

VALOR PROBATÓRIO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

PROBATIVE VALUE OF AWARDED COLLABORATION

Nestor Távora¹
Rosmar Rodrigues Alencar²

RESUMO

A concepção probatória tem tido significativa repercussão no Direito Processual Penal. Em um sistema com aspiração acusatória, mas com flertes inquisitoriais, o protagonismo das partes deve e merece obnubilar a atuação do magistrado. *Pari passu*, assistimos ao alargamento dos espaços de consenso, encurtando a persecução penal, com resultados práticos nem sempre conjugados com o fator qualitativo que se espera na solução da demanda. Ademais, a ambição de verdade ganhou um novo rumo, já que a renúncia penal em troca da colaboração deixa marcas profundas, revela fragilidades e demonstra o que está por vir na administração da Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Valor probatório. Colaboração premiada. Prova penal.

ABSTRACT

The probationary concept has had significant repercussions on criminal procedural law. In a system with an adversarial aspiration, but with inquisitive flirtations, the role of the parties must and deserves to obnubilate the performance of the magistrate. *Pari passu*, we have witnessed the expansion of spaces of consensus, shortening penal prosecution, with practical results not always combined with the qualitative factor expected in the solution of the demand. Furthermore, true ambition has taken a new turn, as the criminal resignation in exchange for collaboration leaves deep marks, reveals weaknesses and demonstrates what is to come in the administration of justice.

KEYWORDS: Probative value. Award-winning collaboration. Criminal proof.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 déficit da relação entre o conceito de prova e a colaboração premiada 3 Baixa compatibilidade entre as garantias fundamentais e o acordo em matéria penal. 4 Valor da colaboração premiada diante dos vetores de julgamento criminal. 5 Incompatibilidade entre colaboração premiada, verdade e ciência. 6 As espécies de acordo de não persecução penal e a colaboração premiada. 7 Conclusão. 8 Referências.

1 Ex-Defensor Público – AL. Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pelas Faculdades Jorge Amado. Professor da Escola de Magistrados da Bahia. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia. Professor da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes. Professor da Faculdade Baiana de Direito nos cursos de graduação e Pós-Graduação. Coordenador da pós-graduação em Direito e Processo Penal no IMADEC e no IGD.

2 Juiz Federal – AL. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFBA. Especialista em Direito Processual Penal (FESMP/RN). Professor Adjunto da Faculdade de Direito de Alagoas (UFAL). Professor Titular do UNIT/AL.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina, tradicionalmente, classifica a prova³.

Tomando como referencial teórico o livro *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli, e consoante um modelo de estrita legalidade, apropriado ao Estado Democrático de Direito, a prova deve ser organizada conforme paradigma racional. Sob o plano epistemológico, o seu padrão deve se caracterizar “como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”⁴.

A classificação da prova, longe de ser uma descrição fundada apenas em um juízo estético de beleza, aquele nexos – juízo entre um conceito abstrato de conformação e de empiria – relaciona o conceito axiológico de plenitude ou não plenitude para fins condenatórios com elementos que aptos ou inaptos a possibilitar cognição, conhecimento de um fato, a partir de critérios epistemológicos, científicos, transcendentais à mera opinião, *doxa*.

Prova plena é prova que preenche requisitos para formação de juízo de certeza. Diferentemente, prova semiplena e prova não plena são as que não possuem aquele condão. O juízo de certeza é um nexos entre, de um lado, a estrutura de adequação científica e, de outro, os elementos constatáveis por intermédio de todo o percurso probatório. Deve haver subsunção entre os dois conceitos, sob os ângulos objetivo – argumento que coroa a produção probatória – e subjetivo – *aletheia*, que encerra o evoluir da convicção.

O propósito deste texto é alinhar parâmetros que sirvam para classificar a colaboração premiada disciplinada na legislação de controle da criminalidade organizada. Esse objetivo se justifica em razão da denominada ampliação dos espaços de consenso no processo penal que, embora seja expressão de data mais remota, teve repercussão recente no sistema jurídico brasileiro. O acolhimento do instituto por largo setor de atores do sistema de “persecução

3 GOMES, Luiz Flávio. Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais. *Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes*, 15 abr. 2010. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

4 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006. p.786.

penal” seria a razão que tornaria o tema relevante para fins de estudo.

Em primeiro lugar, deve-se perguntar: qual a relação da colaboração premiada com o conceito de prova? É ela prova em sentido estrito? Pode ser considerada prova plena – para justificar condenação – em relação a algum elemento de tipo penal delituoso?

Em segundo, a colaboração premiada gizada na Lei nº 12.850/2013 é compatível com o sistema de garantias fundamentais? Quais as garantias que permitem ou que proíbem a colaboração premiada? Há possibilidade de prova penal por meio de consenso, de acordo com o texto constitucional?

