípio da obrigatoriedade é cada vez mais atenuado pelo princípio da oportunidade, e de outro lado, a preocupação em estabelecer salvaguardas ou standards de garantias individuais.

Os acordos sobre penas, provas e procedimentos respeitam a estrutura dialética ou contraditória do processo, porém, atenuam a ritualidade mais ortodoxa que caracteriza o modelo convencional ou ordinário, notadamente na formação da prova.

Como tudo que apresenta maior funcionalidade, há inequivocamente o risco de maior insegurança.

Tomemos o caso brasileiro.

A Lei n. 9099/1995, que regulamentou o artigo 98, I da CF, e instituiu o Juizado Especial Criminal, confirma a citada tendência

⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. Ob. Cit. P. 181.

⁵ JACKSON, John D. e Sarah J. Summers. *The internationalization of criminal evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge. Cambridge University Press. 2012, p. 28.

simplificadora. No mesmo sentido a Lei n. 9807/1999, a revogada Lei n. 10409/2002, e, por fim, a Lei n. 12850/2013.

A transação penal, os reflexos penais da reparação civil, a colaboração premiada, a suspensão condicional do processo, são exemplos da citada tendência simplificadora, que atenuam o princípio da obrigatoriedade, e alteram a forma de busca da verdade por meio do acordo.

O instituto da colaboração premiada, mais especificamente, impõe um significativo aumento do poder dispositivo do Ministério Público e do acusado.

O Ministério Público, a despeito do controle judicial que incide sobre as suas manifestações, passa a poder trocar a acusação formal pelo arquivamento, a possibilidade do acusado responder ao processo em liberdade, a redução da pena e o perdão judicial. O acusado, por sua vez, opta por uma pena menor em troca da disposição em colaborar, renuncia ao direito ao silêncio, e faz com que a sua confissão assuma um valor determinante na aferição da sua responsabilidade.

O aumento do poder dispositivo das partes vem acompanhado do incremento dos riscos.

No caso do Ministério Público, o risco se traduz no eventual excesso de discricionariedade, tendo em vista a liberdade de convencimento, cujo controle se materializa pela necessidade de uma manifestação fundamentada, amparada na lei, e sujeita ao controle jurisdicional. Já no caso do acusado, além da sua falta de conhecimento técnico, a sua decisão é pautada pela forma como a situação real se apresenta, quase sempre sustentada em elementos colhidos na fase de investigação, sem contraditório, e principalmente pela qualidade com que a orientação do seu advogado é feita.

Mireille Delmas-Marty e Mario Chiavario alertam que a justiça negociada se sustenta num modelo de processo híbrido, entre o modelo de justiça participativa e de justiça consensual, em

que a liberdade negocial pode ser mais ilusória do que real⁶. Longe de contribuir para a igualdade das partes, o processo negocial pode reforçar a desigualdade entre elas, porque o contrato é sempre um instrumento privilegiado de domínio do mais forte sobre o mais fraco⁷.

A maior dificuldade no processo negocial é o seu caráter opaco e não transparente, em que a vítima não faz parte e não tem voz, o que pode conduzir a uma situação paradoxal, na medida em que um dos objetivos do processo negocial deve ser igualmente a tutela do interesse da vítima⁸.

O controle durante todo o *iter* das tratativas constitui a forma de evitar a introdução da economia de mercado na administração da justiça⁹.

3. Colaboração premiada e prova penal

3.1. Notas terminológicas sobre a prova e a natureza jurídica da colaboração premiada

A prova pode ser entendida como demonstração, como experimentação e como desafio. A prova é entendida como demonstração quando serve para estabelecer a verdade sobre determinado fato. A prova é entendida como experimentação quando indica uma atividade ou um procedimento destinado a verificar a correção de uma afirmação. E, por fim, a prova é entendida como desafio quando indica um obstáculo a ser superado como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades¹⁰.

