

A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica

The obligation of double record of the plea agreement and the access by technical defense

Luiz Antonio Borri¹

Professor na Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR)

luiz@advocaciabittar.adv.br

 <http://lattes.cnpq.br/1414046440611495>

 <http://orcid.org/0000-0001-7649-1270>

Rafael Junior Soares²

Professor de PUCPR – Londrina/PR

rafael@advocaciabittar.adv.br

 <http://lattes.cnpq.br/7645805665092232>

 <http://orcid.org/0000-0002-0035-0217>

RESUMO: O artigo tem o objetivo de discutir o tema atinente ao duplo registro dos atos de colaboração premiada, assim como a possibilidade de sonegar ao investigado/acusado o acesso a uma das formas do registro. A matéria tem relevo notadamente em face da redação do art. 4º, §13, da Lei 12.850/13, o qual prevê que, sempre que pos-

-
- ¹ Possui graduação em Direito com láurea acadêmica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná Campus Londrina (2011). Atualmente é advogado Walter Barbosa Bittar & Advogados Associados. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo IGC Coimbra e IBCCRIM. Pós-graduado em Ciências Criminais pela PUCPR Campus Maringá. Professor de Direito Penal na Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR).
 - ² Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2007). Especialista em Criminologia e Política Criminal pelo ICPC-UFPR (2009). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pelo IDPEE - Coimbra e IBCCRIM (2010). Atualmente é advogado - Walter Barbosa Bittar & Advogados Associados. Professor de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR - Campus Londrina-PR (2013).

sível, deve-se promover o registro das declarações por meio audiovisual, indicando forma expressa de registro das declarações colhidas em sede de colaboração. Ademais, os dados atuais indicam a existência de número significativo de novas tecnologias, dotadas de mecanismos hábeis a promover o registro das declarações pelo meio previsto em lei, indicando que as autoridades legais possuem o ônus de justificar os motivos que conduzem a inviabilidade do registro audiovisual dos depoimentos do colaborador premiado. Finalmente, é salutar viabilizar à defesa todas as formas de registro das declarações obtidas em sede de delação, sobretudo porque o Ministério Público detém conhecimento de tais elementos, de modo que a restrição de acesso implica violação à paridade de armas.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada; duplo registro; paridade de armas.

ABSTRACT: *This article aims to discuss the relevant subject of double record of plea agreement, as well as the possibility of withholding access to one of the registration forms from the investigated/accused person. The matter is highlighted notably in face of the article writing 4, §13, of Law 12.850 / 13, which provides that, whenever possible, should promote the registration record by audiovisual means, indicating expressly of registration of the statements collected in collaboration. In addition, current data indicate the existence of a significant number of new technologies, endowed with skillful mechanisms to promote the registration of declarations by the means provided by law, indicating that the legal authorities have the onus to justify the reasons that lead to the unavailability of audiovisual record of the award-winning collaborator testimony. Finally, it is salutary to make available to defense all forms of registration of the declarations obtained in the case of delation, mainly because the Public Prosecutor's Office has knowledge of such elements, so that the restriction of access implies violation of parity of arms.*

KEYWORDS: *Plea agreement; double record; equality of arms.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Colaboração premiada no processo penal brasileiro; 2. Registro audiovisual (art. 4. §13 da Lei 12.850/13); 3. Súmula vinculante 14 do STF e o registro da colaboração premiada; Considerações Finais; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A discussão travada no estudo em análise terá por objetivo debater a necessidade de duplo registro das declarações prestadas em sede de colaboração premiada. Ou seja, questiona-se: uma vez acordado entre investigado/acusado e o Ministério Público e devidamente homologado pelo Juízo o acordo de delação premiada, qual será a forma adequada de se registrar as declarações do colaborador?

Nesse contexto, é inevitável remeter-se ao texto da legislação de regência, representado pela Lei 12.850/13, tornando relevante apontar o teor do art. 6º, que versa sobre o acordo de colaboração premiada, ou seja, o contrato propriamente dito, contendo obrigações, deveres e direitos do colaborador, além do art. 4º, §13, o qual prevê o registro dos atos de colaboração por meios ou recurso de gravação magnética, este-notípiã, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual.

Com efeito, a regulamentação trazida pela novel legislação tornou mais clara a definição das disposições gerais, mas, por outro lado, trouxe celeumas ainda não dirimidas pela doutrina e jurisprudência. A partir daí, buscar-se-á delimitar se, no contexto da colaboração premiada, as declarações oriundas do colaborador são passíveis de registro unicamente por meio escrito ou se demandam também o formato audiovisual, sobretudo porque o tema está atrelado à garantia de confiabilidade das declarações e manipulações ilícitas no seu conteúdo.