Em uma terceira aproximação, é necessário indagar: que critérios devem nortear o exame da prova em processo criminal? Esses critérios permitem atribuir valor à colaboração premiada? A formação de juízo sobre o mérito, a partir de colaboração premiada, está de acordo com os postulados civilizatórios modernos?

Ainda, em quarto lugar, é necessário arrematar, questionando, se a colaboração premiada tem valor epistemológico que possa contribuir para a afirmação de verdade justificada juridicamente? Qual é a verdade de que se fala em processo criminal? A presunção de inocência é compatível com a afirmação justificada pela prova lastreada em colaboração premiada?

Essa a problematização que orientará as hipóteses deste trabalho que, ao final, poderão ser confirmadas ou infirmadas. Elas constituirão os tópicos deste texto. Para respondê-las, a metodologia adotada será a positivista. As fontes do direito serão as reconhecidas pelo Estado, bem demarcadas. A interpretação dessas fontes seguirá construção lógica, com semântica que evidencie as articulações do percurso da formação de sentido⁵.

O primeiro tópico partirá da afirmação de que o conceito de prova, em sentido estrito, é composto de estrutura mais completa que a oferecida pela colaboração premiada, pelo que se pode asseverar que a relação desta com aquele é deficitária. A colaboração premiada não se adequa ao conceito de prova em sentido estrito, não se cuidando, por conseguinte, de prova plena.

Seguidamente, o segundo ponto ditará que a colaboração premiada é de constitucionalidade duvidosa por ser de difícil acomodação com uma série de

5 Essa a metodologia que orientou estudo anterior (ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016. p.28-29).

garantias dispostas na Constituição de 1988. Ademais, em processo criminal, cujo direito em jogo deve ser considerado indisponível, o consenso não deve recair sobre provas.

A terceira hipótese deste artigo afirmará que os critérios para o exame da prova penal, no ordenamento jurídico brasileiro, migram de vetores que orientam o julgamento absolutório. São os do art. 386, do Código de Processo Penal. A absolvição é a regra. A condenação, exceção. A sentença condenatória deve ser supletiva, subsidiária, excepcional. Os *standards* probatórios do sistema de referência se relacionam com os casos absolutórios, cuja dicção normativa é imperativa, retratando o dever do juiz de absolver o réu. Sob essa lente, a colaboração premiada é desprovida de valor mínimo.

Cumprir realçar, como quarta hipótese, que a colaboração premiada não logra passar pelo filtro da *episteme*. A consciência exprime razão. Conhecimento, ciência e racionalidade. As relações entre os elementos envolvidos na colaboração premiada são corrompidas por problemas que vão desde o comprometimento da fonte dos elementos informativos, passando pelo método desprovido de controle rigoroso, até desaguar no resultado contaminado pelos propósitos justificadores do consenso. O que poderia parecer argumento, coroando a colaboração premiada na avaliação da prova, retratará sentença que se afasta dos postulados científicos.

Como já afirmado em outro lugar⁶, os conteúdos veiculados no processo devem respeitar os trilhos legais e constitucionais para viabilizar o seu conhecimento válido pelo juiz. É condição à afirmação de verdades⁷ – sempre processuais, subordinadas a um procedimento rigoroso –, considerando a opção de entender que o juiz, como ser humano, é falível. Nas pegadas de Susan Haack, “ao formalizar, procura-se generalizar, simplificar, e aumentar a

6 ROSA, Alexandre Morais da; ALENCAR; Rosmar Rodrigues. No processo penal, a instrumentalidade é do direito material. *Conjur*, 23 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/nulidade-prejuizo-processo-penal-instrumentalidade-direito-material>>. Acesso em: 20 out. 2019.

7 Nesse contexto, aduzimos que “o regime de nulidades do CPP (arts. 563-573), além de ultrapassado, é confuso. Adota a compreensão mitológica da verdade substancial (CPP, art. 566), mantém dispositivos revogados noutros locais do próprio CPP (art. 564, III, “a”, “b”, “c”, III), bem como indica compreensão civilista, incompatível com o devido processo legal substancial, da ausência de prejuízo – *pas de nullité sans grief* (CPP, art. 563)” (ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019. p.582-583).

precisão e o rigor”⁸.

Esse rigor (cuidado, prudência) é indispensável na aplicação do ramo do direito que visa tutelar a liberdade humana, objetivando limitar a imprevisibilidade. Ademais, a relação entre os textos que disciplinam a matéria criminal deve ser dotada de fiabilidade. Tomando essa premissa, Tácio Lacerda Gama ensina que “se uma norma existe no sistema jurídico é porque está em relação com outra norma”. Se ausente o nexos, teremos ilicitude, violação de dever ou abuso de poder. Em outros termos, o exercício do poder deve decorrer de fonte reconhecida pelo sistema constitucional⁹.