⁶ DELMAS-MARTY, Mireille, Mario Chiavario e outros. *Procedure Penali D'Europa*. Padova. CEDAM. 2001, 656/657.

⁷ DELMAS-MARTY, Mireille, Mario Chiavario e outros. Ob cit. p. 658.

⁸ DELMAS-MARTY, Mireille, Mario Chiavario e outros. Ob cit. p. 659.

⁹ DELMAS-MARTY, Mireille, Mario Chiavario e outros. Ob cit. p. 662.

¹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz;

Mas o termo “prova” também pode se referir a diferentes aspectos da atividade probatória, como, por exemplo, as fontes de prova, os meios de prova, os meios de pesquisa ou obtenção de prova, o procedimento probatório, os elementos de prova.

O ciclo da prova compreende a descoberta da fonte de prova (pessoa ou coisa), a sua instrumentação através do meio de prova, a sua produção através do procedimento probatório, a coleta do elemento de prova e, finalmente, a valoração do dado probatório¹¹.

As *fontes de prova* são as pessoas ou coisas a partir das quais pode se extrair o dado probatório¹².

O *meio de prova* é a atividade por meio da qual os dados probatórios são fixados no processo¹³, ou ainda tudo aquilo que permite conhecer os fatos relevantes da causa¹⁴.

Os *meios de pesquisa, de obtenção ou investigação de prova* são atividades desenvolvidas com o objetivo de identificar fontes de prova, sejam coisas materiais ou declarações dotadas de força probante. Na realidade, os meios de pesquisa de prova, diferentemente dos meios de prova, não constituem por si sós fonte de convencimento¹⁵.

O *procedimento probatório* constitui a atividade a partir da qual o meio de prova desenvolve-se com o objetivo de fixar os dados probatórios no processo. O procedimento probatório é o conjunto

MORAES, Maurício Zanóide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 305.

¹¹ TELLES JUNIOR, Goffredo. *Tratado da consequência*. Curso de lógica formal. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 1. Para o autor, *provar* significa conhecer, que é a representação de uma coisa, e o conhecimento, aquilo que resulta dessa operação.

¹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 308.

¹³ Ibid., p. 308.

¹⁴ ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 85.

¹⁵ SIRACUSANO, Delfino et al. *Diritto Processuale Penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1, p. 314.

de todas as atividades levadas a efeito, no processo, para a prática das provas¹⁶.

Os *elementos de prova* constituem os dados objetivos que confirmam ou negam uma afirmação, como, por exemplo, a declaração de uma testemunha, o conteúdo de um documento¹⁷.

Outro apontamento de ordem conceitual e de extrema relevância, refere-se à diferença entre *prova* e *elemento de informação*. O critério para tal distinção é de natureza procedimental. Enquanto prova é tudo aquilo que é produzido no contraditório judicial, seja o contraditório sobre a prova ou na prova, o elemento de informação é o resultado de apuração sem a observância do contraditório judicial na sua formação.

A previsão ou não do meio ou do procedimento probatório na legislação em vigor constitui um importante critério de classificação das provas.

Assim, tem-se as *provas típicas, atípicas, não rituais e anômalas*.

As *provas típicas* são aquelas cujo meio e o procedimento encontram-se previstos em lei. A *prova atípica* é aquela cujo meio de prova está previsto em lei, mas o seu respectivo procedimento não, ou, ainda, quando o meio de prova e o procedimento não possuem previsão legal¹⁸. A *prova não ritual* é aquela produzida através de meio de prova típico, porém, sem a observância do procedimento probatório legalmente estabelecido¹⁹. A *prova anômala* é uma prova típica utilizada com finalidade diversa da que lhe é própria, mas com características de outra prova típica, como no caso da prova testemunhal em que ocorre a juntada de uma declaração escrita, quando se pretende que a essa declaração escrita seja pretendida a

¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 280.

¹⁷ *Ibid.*, p. 307.