Finalmente, pretende-se definir se o delatado, por intermédio de seu defensor, possui direito de acessar as informações prestadas pelo colaborador premiado em ambas as formas de registro, ou seja, se é viável a disponibilização das declarações escritas do colaborador premiado e da respectiva mídia contendo a reprodução audiovisual do depoimento, notadamente à luz do que prevê a Súmula Vinculante 14, do Supremo Tribunal Federal.

1. COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Como ponto de partida para o estudo do tema é preciso definir a denominada colaboração premiada³, “na fase de investigação

³ A questão da terminologia gera divergências doutrinárias, ora apontando-se os termos “delação” e “colaboração premiada” como sinônimos, ora in-

trata-se de um instituto puramente processual; nas demais fases, a colaboração premiada é um instituto de natureza mista, pois o acordo é regido por normas processuais; porém, as consequências são de natureza material (perdão judicial, redução ou substituição da pena ou progressão de regime”.⁴

O acordo de colaboração premiada será entabulado entre Ministério Público, Delegado de Polícia⁵ e o acusado/investigado (art. 4º, §6º, Lei 12.850/13), sempre assistido por advogado (art. 4. §§ 14 e 15, Lei 12.850/13), sem a participação do Magistrado, o qual ficará incumbido apenas da homologação do acordo, oportunidade em que examina a regularidade, legalidade e voluntariedade da negociação (art. 4º, §7º, da Lei 12.850/13). Trata-se de medida salutar o afastamento do juiz da fase de negociação, como forma de evitar a inversão do sistema

dicando haver divergências. No entanto, para os fins propostos no artigo os termos serão empregados de forma indiscriminada (No primeiro sentido cf. BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115. Sustentando subsistir divergências entre os conceitos cf. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 525/526; GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricas e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 211-212).

⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações Criminosas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57.

⁵ O Procurador Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade questionando os poderes dos Delegados de Polícia nos acordos de colaboração premiada, nos termos do art. 4º, §§2º e 6º da Lei 12.850/13, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade dos trechos dos dispositivos legais impugnados ou, sucessivamente, que seja dada interpretação conforme a Constituição, a fim de que se considere indispensável a participação do Ministério Público em todas as fases da elaboração dos acordos de delação premiada. (ADI 5508). Na doutrina sustentando a inconstitucionalidade dos dispositivos cf. DE GRANDIS, Rodrigo. *A inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos de colaboração premiada*. Disponível em <<http://jota.info/artigos/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada-05052015>>. Acesso em 26 de dezembro de 2016. Em sentido oposto, cf. ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada e polícia judiciária: a legitimidade do delegado de polícia*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado>>. Acesso em 26 de dezembro de 2016.

acusatório, pois um de seus principais pontos de apoio, diz respeito à gestão da prova, não se mostrando prudente que o julgador participe da fase investigativa produzindo elementos informativos, sob pena de comprometer o convencimento da fase judicial.

As fases que envolvem a celebração do acordo de delação premiada até a aplicação das benesses legais podem ser subdivididas em três⁶. A primeira delas abrangeria a negociação e o acordo entabulados entre a autoridade policial, com a manifestação do Ministério Público, e o investigado acompanhado de defensor, ou ainda entre o Ministério Público e o investigado, sempre presente o seu defensor (art. 4º, §6º).

O termo do acordo de delação será feito nos moldes da previsão do art. 6º da Lei 12.850/2013, ou seja, por escrito, contendo o relato da colaboração e seus possíveis resultados, as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia, a declaração do colaborador e de seu defensor aceitando o acordo, as assinaturas do Ministério Público, Delegado de Polícia, investigado e seu defensor, assim como a descrição das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessárias. Nesta fase, não há participação do magistrado⁷.

Note-se que tem se tornado prática corriqueira nos acordos de colaboração premiada a negociação de aspectos não abarcados pela legislação de regência⁸, sobretudo porque preveem, de forma absolutamente ilegal, a possibilidade de disposição do dano patrimonial provo-

⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40-41.

⁷ Mesmo antes da vigência da atual legislação a doutrina assinalava a violação da imparcialidade do magistrado em virtude da sua participação nas tratativas do acordo: BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 214; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Delação premiada exige regulamentação mais clara*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara>>. Acesso em 23 dez. 16.

⁸ Sobre o assunto, destacando que a adoção de beneplácitos não previstos em lei pode aumentar os incentivos à cooperação, mas, ao mesmo tempo, os riscos de colaborações mentirosas e inúteis, confira-se: BOTTINO, Thiago. *Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

cado por ato de improbidade administrativa⁹, em flagrante afronta ao disposto no art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 e art. 841 do Código Civil.