2 DÉFICIT DA RELAÇÃO ENTRE O CONCEITO DE PROVA E A COLABORAÇÃO PREMIADA

O conceito de prova penal pode ser subdividido conforme suas etapas ou consoante sua possibilidade de servir como prova plena. Sobre ambos, deve recair escrutínio, sindicância dos sujeitos processuais envolvidos, controle. O primeiro, pode ser chamado de prova em sentido completo. O segundo, prova em sentido estrito.

Prova em sentido completo é aquela que deve ser retratada retrospectivamente na sentença. É o percurso probatório documentado, sob a forma de argumento. Descrição das etapas da prova, do seu procedimento. Aury Lopes Jr. Leciona que “o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença”¹⁰.

Mas vai muito mais além e aquém.

Além quando ultrapassa a avaliação da prova mediante sua justificação certa. O argumento verdadeiro é o argumento científico. Argumento, silogismo, que não decorre de fundamentação que enlaça os antecedentes que desaguaram na conclusão final, não é argumento autêntico. É falácia.

8 HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução: Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002. p.63.

9 GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p.329.

10 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p.344.

A prova vai aquém quando retrocede, ou seja, quando descreve de trás para frente, na sentença, o perpassar de todas as etapas probatórias. Mas não apenas as etapas, geralmente divididas em quatro: postulação, admissão, produção e avaliação:

(1) o pedido deve ser formulado por quem tem legitimidade, eis que o sistema é acusatório;

(2) a admissão deve se basear em licitude e constitucionalidade da prova, a fim de que não haja nulidade do ato aquisitivo;

(3) a produção deve se dar sob contraditório judicial, com efetivo debate, diálogo, sem hostilidade de ambiente para que o exame flua da forma mais límpida possível;

(4) a avaliação deve ser criteriosa, rigorosa, justificada por argumentos, por afirmações por meio de provas.

Vai aquém! Vale reiterar. Concluída a descrição e o exame dessas etapas, o julgador deve querer saber da fonte da prova. Prova é conceito plurívoco. São muitos os sentidos. Prova é fonte também, fonte da prova. A fonte deve ser objeto de enfrentamento, de debate. Eis o percurso do conceito de prova em sentido completo.

Isso é necessário, mas não é, ainda, suficiente, pois é fundamental que todos os elementos probatórios envolvidos se encaixem no conceito de prova em sentido estrito. Prova plena deve ser, além de prova em sentido completo, prova em sentido estrito. Prova em sentido estrito é conceituada pela doutrina para ser distinguida dos elementos de informação. É um critério importante para evitar que tudo – feito de qualquer forma, ou sem os parâmetros de cautela e prudência – possa ser considerado prova.

Prova em sentido estrito requer: presença do juiz competente, iniciativa autorizada pelo sistema acusatório, acatamento aos direitos fundamentais – notadamente, o contraditório e a defesa ampla com debate efetivo das partes –, inexistência de vedação constitucional, respeito ao procedimento legal previsto, aptidão para influir na decisão judicial, não somente sob o ponto de vista subjetivo, mas objetivo, sob a forma de argumento válido (conforme o sistema) e científico (verdadeiro).

Confrontando esses conceitos com a colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013, é possível perceber que ela é eivada de tríplice déficit. Para essa

conclusão, segue-se o parâmetro adotado por este texto, positivista. A base é o direito positivo, o que está posto. Eis os dispositivos, portanto, que orientam essa ilação:

(1) averbando que a confissão não pode, sozinha, justificar condenação, no Código de Processo Penal:

(a) o art. 158: “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”;

(b) o parágrafo único, do art. 186: “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”;

(c) o art. 197: “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”;

(d) o art. 198: “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”;

(e) o art. 200: “a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”;

(2) preconizando que os elementos obtidos fora do processo penal não podem, isoladamente, autorizar condenação, art. 155, do Código de Processo Penal, cujo teor aduz que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”; e

(3) destacando que a sentença condenatória não pode ter por base somente a colaboração premiada, o § 16, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, com redação forte no sentido de que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Vale dizer, a colaboração premiada, sob essa perspectiva, tem valor diminuto. Metaforicamente, é axiologicamente reduzido ao cubo, três vezes menor que qualquer elemento constante de uma investigação preliminar. Explica-se.

(1) A colaboração premiada é, em parte, confissão de correu, exige coautoria, se for considerado – como deve ser – o direito positivo. Um imputado

confessa, colimando redução do espectro punitivo e atribui coautoria a outro. Não tem valor testemunhal. São declarações que, por seu turno, devem estar acompanhadas de outros elementos capazes de comprová-las. Tendo a confissão como fonte, a colaboração premiada deve ter baixo valor probatório. Em tempos mais remotos, a conclusão poderia ser inversa, pois a confissão era a rainha das provas e, como tal, seria um testemunho duplamente qualificado contra o coimputado, porquanto ao fazer o chamamento do corrêu, o colaborador seria considerado o mais habilitado para dizer algo sobre o fato que também protagonizou. Essa opção foi afastada pelo direito processual mais moderno porque isolava um aspecto que comprometia toda a prova, qual seja, o fato de não ser incomum a presença do interesse do delator em safar-se da punição atribuindo a culpa no outro. Em outros termos, o raciocínio lógico indica que o depoimento de um réu contra o outro carece de base científica, verdadeira (*episteme*), diante da patologia que o afeta desde o nascedouro da relação de direito material entre os coimputados apontados como protagonistas da infração penal.