¹⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal*. Tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millenium, 2008. p. 147.

¹⁹ LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova: CEDAM. 2002. p. 84. p. 13.

finalidade da prova testemunhal, e sem que exista qualquer relação de fungibilidade²⁰.

- A colaboração premiada é *meio de obtenção de prova*.

A colaboração premiada consiste no ato voluntário de cooperação com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração seja possível a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

“*Ato de cooperação voluntária*” por parte de quem está sendo investigado ou acusado traduz-se, necessariamente, em dois momentos distintos: o primeiro, que é a confissão, ou seja, a admissão de culpa; o segundo, que é a colaboração propriamente dita, por meio da qual o colaborador indica outras fontes de prova, como testemunhas, documentos, etc.

O resultado da colaboração pode estar associado às consequências do crime, como, por exemplo, a recuperação do produto ou proveito do crime, a localização da vítima, ou à ampliação da responsabilidade penal a coautores e partícipes.

Mas a colaboração premiada também pode acarretar a simplificação do rito, na medida em que a própria Lei n. 12850/2013, no artigo 4º, possibilita que o Ministério Público não ofereça a denúncia contra o colaborador em algumas situações. Embora se trate de uma hipótese em que a colaboração repercute

²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos da prova no processo penal brasileiro. In: *Jornadas ibero-americanas de direito processual penal*, 20. Relatório brasileiro... Málaga, 2006. p. 10.

no procedimento de forma imediata, indiretamente as partes estão renunciando ao contraditório sobre a prova.

Sem dúvida alguma a hipótese de colaboração que suscita o maior número questionamentos se dá nos casos em que o colaborador delata os demais coautores e partícipes, pois a palavra do colaborador desencadeia novos procedimentos investigatórios. Diferentemente das demais hipóteses de colaboração, cujo raio de incidência restringe-se ao próprio procedimento em que o colaborador negocia o acordo.

Nesse sentido, a colaboração premiada é meio de obtenção de prova, porque por meio dela é possível a identificação de outras fontes de prova, que por si só constituem meio de prova, independentemente da palavra do colaborador.

Por exemplo, na hipótese em que o colaborador delata terceiras pessoas, a incriminação dessas decorre das fontes de prova indicadas pelo colaborador, que confirmam a delação, e não da palavra do colaborador, como testemunhas, documentos, etc.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 127483, do Inquérito 3984/DF, do Inquérito 3979/DF, reconhece textualmente a natureza da colaboração premiada como meio de obtenção de prova, nos termos do que dispõe expressamente a redação da Lei n. 12850/13, o que nos parece correto.

Mas a colaboração premiada, enquanto instituto complexo, é meio de prova igualmente, como se verá adiante.

- A colaboração premiada é *meio de prova* também.

Senão vejamos.

O meio de prova caracteriza-se pela força probante do seu conteúdo, pelo seu poder de persuasão na formação do convencimento do juiz.

Tal assertiva pode ser verificada na colaboração premiada em dois momentos distintos.

No primeiro, considerando que a colaboração pressupõe a confissão, essa possui valor probante na formação da culpa do colaborador.

No segundo, considerando o disposto no artigo 4º, parágrafo 16, da Lei n. 12850/2013, ao limitar o valor da palavra do colaborador na sentença condenatória, fica reconhecida a sua força probante.

Na realidade a palavra do colaborador se coloca como um reforço argumentativo na formação do convencimento do juiz. Para alguns, como Alessandro Iacoboni, os argumentos de prova não são provas propriamente ditas, mas instrumentos lógico-críticos para valoração de provas típicas²¹, como é a hipótese da colaboração premiada.

- A colaboração premiada é uma *prova típica*.

A natureza típica da colaboração premiada, decorre da sua expressa previsão no ordenamento jurídico brasileiro, que igualmente regulamentou o respectivo procedimento. Embora a lei não tenha tratado de forma explícita o procedimento para a oitiva do colaborador no processo judicial, seja porque as partes requereram ou o juízo determinou, por se tratar de prova de natureza pessoal, o procedimento na formação sempre será dialético.