Após a negociação, remete-se o termo do acordo acompanhado das declarações do colaborador e da cópia da investigação para o Juiz a fim de que homologue¹⁰, quando examinará a legalidade, voluntariedade e regularidade da delação, admitindo-se inclusive, que se ouça o colaborador, na presença de seu defensor¹¹ (art. 4º, §7º). Ao juiz é permitido recusar a homologação ou adequar a proposta¹² (art. 4º, §8º). A

⁹ Refutando a possibilidade de extensão dos benefícios da esfera criminal para a improbidade administrativa cf. BITTAR, Walter Barbosa. *O modelo de investigação mista: a improbidade administrativa e os limites ao prêmio da delação premiada*. Disponível em <<http://emporiadodireito.com.br/o-modelo-de-investigacao-mista-a-improbidade-administrativa-e-os-limites-ao-premio-da-delacao-premiada-por-walter-bittar/>>. Acesso em 26 de dezembro de 2016. Em sentido contrário, firmando a tese de viabilidade de extensão do benefício para a improbidade administrativa: DINO, Nicolau. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.) *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 515-535.

¹⁰ A homologação não significa pronta aplicação do benefício em favor do delator, visto que esta análise somente ocorrerá por ocasião da sentença, desde que satisfeitos os requisitos legais. Ressalte-se existir entendimento doutrinário no sentido de que a homologação afastaria a necessária imparcialidade do julgador, por implicar em reconhecimento da culpa do delator (DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1005).

¹¹ Por sua vez, para melhorar apurar a presença dos requisitos legais poderá o magistrado promover a oitiva sigilosa do colaborador, entendendo Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto que a ausência de previsão legal permitindo a presença do representante do Parquet decorre da circunstância de não se descartar “a possibilidade do acordo ser fruto de uma barganha entre aquelas autoridades e o colaborador, no sentido, por exemplo, de que se empenharão para que cesse a prisão temporária caso ocorra a delação dos demais agentes. Ou que o ‘parquet’ concordará com eventual pedido de liberdade provisória caso o delator se disponha a colaborar” vale dizer, a preocupação dos doutrinadores cinge-se exatamente ao manejo da prisão processual como técnica de coação contra o investigado/acusado objetivando a colaboração premiada (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 67).

¹² Ao examinar o acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef o Ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, excluiu cláusula que previa a renúncia do direito de impugnar as sentenças condenatórias especificadas no

distribuição do pedido de homologação obedecerá ao contido no art. 7º, devendo ocorrer de forma sigilosa, sem identificar o colaborador, cabendo ao magistrado decidir em 48h. Ademais, o acesso aos autos permanece restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, assegurando-se ao defensor o acesso aos elementos de provas atinentes ao direito de defesa, exceto as diligências em andamento. O sigilo do acordo de delação somente termina após o recebimento da denúncia¹³.

Não obstante a clareza do dispositivo legal, a doutrina aponta que na prática vê-se “a divulgação midiática das negociações de acordo de colaboração premiada, inclusive antes do recebimento da denúncia (...)”, acrescentando ainda que “o que se nota, é que a mídia acaba por oferecer um Direito Penal e um Processo Penal do espetáculo”¹⁴, de modo que por mais incrível que pareça, por vezes, os profissionais da imprensa gozam de prerrogativas superiores aos defensores de acusados em processos criminais, no que diz respeito ao acesso de informações relacionadas a investigação.

De outro lado, saliente-se que, segundo o texto expresso de lei (art. 4º, §14, Lei 12.850/13), em todos os depoimentos que prestar o colaborador deverá renunciar ao direito ao silêncio, no entanto, a despeito da terminologia empregada pela legislação, é sabido que, por se tratar de direito fundamental, o direito de permanecer em silêncio sobre eventuais imputações não pode sofrer qualquer espécie de renúncia, consubstanciando, na realidade, hipótese de não exercício do direito¹⁵.

acordo, oportunidade na qual assinalou que “os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis, com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante da cláusula 10 k, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PET 5244, Decisão monocrática, Min. Teori Zavascki, julgado em 19 de dezembro de 2014).

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 282.253/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 25/03/2014, DJe 25/04/2014.

¹⁴ DAVID, Décio Franco; TERRA, Luiza Borges. Sigilo e delação premiada: o tacer das teias da tarântula midiática. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016. p. 312-313.

¹⁵ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 125.

Por fim, tem-se a fase da sentença, oportunidade na qual o juiz examinará os termos do acordo e sua eficácia, concedendo ou não o benefício legal (art. 4º. §11), até porque o delator poderá retratar-se da colaboração, hipótese na qual os elementos autoincriminatórios produzidos não poderão ser utilizados exclusivamente em seu desfavor.