(2) A colaboração premiada regulada na Lei nº 12.850/2013 deve ser tomada sem a presença do juiz. É o que reza § 6º, do seu art. 4º, ao verberar que “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”. Frise-se que a participação do juiz na formação da prova é condição indispensável para que esta se subsuma ao conceito de prova em sentido estrito. Ocorrido o acordo a porta fechadas, sem a garantia da publicidade (art. 93, IX, CF/1988) e sem a interveniência judicial, forçosa a conclusão de que seu valor, também sob esse prisma, é demasiadamente mitigado.

(3) Coroando essa dedução, o § 16, do art. 4º, da mesma legislação de controle da criminalidade organizada, nega a possibilidade de qualquer sentença condenatória se arrimar apenas nas declarações do agente colaborador. Há mais de um manto que protege o julgador de si próprio, evidenciando que o direito positivo brasileiro optou por considerar o juiz um ser humano falível, muito distante do sonho que poderia querer equiparar o

magistrado a um ser perfeito, incapaz de produzir argumentos falaciosos.

A colaboração premiada é, sob enfoque triplo, deficitária, diante de sua relação com o conceito de prova. É necessário realçar que o exame probatório não deve se restringir à etapa da avaliação da prova, na sentença. A avaliação é a quarta etapa probatória, porém está longe de ser a última. Em sede de colaboração premiada, o escrutínio deve ser ainda mais cauteloso. Alguns conceitos podem clarificar que, nessa seara, aspectos ocultos podem querer fazer crer que a prova é escoreita, quando, inversamente, sobre ela recaem muitos vícios.

Geraldo Prado pontifica importantes conceitos que permitem sindicarmos o aspecto epistemológico probatório. Um deles é o de dispositivo que, a sua vez, “incorpora a agência epistêmica, mas vai mais longe”, pois “é composto por elementos discursivos e não discursivos, e que a identificação dos elementos não discursivos revela as franjas por onde as práticas repressivas escapam de qualquer espécie de controle democrático, incluindo o instaurado no bojo de sistemas epistêmicos que negligenciem a função política do processo penal”¹¹.

3 BAIXA COMPATIBILIDADE ENTRE AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS E O ACORDO EM MATÉRIA PENAL

A colaboração premiada tem a confissão como parte de suas notas conceituais¹². Como se depreende, para obter mitigação de punição, o colaborador se vê exortado a falar sobre o fato que, em maior ou menor grau, pode ter ajudado a protagonizar. O direito ao silêncio é afetado. Ao invés de ser dito a ele, “você tem o direito de ficar calado”, a autoridade responsável dirá, “caso colabore, dizendo a verdade de maneira a elucidar os fatos de maneira eficaz, você poderá ter a pena reduzida ou, quem sabe, ficar livre”. O § 14, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, nesse diapasão, é explícito ao dizer que “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

11 PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p.17.

12 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2019. p.744.

Mas outros efeitos, inclusive bastante negativos, podem advir daí. Todo imputado, mesmo preso, pode confessar. No entanto, noticiou-se a estratégia – ilícita e inconstitucional – de manter imputados presos, visando a obtenção da confissão mediante a oferta de barganha penal¹³. Uma chantagem. Na hipótese de prisão provisória, sem base cautelar (art. 283, CPP), tem-se ao menos uma outra garantia fundamental gravemente afetada, que é a presunção de inocência. O estado de inocência é princípio maior, regra de tratamento e vetor interpretativo. O giro inquisitivo em busca da verdade tendente a cercear a liberdade do pretense delator afeta característica importante da confissão: ela deve ser livre e espontânea, isenta de pressões. Por outro lado, o aspecto volitivo do ato, se viciado, desaguará em nulidade absoluta ou em inexistência jurídica, a depender do elemento afetado ser essencial ou estrutural¹⁴.

Trata-se de suspensão pactuada de garantias individuais fundamentais que estão no art. 5º, da Constituição Federal. Se essas são as mais evidentemente violadas, outras seguirão prejudicadas. O devido processo legal é cláusula de denso conteúdo. A antecipação probatória que pode acontecer sigilosamente representa grave inversão material do que deveria ser produzido segundo um rito público.