Na medida em que a colaboração premiada é meio de prova típico, não se confunde com as demais provas pessoais, em particular a prova testemunhal. A testemunha é toda e qualquer pessoa estranha à relação jurídica material, que serve como fonte de prova. Assim, o colaborador não é testemunha, embora seja possível estabelecer certa relação de simetria entre os dois meios de prova sob dois pontos em comum. O primeiro, por se tratar de prova pessoal, o procedimento probatório necessariamente é dialético. O segundo se refere ao compromisso com a verdade e os efeitos da mentira. Ou seja, tanto a testemunha como o colaborador possuem o compromisso de dizer a verdade. No entanto, a falta com a verdade pela testemunha conduz ao crime de

²¹ IACOBONI, Alessandro. *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milão. Giuffrè Editore. 1ª edição. 2006, p. 135.

falso testemunho (artigo 342 do CP), ao passo que na hipótese do colaborador a falta com a verdade implica o descumprimento do acordo tão somente, como adiante será melhor analisado.

- A palavra do colaborador é *elemento de prova e/ou elemento de informação*.

A palavra do colaborador por sua vez, enquanto resultado dos esforços de colaboração, quando produzida ou reproduzida no contraditório judicial, se qualificará como elemento de prova. Ao passo que quando se resumir ao procedimento investigatório em que foi colhida, dada a renúncia ao contraditório judicial em contrapartida ao benefício pretendido, a palavra do colaborador se qualificará como elemento de informação.

Ocorre, no entanto, que essa distinção, a despeito do rigor terminológico, não é de grande utilidade prática, uma vez que a Lei n. 12850/13 expressamente restringiu o valor da palavra do colaborador no artigo 4º, parágrafo 16, no sentido de que nenhuma sentença condenatória poderá se fundamentar exclusivamente na palavra do colaborador.

3.2. Colaboração premiada e procedimento probatório

Partindo-se do pressuposto que a colaboração premiada também é meio de prova, e mais, considerando-se tratar de uma prova de natureza pessoal, o respectivo procedimento deve respeitar o contraditório na formação. Tal exigência, no entanto, é restrita às hipóteses em que o colaborador constitui meio de prova na formação da culpa dos demais coautores ou partícipes.

Isso porque é da essência da prova pessoal o seu caráter dialético ou contraditório. O contraditório como método de cognição, na demonstração de determinado fato por meio da prova, faz com que a prova esteja mais próxima da verdade e seja processualmente mais útil, quanto mais que seja formada no

contraditório entre os mesmos sujeitos em cujo confronto se pretende utilizá-la²².

Para Ada Pellegrini Grinover, a exigência do contraditório na formação e produção das provas implica: a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes; c) a obrigação do juiz, que disponha de poderes de ofício para a admissão de um meio de prova, de permitir às partes, antes da sua produção, apresentar os meios de prova que pareçam necessários em relação aos primeiros; e d) a obrigação de permitir a participação dos interessados na produção das provas²³.

A confrontação dialética possibilita o exercício de um triplo controle sobre as provas: o controle de identificação do material probatório, o controle da formação das provas e o controle prévio para influir na valoração das provas do juiz²⁴. No controle da identificação do material probatório e da formação das provas, há um contraditório *para* a prova, na medida em que a confrontação dialética se manifesta no momento da formação da prova, da obtenção dos elementos de prova. Já o controle prévio que visa influir na valoração das provas do juiz tem um caráter eminentemente argumentativo e se qualifica como um contraditório *sobre* a prova, na medida em que busca assegurar às partes a elaboração de observações pertinentes e adequadas acerca das provas que serão valoradas pelo juiz²⁵.