2. REGISTRO AUDIOVISUAL (ART. 4. §13 DA LEI 12.850/13)

O tema debatido no artigo desdobra-se em duas vias: (a) a forma de registro do acordo das declarações prestadas em sede de colaboração premiada; (b) o sigilo de tais elementos, ganhando relevo, sobretudo, após decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal¹⁶ e do Superior Tribunal de Justiça¹⁷ apontado que o delatado não possui legitimidade para questionar as cláusulas do acordo de colaboração premiada, sendo cabível, no entanto, confrontar o conteúdo das declarações.

Note-se ainda a necessidade de se distinguir dois momentos que refletem diretamente no objeto de discussão do opúsculo, em primeiro lugar, o contrato propriamente dito, contendo cláusulas sobre benefícios, obrigações e deveres do colaborador, medidas de proteção entre outros e, em segundo lugar, as declarações prestadas pelo colaborador sobre os fatos delatados.

A questão é importante, na medida em que, antes do advento da Lei 12.850/13 a despeito das divergências doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal possuía entendimento de que o sigilo do acordo de delação não poderia ser quebrado, facultando-se, porém, o conhecimento das autoridades legais que representaram o Estado na negociação.¹⁸

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127483, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, processo eletrônico dje-021 divulg 03-02-2016 public 04-02-2016.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 68.542/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/04/2016, DJE 03/05/2016.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 90688, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, dje-074 divulg 24-04-2008 public 25-04-2008 ement vol-02316-04 pp-00756 rtj vol-00205-01 pp-00263 lexstf v. 30, n. 358, 2008, p. 389-414.

Em acréscimo, ressalte-se que a legislação evoluiu, garantindo-se expressamente o direito dos delatados acessarem o termo de colaboração premiada, a partir do recebimento da denúncia, conforme preceitua o art. 7º, §3º, da Lei 12.850/13. Nessa linha de raciocínio, torna-se prudente discutir o quê, precisamente, será garantido ao delatado, notadamente porque a legislação de regência estabelece a necessidade de, sempre que possível, registrar as declarações do delator mediante registro audiovisual (art. 4º. §13, Lei 12.850/13).

Com efeito, segundo Gilson Dipp, “a lei diz, sempre que possível, mas a leitura desta cláusula legal deve ser a mais rigorosa pois a extrema seriedade desse meio de obtenção de prova ou meio ou elemento de produção da prova e a sensibilidade de seus efeitos não tolera qualquer dúvida ou discussão sobre seus dados do ponto de vista da legibilidade ou qualidade de sons e escritas”¹⁹, valendo lembrar ainda que constitui regra básica de hermenêutica que a lei não contém palavras inúteis.

Ademais, os meios expressamente previstos em lei permitem averiguar com maior precisão os requisitos inerentes ao acordo de colaboração premiada, ou seja, a regularidade, legalidade e voluntariedade (art. 4º, §7º, Lei 12.850/13), pois conforme observa Guilherme de Souza Nucci “a avalição do juiz acerca da voluntariedade (liberdade de ação) do delator ficará muito mais evidente por meio de gravação audiovisual.”²⁰

A partir daí, parece óbvio que o ônus da demonstração da impossibilidade de registro audiovisual recairá sobre a autoridade incumbida da coleta dos depoimentos, sob pena de nulidade das declarações prestadas em sede de colaboração premiada, valendo rememorar que, no processo penal, forma é garantia, ou como acentua Aury Lopes Junior “a forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu.”²¹

Em amparo ao argumento, é importante salientar que a disponibilização dos áudios e vídeos, à luz do entendimento fixado pela Corte

¹⁹ DIPP, Gilson. *A delação ou colaboração premiada*. Brasília: IDP, 2015, p. 44.

²⁰ NUCCI, Guilherme S. *Organização criminosa*. São Paulo: RT, 2013, p. 62.

²¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 953.

Suprema, permitindo que os terceiros delatados questionem ou impugnem apenas as declarações oriundas da colaboração premiada²², possibilitaria a conferência de eventuais manipulações e/ou descompassos entre o conteúdo dos registros escritos disponibilizados e o conteúdo das respectivas gravações.

De todo modo, fato é que a acusação tem a oportunidade de acompanhar a produção da colaboração premiada em sede investigatória, o que, por si só, implica em vantagem processual acerca do conhecimento do material que alicerça a acusação, enquanto à defesa não se garante idêntico direito, ou seja, a sonegação dos elementos produzidos por meio audiovisual pode caracterizar ofensa ao conteúdo da súmula vinculante 14.