A publicidade, aliás, finda, na prática, severamente desvirtuada. Trata-se de “publicidade opressiva de julgamentos criminais”, na dicção de Simone Schreiber¹⁵. A garantia da publicidade dos atos processuais (não do inquérito) foi estampada na Constituição (art. 93, IX) com o intuito de proteger o indivíduo contra julgamentos secretos. Afinal, é uma garantia, malgrado disposta fora do art. 5º, da Lei Maior. Na aplicação da Lei nº 12.850/2013, viu-se a imposição do sigilo da colheita de informações contra o delatado que, antes mesmo de ser notificado do seu teor, teve seu nome divulgado pelos órgãos da grande

13 JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos, pareceres e crônicas*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p.576 e seg.

14 ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016. p.221.

15 Consoante aduz a autora, “a distinção entre a verdade midiática e a verdade processual é de fundamental importância para se compreender a nocividade de determinadas manifestações jornalísticas que se arvoram em desvendar fatos criminosos e pautar a atuação da justiça a partir de sua atuação. A verdade produzida pela imprensa não é mediada pelas garantias do processo, portanto, não pode ser levada em conta pelo juiz quando dita a sentença” (SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.410).

mídia¹⁶. De garantia fundamental, a publicidade das declarações do colaborador e do inquérito foi usada como forma de expor os investigados a toda sorte de constrangimento, afrontando, inclusive, a presunção de inocência.

4 VALOR DA COLABORAÇÃO PREMIADA DIANTE DOS VETORES DE JULGAMENTO CRIMINAL

Vetores de julgamento criminal são compreendidos como as sínteses descritas nos artigos de lei. É dúplici a função desses modelos: (1) constituem *standards* de prova, na medida que tem aptidão para orientar o julgamento baseado em afirmações probatórias; e (2) são limites ao poder punitivo, por não permitirem condenações que esbarrem no texto, sem que fluam pelos estritos trilhos legais.

Atenção especial deve ser volvida para o art. 386, do Código de Processo Penal, dentre outros que também regram a sentença absolutória, a exemplo da que deve ser proferida pelo juiz-presidente do tribunal do júri (art. 415, CPP). Isso porque a sentença condenatória deve ser supletiva. A subsidiariedade da condenação decorre da constatação literal dos dispositivos envolvidos. A dicção do art. 386, do Código, é cogente.

Em outras palavras, caberia indagar: o julgador deve buscar motivos para condenar o acusado? A resposta será negativa, com supedâneo nas seguintes assertivas.

(1) O Código de Processo Penal, por seu art. 386, elenca as hipóteses

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias*. Ministro Teori Zavascki autoriza abertura de inquérito e revoga sigilo em investigação sobre Petrobras. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=286808>>. Acesso em: 06 mar. 2015. Na notícia consta que “o ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki deferiu nesta sexta-feira 21 pedidos de abertura de inquérito feitos pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, referentes a autoridades com prerrogativa de foro e outros possíveis envolvidos em investigação cujo foco principal são desvios de recursos da Petrobras. Em todos os casos, o ministro revogou o sigilo na tramitação dos procedimentos, tornando públicos todos os documentos. A instauração de inquéritos foi considerada cabível porque há indícios de ilicitude e não foram verificadas, do ponto de vista jurídico, ‘situações inibidoras do desencadeamento da investigação’. [...] O ministro ressaltou que a abertura de inquérito não representa ‘juízo antecipado sobre autoria e materialidade do delito’, principalmente quando os indícios são fundados em depoimentos colhidos em colaboração premiada: ‘Tais depoimentos não constituem, por si sós, meio de prova, até porque, segundo disposição normativa expressa, nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador (art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013)’”.

de dever judicial absolutório. Tal dispositivo tem dicção imperativa, obrigatória, modal expresso, ao regram que “o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação”.

(2) Isso deve significar que somente não se não for o caso de enquadrar a situação do processo em hipótese de absolvição do réu, é que o magistrado deverá enfrentar a possibilidade condenatória. Cabe dizer, verificará se estão presentes, não apenas os requisitos necessários, mas também se estes são suficientes. Necessidade e suficiência. Em outros termos, os requisitos legais à condenação podem estar presentes, porém podem não ser suficientes, notadamente porque desprovidos de credibilidade plena (a prova deve ter valor pleno, com aptidão para evidenciar juízo de certeza sobre todas as elementares do tipo penal).

(3) O enunciado que dispõe sobre a sentença condenatória tem texto que se relaciona subsidiariamente àquele absolutório. Isto é, antes o julgador deve pesquisar as causas de absolvição, especialmente as legais do art. 386, do nosso Código. Somente superando as possibilidades de absolvição, é que deverá examinar necessidade e suficiência probatória da imputação, com sucedâneo no dispositivo do seu art. 387, que prevê o conteúdo que o juiz deve inserir “ao proferir sentença condenatória”.