Os textos das convenções reconhecem expressamente o contraditório *na* prova e *sobre* a prova e notadamente na prova

²² APRILE, Ercole; SILVESTRE, Pietro. *La formazione della prova penale*. Dopo le leggi sulle indagine difensive e sul “giusto processo”. Milano: Giuffrè, 2002. p. 361.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 333.

²⁴ FLUJA, Vicente C. Guzmán. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 110.

²⁵ FLUJA, Vicente C. Guzmán. Ob. cit., p. 115.

testemunhal, através da expressão “interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação”. É evidente que este contraditório não se limita à testemunha, mas se estende por óbvio às vítimas e aos peritos²⁶, e, inclusive, ao colaborador, assim como não se limita à prova pessoal, abrangendo qualquer meio de prova.

A Lei 12.850/13, em diversos dispositivos, prevê a possibilidade de oitiva do colaborador. O artigo 4º, parágrafo 7º, estabelece que por ocasião da homologação do acordo de colaboração, o juiz poderá ouvir o colaborador. Já no parágrafo 12, admite a possibilidade da oitiva do colaborador a requerimento das partes ou por iniciativa do juiz.

Evidente que na hipótese do parágrafo 7º do artigo a oitiva do colaborador não tem finalidade probatória, mas sim de verificação da legalidade do acordo, seja do ponto de vista da voluntariedade seja do ponto de vista da integridade do conteúdo. Já na hipótese do parágrafo 12, a palavra do colaborador assume função probatória.

A sua oitiva a requerimento das partes, pressupõe manifestação nesse sentido por ocasião do oferecimento da denúncia ou da resposta a acusação. Considerando tratar-se de um novo meio de prova típico, a oitiva do colaborador não se insere na restrição imposta pela legislação processual no tocante ao número de testemunhas, porque o colaborador não é testemunha nos termos do artigo 202 e seguintes do CPP.

A oitiva do colaborador ocorrerá por ocasião da audiência de instrução, debates e julgamento, e o procedimento, por se tratar de prova pessoal, deve se pautar pela observância do contraditório na formação da prova.

Ocorre que o colaborador não necessariamente será arrolado pelas partes, muito embora o teor da colaboração, assistida por advogado e homologada judicialmente, com ou sem a oitiva daquele, integre os autos do processo.

²⁶ BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 173.

A diferença básica entre essa última hipótese e a anterior, quando o colaborador é arrolado pelas partes, recairá no valor probante. A única forma racional de controle para evitar que ambas as situações recebam o mesmo tratamento, é a motivação das decisões judiciais, que possibilita distinguir uma prova de um elemento de informação. O juiz que homologa o acordo é o juiz natural da ação penal, destinatário dos resultados da colaboração. A não ser que haja uma alteração legislativa, não há como impedir o juiz de ter contato com o teor da palavra do colaborador por ocasião da assinatura do acordo, principalmente quando esse não é arrolado pelas partes.

3.3. Colaboração premiada e verdade: disponibilidade da prova, o acordo entre as partes e o livre convencimento do juiz.

Na colaboração premiada as partes abrem mão do contraditório na formação da prova, a confissão assume valor determinante na formação da culpa do colaborador, e, por fim, o livre convencimento do juiz é significativamente limitado, seja na homologação do acordo seja na decisão de mérito em relação ao colaborador.

Isso não significa que a condenação do colaborador esteja sustentada na sua confissão única e tão somente, nem que a condenação seja automática. Mas indiscutivelmente a confissão ganha um peso diferenciado. Não se pode perder de vista o fato de que a Lei n. 12850/13, expressamente permite o arquivamento do inquérito policial em relação ao colaborador em determinadas situações, o que implica reconhecer a incidência dos efeitos penais sem que exista ação penal.

Da mesma forma, não parece razoável sustentar que o juiz, havendo ou não colaboração, goza da mesma liberdade de convencimento. Caso assim fosse, não haveria sentido algum para a existência do instituto da colaboração.