3. SÚMULA VINCULANTE 14 DO STF E O REGISTRO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Por conseguinte, considerando que o entendimento da jurisprudência inclina-se no sentido de que somente as declarações em juízo público do colaborador poderão ser objeto de confronto pelos delatados²³, o presente trabalho necessita ser examinado à luz da Súmula Vinculante 14, uma vez que o acesso às declarações escritas ou audiovisuais está em consonância ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

²² A afirmação está baseada no posicionamento empregado no HC 127.483/PR rel. Min Dias Toffoli. Em síntese, decidiu-se que o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico personalíssimo, que não atinge diretamente a esfera jurídica do delatado, vez que possui como objetivo precípuo estabelecer as sanções premiaias com base no resultado obtido para a investigação e o processo criminal, o que interessa apenas ao colaborador premiado e Ministério Público. Dessa forma, assegura-se aos coautores e partícipes o contraditório judicial, o direito de confrontar as declarações dos colaboradores e as provas com base nela obtidas, preservando-se os interesses daqueles que foram atingidos pelas declarações. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 68.542/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 03/05/2016.

²³ Conforme destacado anteriormente, o entendimento foi adotado no HC 127.483/PR rel. Min Dias Toffoli. Frise-se apenas que há resistência de parte da doutrina sobre o tema: CRUZ, Flávio Antônio da. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, v.1, n. 2, dez. 2016. p. 205-206.

Conforme é sabido, a Corte Suprema editou a referida súmula visando a assegurar o exercício de defesa às pessoas investigadas em procedimentos persecutórios penais, com a única ressalva de diligências que ainda estivessem em curso, as quais, uma vez encerradas, também devem ser disponibilizadas à defesa.²⁴ O escopo do verbete foi garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa aos investigados ou acusados, a partir do conhecimento total dos elementos de prova já documentados pela defesa técnica, respeitando-se, inclusive, o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XIV).²⁵

Tal entendimento pacificou a questão no âmbito de inquéritos policiais, procedimentos criminais diversos etc. No entanto, a partir da criação da Lei 12.850/13 e, por corolário, a introdução no ordenamento jurídico do procedimento acerca da colaboração premiada, a qual sempre foi objeto de divergências e inseguranças jurídicas na prática forense, surgiu nova celeuma a ser dirimida pelos Tribunais, especificamente sobre o acesso pelos coautores às declarações do colaborador.

Importa destacar, antes de tudo, que a lei foi extremamente clara quanto ao momento em que se torna obrigatória a exibição do acordo de colaboração premiada aos acusados, isto é, a partir do recebimento da denúncia (cf. art. 6º, § 3º), não havendo mais que se falar na possibilidade de oposição do sigilo do acordo àqueles que forem atingidos pelas declarações do delator.²⁶

No entanto, o que se discute no presente artigo vai além do momento disposto em lei para que os delatados conheçam o acordo formulado entre as partes. Isso porque se busca abordar o conhecimento pela defesa técnica das declarações do colaborador, pautando-se na concep-

²⁴ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

²⁵ BADARÓ, Gustavo. *Curso de Processo Penal*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 126-128.

²⁶ Para melhor compreensão do assunto, ver: DAVID, Décio Franco; TERRA, Luiza Borges. Sigilo e delação premiada: o tecer das teias da tarântula midiática. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs). *Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 305-322.

ção de que os atingidos deverão exercer o contraditório²⁷, e suas formas de registro com o intuito de se obter maior veracidade àquilo que está sendo produzido contra os coautores.

Desse modo, um dos principais pontos introduzidos foi a obrigatoriedade de que as autoridades deverão realizar o registro da colaboração naturalmente na forma escrita. Além disso, com o emprego de equipamentos mais avançados, inclui-se a forma audiovisual, com o nítido intuito de se garantir maior fidedignidade às palavras daquele que se propõe a delatar eventuais coautores.

É fato, porém, que a Lei de Organizações Criminosas estabeleceu em seu art. 5º um rol de direitos do colaborador premiado, dentro outros, a preservação de seu nome, imagem e demais informações pessoais, inclusive, tipificando como crime a revelação da identidade, o ato de fotografar ou filmar o colaborador, sem prévia autorização por escrito (art. 18, Lei 12.850/13).

Note-se que a leitura conjugada de tais dispositivos permitiria inferir a impossibilidade de disponibilização dos áudios e vídeos contendo as declarações de colaborador premiado, sem a autorização escrita do delator, sob pena de violação da proteção conferida pela legislação, além da caracterização de prática delituosa. Por certo, o principal argumento a viabilizar a postulação de tais elementos pelo delatado seria o direito à ampla defesa e ao contraditório, constitucionalmente previstos (art. 5º. LV, CF) e a Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal.