(4) Essas conclusões estão de acordo com a Constituição de 1988, que traça modelo acusatório de processo penal, ditando princípios como os da imparcialidade do juiz, da presunção de inocência, bem como da cisão das funções de acusar, defender e julgar.

Retornando ao ponto do exame da colaboração premiada em confronto com o que seja prova, outra verificação não será possível senão a de considerá-la de valor inferior aos elementos de informação do inquérito policial, seja pelos dispositivos legais que delimitam seu baixo valor, seja pelo texto constitucional que preconiza garantias fundamentais indeclináveis e

incompatíveis com o instituto, seja ainda porque a colaboração é, como regra, obtida clandestinamente, sem a presença do imputado, considerado o ponto de vista do delatado que, somente dela fica sabendo, depois de oferecida a denúncia ou após sentir a violência estatal por medida cautelar patrimonial ou prisional.

5 INCOMPATIBILIDADE ENTRE COLABORAÇÃO PREMIADA, VERDADE E CIÊNCIA

É possível comparar as faculdades cognitivas com o conhecimento do fato documentado em um processo penal. Se o ser humano tem a capacidade sensível, emocional e inteligível sobre as impressões captadas por suas faculdades vitais, essa forma de organização do sistema humano serve de base, de parâmetro, para justificar o procedimento que estrutura e que relaciona os sentidos probatórios na atividade de reconstrução cognitiva de um processo penal.

A prova, nessa toada, não deve ser qualquer elemento, mas o elemento que adere à estrutura apta a conformar o conhecimento sobre o fato descrito como base de seu objeto. Sob esse viés, é possível comparar a deficiência mental de um ser humano, à deficiência probatória. Importar ilustrar.

(1) A patologia de um homem, no seu sistema mental, está para a patologia probatória – decorrente de uma admissão de prova ilícita (nulidade) ou incapaz de provar de forma plena – inserida no sistema processual. A certeza absoluta pode ser comum à pessoa com deficiência mental, em medida similar à certeza absoluta quanto aos fatos formada cognitivamente pelo ator processual de perfil inquisidor.

(2) A equivocada compreensão da realidade por pessoa acometida por psicose pode se lastrear em alguns elementos reais e outros imaginários. Também a constatação probatória pode restar viciada quando, apesar de retratar apenas parcialmente a descrição do fato constante da narrativa acusatória, for completada por construções ali não consignadas, frutos do imaginário da parte autora (na petição inicial) ou do juiz (na sentença).

Na senda de André Nicolitt, necessário avivar que “a opção constitucional pela verdade não o é por qualquer verdade, senão uma verdade

alcançada com respeito às garantias individuais, entre elas a dignidade, o contraditório e a ampla defesa”. Em outra direção, “não optou o constituinte por uma verdade absoluta, alcança por qualquer meio, mas, sim, por uma verdade mínima ou relativa, uma verdade possível e limitada pelos procedimentos e pelas garantias de defesa”¹⁷. O que não é valioso, no dizer de Afrânio Silva Jardim, é punir a qualquer preço, pelo menos se queremos em vigor um Estado Democrático de Direito¹⁸.

A colaboração premiada é técnica especial de investigação que desafia os limites da razão humana. Inverte o evolover que representa o progresso científico e civilizatório na produção da prova baseada em uma verdade mais que formal no processo penal. Mais que formal porque parte da premissa de acreditar que o ser humano é falível, considerando a experiência histórica de horror em matéria penal. Derramamento de sangue, brutalidade, autoritarismo e erro judiciário são os ingredientes cuja mistura justifica a presunção de inocência como vetor probatório. O probabilismo pragmático impõe limites mais afunilados para proteger a liberdade humana contra o abuso de poder.

Não deveria ser – como parece acontecer –, no âmbito da seara do pensamento econômico, a proposta tentadora: “diante da dificuldade em provar, especialmente os crimes econômicos, vamos desistir da prova? Vamos desistir da verdade baseada em critérios racionais? É muito caro o processo criminal, vamos deixar isso de lado e procurar um modo mais facilitado para justificar a aplicação da pena?” Ou, em termos mais radicais: “deixemos de lado a civilização, pois isso é um sonho inalcançável!” e “voltemos à barbárie!”.

Abuso de poder de todos contra um, na dicção de Amilton Bueno de Carvalho. A colaboração premiada inverte o percurso histórico, fazendo com que haja retorno do medievo, conferindo maior valor à confissão e à palavra de um imputado contra a do outro. Tudo segue “a ponto de inverter, inclusive, toda a teoria do ônus da prova”, a exemplo do “carcinoma teórico do discurso que ambiciona a ‘proteção dos direitos da vítima’ no âmbito do processo penal”¹⁹.