Tais constatações repercutem na relação entre prova e verdade sob duas perspectivas: 1ª) Sistemas de apreciação da prova; 2ª) Formação dialética da prova.

Senão vejamos.

Em relação à primeira perspectiva, tem-se dois sistemas de valoração da prova: a livre apreciação e a prova legal. O que varia entre um e outro é a liberdade, maior ou menor, que o juiz possui de valorar os meios de prova aportados no processo²⁷. Há uma contraposição entre a lógica formal e a lógica racional, entre o silogismo formal e o silogismo dialético²⁸. As regras de prova legal antecipam o resultado probatório de determinado meio de prova²⁹.

Na colaboração premiada, uma vez confirmado o resultado acordado entre as partes, o colaborador passa a fazer jus ao benefício, notadamente pena reduzida ou perdão judicial. Em outras palavras, a responsabilidade penal do colaborador é determinada pelas consequências antecipadas na própria legislação em vigor, e não no livre convencimento do juiz. A liberdade cognitiva do juiz fica restrita à legalidade e efetividade do acordo, as quais, uma vez confirmadas, retiram deste, qualquer possibilidade de contrariá-las, pelo menos sob esses dois aspectos.

Acordo cumprido significa direito ao benefício, *in casu*, pena reduzida ou perdão judicial. Nesse caso é possível visualizar duas situações distintas: 1ª) se o acordo implica a troca do processo e o risco da condenação pela pena reduzida ou o perdão judicial; se houver acordo, prejudicado se mostra o juízo de mérito em relação ao colaborador, não se podendo falar em condenação ou absolvição; 2ª) se o acordo é um incidente processual cujo momento de aferição da sua efetividade coincide com o juízo de mérito, é razoável concluir que o benefício somente poderá ser percebido se houver condenação, para, assim, determinar a redução da pena ou o perdão judicial.

²⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad em el derecho*. Madri. Marcial Pons. 1ª edição. 2002, p. 47.

²⁸ IACOBONI, Alessandro. Ob. Cit. p. 2.

²⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Ob cit. p. 50.

A legislação em vigor sobre a colaboração premiada revela inequivocamente a opção pelo sistema da prova legal, em que a lógica racional, sustentada na liberdade da prova e na persuasão, cedeu à lógica formal.

No entanto, a prevalência da lógica formal nesses casos restringe-se à formação da culpa do colaborador. A confissão é necessariamente acompanhada nesses casos por outros meios de prova, que revelam quem são os cúmplices, o destino do produto ou proveito do crime, dentre outros, ou seja, que confirmam a sua efetividade. Já na hipótese em que a palavra do colaborador se qualifica como meio de prova na formação da culpa dos coautores ou partícipes, sua função, como visto, é argumentativa, de reforço no convencimento do juiz.

No tocante ao modelo dialético na formação da prova, característica matricial de um processo acusatório, a colaboração premiada se caracteriza pela renúncia ao contraditório, e se revela como manifestação do princípio dispositivo. Trata-se da verdade negociada, sustentada na prova ajustada.

O princípio dispositivo tem sua origem no processo civil, e compreende a disponibilidade em propor ou não demanda, a delimitação pelas partes do conteúdo das alegações de fato e da respectiva resposta, a disponibilidade das partes em relação ao material probatório com o qual o juiz formará o seu convencimento, a possibilidade das partes disporem do direito material, e a vedação do julgamento *ultra petita*³⁰.

Na colaboração premiada o princípio dispositivo se manifesta tanto no sentido material como no sentido processual. No sentido material, porquanto o acordo entre as partes recai sobre a pena, e no sentido processual, porquanto as partes renunciam ao contraditório na formação da prova que sustenta o acordo.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo. RT. 1ª edição. 2003, p. 63/64.

Trata-se de uma tendência crescente de valorização do papel das partes no processo³¹, como já anotado anteriormente nesse artigo.