Em precedente bem específico sobre colaboração premiada oriundo da Suprema Corte, o Ministro Dias Toffoli consignou que a defesa técnica dever ter acesso aos registros do colaborador tanto na forma escrita quanto audiovisual:

Por sua vez, a decisão recorrida asseverou que a defesa do reclamante, com fundamento na Súmula Vinculante nº 14 do Supremo

²⁷ “Parece não haver maior necessidade de argumentar a respeito da indispensabilidade de se assegurar aos chamados em causa pelo colaborador, o direito de confrontar em juízo o arrependido, buscando retirar ou abalar a credibilidade de suas declarações, de modo, assim, a amenizar o risco de falsas acusações” (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, ebook).

Tribunal Federal, poderá ter acesso a todos os elementos de prova documentados nos autos dos acordos de colaboração - incluindo-se as gravações audiovisuais dos atos de colaboração de corréus – para confrontá-los, mas não para impugnar os termos dos acordos propriamente ditos.²⁸

Tal visão também se alinha ao posicionamento manifestado pelo Ministro do STF, Marco Aurélio, corroborando a imprescindibilidade de se disponibilizar à defesa todos os elementos produzidos em sede de colaboração premiada: “(...) nada, absolutamente nada, respalda ocultar do envolvido – como é o caso do reclamante – os dados contidos em autos de inquérito, processo administrativo ou criminal, bem assim, até mesmo, de procedimento de delação premiada”²⁹.

De toda sorte, insta salientar que a Suprema Corte enfrentou o tema em análise estabelecendo requisitos que, uma vez preenchidos, viabilizariam a disponibilização do conteúdo produzido na fase investigatória aos delatados. Com efeito, o primeiro julgado sobre o assunto, da lavra do Ministro Teori Zavascki, cuidou de apontar a necessidade de identificação da presença de quatro requisitos: “(a) o acordo de colaboração premiada foi homologado; (b) já foi recebida a denúncia contra os reclamantes; (c) a identidade e imagem dos colaboradores são amplamente conhecidas e (d) não houve justificativa que indicasse concretamente a necessidade de proteger a pessoa dos colaboradores, de seus próximos e o êxito das investigações.”³⁰

Ademais, consoante posição firmada pelo Ministro Gilmar Mendes, o acesso à defesa de elementos produzidos em sede de colaboração premiada deve ser garantido quando subsistam dois requisitos, o primeiro positivo, representado pelo fato do ato de colaboração apontar para a responsabilidade criminal do requerente; o segundo, de índole

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 21258 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, processo eletrônico dje-076 divulg 19-04-2016 public 20-04-2016.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 21861 MC, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 24/09/2015, publicado em processo eletrônico dje-193 divulg 25/09/2015 public 28/09/2015.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 19.229 AgR/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16.jun.15.

negativa, na medida em que o ato de colaboração não deve contar com diligência em andamento³¹.

No mesmo sentido, cumpre apresentar precedente examinado pelo Ministro Gilmar Mendes³², em que há nítido confronto entre a Súmula Vinculante 14 e o registro na colaboração premiada. Todavia, antes de se prosseguir, necessário esclarecer que, no caso concreto, a defesa buscava ter acesso somente aos registros audiovisuais da colaboração premiada, vez que as declarações escritas já tinham sido disponibilizadas aos defensores desde a fase investigativa.

Nos moldes do caso citado acima, o respeito ao enunciado da Corte Suprema, consistente na necessidade de entrega dos registros audiovisuais à defesa técnica, ocasionou a discussão sobre dois pontos importantes, quais sejam: a) a necessidade do duplo registro das declarações; e, b) possibilidade de fracionamento do registro, os quais serão examinados de forma mais detida.

O primeiro ponto consiste na suposta necessidade de se realizar o registro tanto por meio das declarações escritas, cuja obrigação deriva naturalmente da Lei 12.580/13, quanto pela via audiovisual, a qual encontra questionamentos pela doutrina diante da suposta faculdade inserida na legislação vigente.

Embora a lei utilize da terminologia “*sempre que possível*”, aparentemente não há justificativa plausível para não se realizar o duplo registro, a não ser em hipóteses excepcionais as quais dependeriam de motivação concreta do delegado de polícia ou Ministério Público. Em outras palavras, a previsão legal da lei para se realizar o duplo registro foi justamente assegurar o máximo de fidedignidade nas declarações prestadas pelo colaborador premiado, com vistas a assegurar ao delatado o amplo conhecimento do material produzido pelas autoridades legais.