A colaboração premiada não resiste ao teste de sua admissibilidade (1),

17 NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p.691.

18 JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro (UERJ), a.8, n.14, p.10, jul.-dez. 2014.

19 CARVALHO, Amilton Bueno. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.20-21.

relevância (2), confiabilidade (3) e confronto (4). Esse critério – ou outro similar que se fundamente em parâmetros para diminuir o espaço de arbítrio do julgador – é indispensável esquema para descrever argumentos que constituam afirmações de justificação por provas²⁰.

6 AS ESPÉCIES DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A COLABORAÇÃO PREMIADA

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, foi introduzido o acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal, nas disposições cristalizadas no art. 28, do CPP.

Devemos distinguir, contudo, este instituto, de outro, com designação similar, porém com natureza diversa, que é o acordo de não persecução penal referido no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013. Começemos por examinar este último.

O apontado enunciado, contido na Lei de Controle do Crime Organizado, alude que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se à infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:

(1) não for o líder da organização criminosa; e

(2) tiver sido o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013.

Como se depreende, apesar da menção à possibilidade do *Parquet* deixar de ofertar a acusação formal, estamos diante de um dos modos de colaboração premiada, a respeito do qual precisamos contornar o seu limite e alcance. Isso porque não devemos olvidar que a ação penal pública é regida pelo princípio da obrigatoriedade, consoante pontifica o magistério de Afrânio Silva Jardim²¹.

Com efeito, a estrita legalidade sob o filtro constitucional deve nortear essa atribuição conferida ao Ministério Público. Entendemos, a propósito, que não há discricionariedade capaz de amparar a simples não propositura da ação

20 HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução: Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002. p.61-65.

21 JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.38.

penal, sem o correlato arquivamento do inquérito policial.

As manifestações do órgão ministerial devem ser expressas.

Daí que se for a hipótese do § 4º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, amparada por elementos suficientes de que o colaborador não é líder da organização criminosa e de que foi o primeiro a prestar a colaboração, deve o Ministério Público:

(1) promover o arquivamento do inquérito policial, na forma do art. 28, *caput*²², do CPP, submetendo-o ao órgão revisional do próprio *Parquet* ou, diante da suspensão cautelar daquele dispositivo modificado pela Lei nº 13.964/2019, que ele requeira o arquivamento do inquérito policial ao juiz, na forma do art. 28, do Código;

(2) firmar termo de colaboração premiada com o delator, respeitando as regras dispostas na legislação e, sobretudo, a Constituição, submetendo-o à homologação judicial.

De todo modo, reiteramos que temos sérias reservas às formas de colaboração premiada e de outras técnicas especiais de investigação que impliquem suspensão pactuada de garantias constitucionais. Não é impossível que a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal do § 4º, do art. 4º, da Lei de Controle do Crime Organizado, finde por ser similar a uma chantagem.

Explicamos.

O colaborador estará, não raramente, em posição de fragilidade e de pressão. A deflagração de providências investigativas é sempre devastadora. Nesse momento, a pessoa que se vê sob ameaça de ser processada ou presa tende a arrefecer suas defesas, com o objetivo de lograr obter uma redução dos danos causados pela persecução penal.

Esse ponto de vista também pode ser apontado no primeiro acordo de não persecução gizado no art. 28-A, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019. Este não se confunde com qualquer forma de colaboração premiada. É mais similar à transação penal, dos juizados especiais criminais. Justamente por isso, encontramos nossa primeira objeção: o art. 98, da Constituição, permitiu transação penal restritamente aos crimes de

22 Dispositivo com eficácia suspensa, nos termos de decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal (STF – ADI 6298/DF – Medida Cautelar – Rel. Min. Luiz Fux – 22 jan. 2020).

menor potencial ofensivo, enquanto o art. 28-A tem o condão de estender o instituto para muitas outras infrações penais.

A ampliação do leque de delitos passíveis do referido acordo significa facilitação de aplicação de penas restritivas de direito, ou seja, maximiza a possibilidade punitiva. Se assim o é, ele extravasa os limites do art. 98, da CF, que apenas permitiu tal alcance às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Como avivamos, este instituto não tem natureza de colaboração premiada. Não há compromisso de produção de prova. Ao revés, ele permite aplicação de pena, com reconhecimento de culpa e dispensa da produção de prova. Em poucas palavras, com o acordo de colaboração premiada do art. 28-A, do CPP, estamos desistindo da verdade, da apuração dos fatos e da prova. A pragmática e a habilidade em negociar serão os vetores da atuação dos sujeitos envolvidos.

De compasso com o seu *caput*, quando não for o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

(1) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

(2) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

(3) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução;

(4) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

(5) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal

imputada.

Como se depreende, cuida-se de aplicação imediata de pena restritiva de direitos, em momento anterior ao oferecimento da denúncia e sem qualquer compromisso de colaborar, com a revelação de coautoria delituosa. Somente se assemelha ao acordo de não persecução penal do § 4º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013, na possibilidade de deixar de oferecer denúncia.