O exercício do direito à prova é caracterizado pela voluntariedade do seu titular, como forma de assegurar a sua participação no processo, de influenciar as decisões judiciais. O exercício do direito à prova não constitui uma obrigação ou encargo, mas uma faculdade. O réu não é obrigado a exercer o direito à prova no processo.

A instrumentalização da vontade das partes pelo legislador possibilita atingir os objetivos de efetividade e celeridade³². Consenso e prêmio são as duas faces de uma mesma moeda, que resguardam a paridade de armas entre as partes, por meio de uma relação de equivalência.

3.4. Colaboração premiada e requisitos lógicos da prova: relevância e pertinência.

A função da prova é legitimar as decisões, racionalizar a formação do convencimento. A justificativa das decisões pauta-se pela seleção do material probatório segundo exigências de natureza lógica, que se traduzem nos critérios de relevância e pertinência³³.

Pertinência expressa uma relação direta entre o fato sobre o qual versa o meio ou fonte de prova e o fato objeto da prova no processo, ao passo que a relevância se aplica à chamada prova indireta, revelando a aptidão do meio ou fonte de prova para demonstrar um fato secundário, do qual possa ser inferido o fato principal que se quer demonstrar³⁴.

A relevância refere-se a qualquer parte da prova que indique maior ou menor probabilidade quanto à existência de um fato em

³¹ DEL COCO, Rosita. Disponibilitá dela prova penale e accordi tra le parti. Milão. Giuffrè Editore. 2004, p. 3/4.

³² DEL COCO, Rosita. Ob cit. p. 190.

³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo. RT. 1ª edição. 2001, p. 151.

³⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ob cit. p. 152.

um determinado caso³⁵. Dois elementos, segundo Keneth S. Broun, formam a relevância da prova: *materiality* e *probative value*³⁶. A *materiality* significa a relação entre as proposições que a prova oferece para demonstrar e as circunstâncias do caso. Se a prova é oferecida para auxiliar a demonstração de uma proposição que não é uma questão em discussão, a prova é imaterial. *Probative value* significa a tendência da prova em delimitar a proposição que é colocada para ser demonstrada. Valor probante significa relevância lógica. A prova que não possui consistente valor probante é mera especulação, que conduz a duvidosas projeções ou questionáveis juízos sobre o que poderia ter acontecido³⁷.

Na medida em que a colaboração premiada possui natureza de meio de prova também, o colaborador é fonte de prova e a palavra do colaborador é elemento de prova, indispensável se mostra o atendimento aos requisitos lógicos da pertinência e relevância.

Nos termos da Lei n. 12850/2013, a pertinência e relevância da colaboração premiada do ponto de vista probatório coincidem com o resultado esperado, ou seja, a identificação dos demais coautores e partícipes, a localização da vítima, a recuperação do produto ou proveito do crime, a prevenção de novas infrações penais, e, ainda, a exigência no sentido de que a palavra do colaborador seja confirmada por outros meios de prova.

Tal relevância, no entanto, foi limitada pelo próprio legislador, que expressamente previu a impossibilidade de uma sentença condenatória se sustentar na palavra do colaborador somente.

³⁵ MUNDAY, Roderick. *Evidence*. Cambridge. Oxford. 5ª edição. 2009, p. 24.

³⁶ BROUN, Keneth S. Broun e outros. *McCormick on Evidence*. St. Paul. Thomson west. 6a edição. 2006, p. 306/307.

³⁷ BROUN, Keneth S. Broun e outros. Ob. cit. p. 308.

3.5. Colaborador responde por crime de falso testemunho?

Superada a discussão quanto à natureza da colaboração, no sentido de que não se trata de prova testemunhal em sentido estrito, impõe examinar as consequências na hipótese em que o colaborador falta com a verdade, seja porque falseia a verdade, omite a verdade ou imputa falsamente a responsabilidade de alguém.