Em verdade, ainda que de forma indireta, com o julgamento pela Corte Suprema Corte do HC 127.483/PR, reforçou-se o dispositivo

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 24116, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/05/2016, publicado em processo eletrônico dje-108 divulg 25/05/2016 public 27/05/2016.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 23030 MC, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/02/2016, publicado em processo eletrônico dje-039 divulg 01/03/2016 public 02/03/2016.

legal acerca do duplo registro, pois se consignou no remédio constitucional que a defesa técnica somente poderia impugnar as declarações em juízo do colaborador premiado, e não o acordo com suas obrigações, deveres e cláusulas em geral. Tal entendimento corrobora a imprescindibilidade de se produzir declarações escritas e audiovisuais, visto que o exercício do contraditório pelos delatados somente será possível na hipótese de conhecimento amplo pelos coacusados das informações reunidas pelo colaborador.

Por se tratar de instituto importante para o deslinde de processos criminais, mas que possibilita, da mesma forma, manipulações indevidas que podem gerar acusações injustas, impõe-se assegurar o contraditório dos delatados com a máxima amplitude possível, garantindo-lhes o direito ao confronto na fase judicial³³ e, por sua vez, viabilizando-se o conhecimento do material escrito e audiovisual produzido pelas autoridades públicas como forma de se permitir a correta valoração das declarações do colaborador.

De acordo com Andrey Borges de Mendonça “deve-se analisar se desde a investigação e em juízo apresentou a mesma versão, no tocante aos aspectos essenciais, ou se, ao contrário, declarou versões cambiantes e inseguras”.³⁴ Justamente por isto, faz-se necessário se produzir o máximo de registros possíveis, especialmente na fase investigatória, para possibilitar à defesa o posterior exercício do contraditório por meio da comparação de versões apresentadas pelo colaborador premiado, a fim de evitar informações inverídicas no processo penal.

Com tal procedimento aumenta-se a confiabilidade das declarações do colaborador premiado e, da mesma forma, permite-se que o delatado exerça da melhor forma possível todas suas impugnações processuais, evitando-se decisões injustas baseadas em colaborações falsas ou parciais. Dessa forma, existindo o duplo registro, o qual, na perspectiva desenvolvida acima, torna-se uma obrigação do delegado e

³³ BRASILEIRO, Renato. *Op. cit.*, p. 545.

³⁴ MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 515-535.

do Ministério Público, a defesa técnica terá direito ao acesso, nos termos da Súmula Vinculante 14.

O segundo ponto destacado na decisão, apesar de não ser o objeto central do presente artigo, compreende a possibilidade de fracionamento dos registros, vez que não raro a investigação aborda aspectos distintos - na maioria das vezes com a nomenclatura de anexos -, que podem não ser de interesse de um determinado delatado.

Em algumas hipóteses, ainda que exista o duplo registro, é possível que as declarações do colaborador premiado resultem em mais de uma linha de investigação, as quais poderão estar em fases distintas com possibilidades de acessos distintos. Surgem dúvidas sobre como proceder nessas hipóteses, vez que a impossibilidade de fracionamento resulta na própria confirmação e violação da Súmula Vinculante 14, pois o acusado tem direito a acessar as declarações, mas, ao mesmo tempo, existem medidas investigativas que poderiam ser frustradas em caso de levantamento do sigilo das declarações.

A solução mais razoável parece ser a realização do termo de acordo e das declarações de forma separada, ou seja, cada um para determinada linha de investigação, com o fito de se observar tanto a regra de levantamento do sigilo após o recebimento da denúncia inserida na Lei 12.850/13 quanto a Súmula Vinculante.³⁵ O controle do material que será disponibilizado à defesa técnica ficará sob a discricionariedade do Juiz, que deverá ter o cuidado de examinar os registros audiovisuais para fornecer todas as declarações que dizem respeito ao acusado, sem prejuízo de futura declaração de nulidade caso constatada a sonegação de material probatório.

Finalmente, considerando a importância que se dá atualmente à colaboração premiada como meio de obtenção de prova, deve-se examinar o instituto à luz das garantias individuais do acusado, em especial daqueles que foram delatados. Para isso o duplo registro e o acesso pela defesa técnica a todas as informações documentadas é medida necessária para se garantir o equilíbrio entre acusação e defesa no processo penal.

³⁵ MENDONÇA, Andrey Borges. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Revista Custos Legis*, vol. 4, 2013, p. 25-26.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base naquilo que foi examinado no presente artigo, depreende-se que a colaboração premiada ganha especial relevo no cenário jurídico com o advento da Lei 12.850/13, que trouxe finalmente o procedimento a ser observado pelos operadores do direito na viabilização do instituto, conferindo maior segurança jurídica ao colaborador premiado e também àqueles que forem atingidos pelas imputações que lhes forem dirigidas.

No entanto, mesmo com a regulamentação da colaboração premiada, algumas questões ainda precisam ser examinadas pela doutrina e jurisprudência, notadamente a imprescindibilidade de produção do registro das declarações do delator na forma escrita e audiovisual. Ou seja, mesmo considerando a importância da colaboração premiada como mecanismo para desvendamento da criminalizada organizada, é salutar compreender que se trata de técnica de obtenção de prova que pode se revelar arriscada, caso não seja desenvolvida com o cuidado devido de acordo com a legislação vigente.