Este é espécie de colaboração premiada, enquanto o previsto no art. 28-A, do CPP, é espécie do gênero transação penal. Na colaboração premiada, teremos compromisso de produção de prova, enquanto na transação penal dispensamos qualquer tipo de produção de prova. Reputamos, tanto como o outro, institutos de baixo valor probatório e incompatíveis com o sistema de garantias constitucional.

Não desconhecemos os respeitáveis entendimentos em sentido contrário, a exemplo de Rogério Sanches que compreende como constitucional o acordo de não persecução penal do art. 28-A, do CPP. Quanto à crítica que foi feita por representar ofensa ao princípio da obrigatoriedade, argumentou que “a obrigatoriedade deve ser revisitada, não podendo ser encarada como uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentaram o princípio da legalidade”. E arrematou que “a ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder”²³.

Pedindo *venia* ao renomado jurista, temos que a obrigatoriedade permite, realmente, uma multiplicidade de possibilidades de atuação do Ministério Público. Entrementes, todas devem estar regradas, detalhadamente, por lei e esta, por seu turno, deve estar de acordo com a Constituição. Da forma como versado, o acordo de não persecução penal agiganta o Ministério Público.

Decerto, o *Parquet* poderá se tornar um órgão com maiores poderes que qualquer outro, eis que assume funções jurisdicionais, quando percebemos que estará definindo a aplicação de penas. O exercício do *jus puniendi* é função do

23 CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*: Lei n. 13.964/2019 – comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020. p.127.

Judiciário (Estado-juiz). O exercício da persecução penal em juízo, mediante legitimação autônoma para a condução do processo é atribuição do Ministério Público (Estado-acusador). Ambos devem integrar, com respeito à divisão de funções e ao devido processo legal, a estrutura acusatória do processo penal²⁴.

7 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, é possível firmar uma tese (forte), relativamente à tese (fraca), descrita como hipóteses no início do texto.

(a) A prova obtida por meio de colaboração premiada não se acomoda minimamente ao conceito de prova, seja em sentido estrito, seja em sentido completo. Daí decorre a ilação de que ela não tem valor pleno. O baixo valor da colaboração premiada não permite a adoção de providências drásticas contra o delatado.

(b) Há grave incompatibilidade entre a prova tomada por intermédio de colaboração premiada e o sistema constitucional de garantias, diante da suspensão ajustada de direitos indisponíveis que envolvem a liberdade do ser humano.

(c) Os padrões que constituem os limites ao exame de prova e ao julgamento criminal não preconizam a condenação como regra ou como busca incessante, mas – diferentemente – são escudos que exigem demonstração de nexos – juízo – de certeza entre os elementos estruturantes, os semânticos e os axiológicos, não apenas subjetiva, mas – sobretudo – objetivamente. São *standards* fundantes da atividade do julgador e da contenção do arbítrio de poder (contingência).

(d) A colaboração premiada não passa pelo escrutínio de correção científica (lógica, correta) e de compatibilidade com a verdade capitulada constitucionalmente, vale dizer, pelos parâmetros de admissibilidade (iniciativa), relevância (proporcionalidade), confiabilidade (fiabilidade) e confronto (contraditório e ampla defesa), para permitir a construção de argumentos que constituam afirmações de justificação por provas.

24 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p.1027.

(e) O acordo de não persecução penal do art. 28-A, do CPP, inserido pela Lei nº 13.964/2019, é espécie de transação penal que não se confunde com o seu homônimo do § 4º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013. Isso porque a previsão de poder o Ministério Público deixar de oferecer denúncia é uma derivação da colaboração premiada gizada no seu *caput*, aplicável exclusivamente aos casos que envolvam organização criminosa. Ambos, segundo pensamos, são inconstitucionais. O primeiro por extravasar o permissivo do art. 98, da Constituição, restrito que é aos crimes de menor potencial ofensivo. O segundo porque implica suspensão pactuada de garantias, incompatível com a natureza indisponível daqueles direitos.

8 REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Teoria da nulidade no processo penal*. São Paulo: Noeses, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*: Lei n. 13.964/2019 – comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária*: fundamentos para uma teoria da nulidade. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Provas ilícitas e ilegítimas: distinções fundamentais. *Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes*, 15 abr. 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1972597/provas-ilicitas-e-ilegitimas-distincoes-fundamentais>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução: Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública*: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro (UERJ), a.8, n.14, p.7-26, jul.-dez. 2014.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal*: estudos, pareceres e crônicas. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da; ALENCAR; Rosmar Rodrigues. No processo penal, a instrumentalidade é do direito material. *Conjur*, 23 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-23/nulidade-prejuizo-processo-penal-instrumentalidade-direito-material>>. Acesso em: 20 out. 2019.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 15.ed. Salvador: Juspodivm, 2020.