Do ponto de vista processual, a consequência da mentira na colaboração é o descumprimento do acordo, e, portanto, a invalidação dos benefícios acordados, desde que possível.

Do ponto de vista da responsabilidade civil, os eventuais implicados falsamente poderão buscar a reparação por danos morais e materiais.

Do ponto de vista da responsabilidade penal, considerando que o colaborador não é testemunha em sentido estrito, não poderia responder pelo crime de falso testemunho, nos termos do artigo 342 do Código Penal.

Mas poderia responder pelo crime de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal)?

A resposta também é negativa. Isso porque a falsa imputação gera como consequência a quebra do acordo de colaboração, cujo principal reflexo é a aplicação de uma pena maior. Admitir a sua responsabilidade pelo crime do artigo 339 do CP implicaria violação ao *ne bis in idem*, porquanto o colaborador estaria sendo punido duas vezes pelo mesmo fato.

Com efeito, ainda, a opção pelo acordo por parte do colaborador se dá dentro dos limites da sua autodefesa, de modo que da mesma forma que a confissão falsa, a falsa colaboração igualmente não é penalmente punível. Ou seja, a punição nesse caso resume-se à perda do benefício.

E mais, a própria Lei n. 12850/2013 previu a possibilidade de retratação do acordo por parte do colaborador, o que acarreta de um lado a ruptura do acordo, e de outro a perda do seu valor como meio de prova.

4. Considerações finais

Os necessários avanços legislativos na busca por um sistema de justiça ideal, que produza resultados efetivos, bem como promova e proteja direitos, devem sempre ser acompanhados pelo rigor terminológico e conceitual.

A colaboração premiada, a despeito da sua inequívoca utilidade, mereceu uma atenção peculiar por parte do legislador, e merece um cuidado especial por parte dos atores do sistema de justiça. A voluntariedade do colaborador pressupõe a assistência técnica do defensor, a adesão ao acordo não acarreta a sua irretratabilidade, a palavra do colaborador não possui pleno valor probante.

Foi exatamente o que se perseguiu nesse estudo, uma análise sistemática da colaboração premiada na perspectiva da teoria geral da prova.

Mas remanescem ainda questões a serem enfrentadas sob outras perspectivas, como, por exemplo, na teoria dos negócios jurídicos, mais especificamente no que se refere aos limites e ao objeto dos acordos, a sua relação com os acordos de leniência na Lei n. 12846/2013 (Lei Anticorrupção), os atos de improbidade administrativa.

Referências

- ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- APRILE, Ercole; SILVESTRE, Pietro. *La formazione della prova penale. Dopo le leggi sulle indagine difensive e sul “giusto processo”*. Milano: Giuffrè, 2002.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad em el derecho*. Madri: Marcial Pons, 2002.

- BROUN, Keneth S. Broun e outros. *McCormick on Evidence*. St. Paul. Thomson west. 6a edição. 2006.
- DEL COCO, Rosita. *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*. Milão. Giuffrè Editore. 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille, Mario Chiavario e outros. *Procedure Penali D'Europa*. Padova. CEDAM. 2001.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal. Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millenium, 2008.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. RT. São Paulo. 2005.
- FLUJA, Vicente C. Guzmán. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo. RT. 1ª edição. 2001.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Prova e sucedâneos da prova no processo penal brasileiro*. In: *jornadas ibero-americanas de direito processual penal*, 20. *Relatório brasileiro...* Málaga, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- IACOBONI, Alessandro. *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milão. Giuffrè Editore. 1ª edição. 2006.
- JACKSON, John D. e Sarah J. Summers. *The internationalization of criminal evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge. Cambridge University Press. 2012.
- LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova: CEDAM. 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.
- MUNDAY, Roderick. *Evidence*. Cambridge. Oxford. 5ª edição. 2009.

SIRACUSANO, Delfino et al. *Diritto Processuale Penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. v. 1.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Tratado da consequência*. Curso de lógica formal. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.