Nestes moldes, a imposição legal de se realizar o registro audiovisual das declarações do colaborador deve ser estritamente seguida pelo delegado e Ministério Público, excepcionando-se as obrigações apenas em casos peculiares, sob pena de nulidade do acordo de colaboração premiada, em decorrência do descumprimento de atos e fórmulas previstas na lei de organização criminosa (art. 564, IV, CPP), e, por sua vez, a ilegalidade da prova.³⁶

³⁶ Segundo a doutrina majoritária “a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não atendido preceito processual” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 90). O ensinamento acima é importante para se concluir que o desrespeito infundado ao dispositivo que exige a produção do registro audiovisual levará à consequência da ilegitimidade da prova, a qual se sujeita ao sistema de nulidades do CPP. Hipoteticamente a solução parecer ser fácil, no entanto, na casuística a resposta pode ser mais complicada. Isso porque a colaboração premiada por ter sido entendida como meio de obtenção de prova, poderá originar medidas contra a intimidade, privacidade etc. (buscas e apreensões, interceptações telefônicas). Isso geraria a uma dupla consequência, com base na perspectiva doutrinária

Note-se que a Lei 12.850 enfatizou em diversos dispositivos a necessidade de presença do defensor do colaborador para, por exemplo, realizar as negociações, oitivas etc. (cf. art. 4º, §§ 6º, 7º, 9º, 14, 15), de modo que a declaração da nulidade não se daria em prejuízo daquele que não deu causa. Isso porque além das autoridades envolvidas na colaboração premiada, em especial o Ministério Público como fiscal da lei, cabe ao defensor do delator a responsabilidade pela observância da legislação, o que naturalmente compreende a produção dos registros audiovisuais.

Entender da forma descrita acima significa ampliar o contraditório daqueles que foram delatados, ao se oportunizar ampla verificação quanto aos detalhes e divergências das informações prestadas pelo colaborador, como também oferecer maior relevo ao próprio instituto da delação premiada, pois é do interesse do delegado e do Ministério Público que as declarações sejam corroboradas em juízo, o que somente pode ser alcançado com o direito ao confronto daqueles que foram delatados.

Portanto, partindo-se da premissa de que a regra é o duplo registro das declarações do colaborador, obriga-se que a defesa técnica tenha acesso aos elementos já documentados como forma de se assegurar a efetividade da Súmula Vinculante 14 do STF e, por consequência, o respeito à correta utilização da colaboração premiada e as garantias constitucionais dos coautores.

BIBLIOGRAFIA

ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada e polícia judiciária: a legitimidade do delegado de polícia*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Curso de Processo Penal*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016.

citada acima: a ilegitimidade da colaboração premiada sem o registro audiovisual, a qual poderia ser refeita pelo sistema de nulidades; na ilicitude das provas decorrentes da delação, com a inadmissibilidade de todos os elementos probatórios obtidos.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada (Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. *O modelo de investigação mista: a improbidade administrativa e os limites ao prêmio da delação premiada*. Disponível em < <http://emporiododireito.com.br/o-modelo-de-investigacao-mista-a-improbidade-administrativa-e-os-limites-ao-premio-da-delacao-premiada-por-walter-bittar/>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Delação premiada exige regulamentação mais clara*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara>>. Acesso em: 23 dez.16.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRUZ, Flávio Antônio da. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, v.1, n. 2, p. 145-219, dez. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado – Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/13*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DAVID, Décio Franco; TERRA, Luiza Borges. Sigilo e delação premiada: o tecer das teias da tarântula midiática. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs). *Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2016, p. 305-322.

DE GRANDIS, Rodrigo. *A inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos de colaboração premiada*. Disponível em < <http://jota.info/artigos/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada-05052015>>. Acesso em 26 de dezembro de 2016.

DELMANTO, Roberto; DELMANTOR JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINO, Nicolau. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende;

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs) *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 515-535.

DIPP, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. <http://dx.doi.org/10.11117/9788565604574>

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricas e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges. *A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. *Revista Custos Leges*, vol. 4, p. 25-26, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges. *A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório*. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs) *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa – Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: RT, 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 08/01/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/01/2017
- Avaliação 1: 17/01/2017
- Avaliação 2: 22/01/2017
- Avaliação 3: 26/01/2017
- Decisão editorial preliminar: 26/01/2017
- Retorno rodada de correções 1: 08/02/2017
- Decisão editorial final: 08/02/2017

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (SRM)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 167-187, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.48>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.