

Compartilhamento de Provas na Colaboração Premiada: Limites à Persecução Penal Baseada nos Elementos de Autoincriminação Produzidos pelo Delator

Sharing of Evidence in Plea Bargain: Limits to Criminal Persecution Based on Evidence Produced by the Accused Himself

VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS¹

Professor Permanente do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP/DF (Mestrado/Doutorado), Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de sanduíche na Universidad Complutense de Madrid/ESP (bolsa PDSE/Capes), Colaborador do Centro Universitário FIEO – Osasco/SP (Mestrado), Professor Efetivo da Universidade Estadual de Goiás, Editor-Chefe da *RBDPP* e Editor-Assistente da *RBCCrim*, Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal.

RESUMO: Com a expansão da utilização de mecanismos consensuais no processo penal, surgem problemas relacionados à necessidade de respeito à segurança jurídica e aos direitos fundamentais do colaborador. Uma questão fundamental é o compartilhamento de provas produzidas pelo delator para outros processos criminais ou outras esferas do Direito. Diante disso, delimitam-se os seguintes problemas: (1) Existem distinções no compartilhamento de provas em processos penais em que houve a colaboração do imputado em razão de acordo firmado com o acusador público? (2) Seria admissível utilizar em outras esferas de persecução ou processos distintos as provas aportadas ou indicadas pelo próprio delator em razão do acordo homologado? (3) É legítimo o compartilhamento de provas com autoridades que não aderiram ao acordo de colaboração premiada? Sustenta-se que existem distinções no caso de compartilhamento de elementos probatórios produzidos em colaboração premiada, tendo em vista a necessidade de respeito à segurança jurídica e ao direito de não autoincriminação. Assim, o compartilhamento de provas é cabível e pode ocorrer em relação a elementos produzidos por delator, desde que respeitados os termos do acordo de colaboração premiada homologado.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Criminal Negocial; colaboração premiada; compartilhamento de provas; direito de não autoincriminação.

1 Contato: vinicius.vasconcellos@ueg.br. Currículo Lattes: <lattes.cnpq.br/9628659956663949>. Orcid: <orcid.org/0000-0003-2020-5516>.

ABSTRACT: With the expansion of the use of consensual mechanisms in criminal justice, there are problems related to the necessary respect to legal certainty and to the fundamental rights of the accused. A key issue is the sharing of evidence produced by the offender to other criminal cases or other spheres of law. Regarding this, the following problems are defined: (1) Are there any distinctions between the sharing of evidence in criminal cases in which the accused collaborated because of an agreement reached with the public prosecutor? (2) Would it be permissible to use the evidence provided or indicated by the accused himself due to a plea-bargaining agreement in other spheres of State persecution or in different proceedings? (3) Is it fair to share evidence with authorities that have not adhered to the plea-bargaining agreement? It is argued that there are distinctions in the case of sharing of evidence produced in a plea bargain deal, due to the necessity of respect to legal certainty and to the privilege against self-incrimination. Thus, the sharing of evidence may occur in relation to elements produced by the accused, provided that the terms of the approved plea-bargaining agreement are respected.

KEYWORDS: Negotiated criminal justice; plea bargain; sharing of evidence; privilege against self-incrimination.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A lógica negocial no processo penal: facilitação à persecução pelo colaborador e não exercício de direitos fundamentais; 2 O compartilhamento de provas no processo penal: visão geral e especificidade do cenário de colaboração do imputado em justiça negocial; 3 Contornos dos debates e da prática atual da colaboração premiada em relação ao compartilhamento de provas; 4 Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre compartilhamento de provas em colaboração premiada e acordos de leniência; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Diante do cenário de expansão da justiça criminal negocial, os institutos consensuais, como a colaboração premiada, têm sido cada vez mais utilizados no processo penal brasileiro. Embora a regulamentação procedimental aportada pela Lei nº 12.850/13 tenha apresentado importantes avanços na estruturação de um sistema com maior segurança jurídica e previsibilidade, ainda existem diversos pontos que ocasionam tensões e problemas, essencialmente relacionados à adaptação ampla do modelo processual à lógica negocial².

Uma das questões de maior complexidade e importantes reflexos gerais diz respeito ao compartilhamento de provas produzidas pelo colaboradores a

2 Sobre discussões atuais relacionadas à colaboração premiada e proteção de direitos fundamentais, ver: AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017; BITTAR, Walter B. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-251, jan./abr. 2017; 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, v. 3, n. 1, p. 167-187, jan./abr. 2017.

outros processos ou investigações, inclusive em distintas esferas do Direito³. Trata-se de evidente lacuna da legislação que não especifica os limites à transferência de elementos aportados pelo delator, tendo em vista o benefício assegurado, mas que eventualmente podem ocasionar prejuízos colaterais.

Além do compartilhamento das informações entre processos penais, aqui também surge a questão dos impactos do acordo de colaboração premiada em distintas esferas do Direito. Uma conduta ilícita, tipificada penalmente, pode ocasionar reflexos sancionatórios também nos âmbitos civil, administrativo e tributário, por exemplo.

Diante da promessa de uma limitação ou redução à sanção penal, homologada judicialmente, o colaborador deixa de exercer os direitos de defesa e de não produzir prova contra si mesmo, contribuindo à sua autoincriminação por meio da entrega ou auxílio ao Estado para a produção de provas. Ou seja, considerando o acordo firmado com o acusador público, e homologado pelo julgador, o delator tem confiança de que, se colaborar efetivamente com a persecução penal, irá receber o benefício prometido e, assim, produz elementos que provavelmente fundamentaram a sua própria condenação.

Diante disso, delimitam-se os seguintes problemas: (1) Existem distinções no compartilhamento de provas em processos penais em que houve a colaboração do imputado em razão de acordo firmado com o acusador público? (2) Seria admissível utilizar em outras esferas de persecução ou processos distintos as provas aportadas ou indicadas pelo próprio delator em razão do acordo homologado? (3) É legítimo o compartilhamento de provas com autoridades que não aderiram ao acordo de colaboração premiada? Ou seja, podem-se utilizar as provas produzida pelo colaborador, incentivado pela expectativa de que receberá a redução de pena prevista no acordo, para auxiliar processos distintos ou autoridades de outras esferas de modo a se possibilitar uma sanção mais gravosa e não limitada pelos termos do negócio homologado?

1 A LÓGICA NEGOCIAL NO PROCESSO PENAL: FACILITAÇÃO À PERSECUÇÃO PELO COLABORADOR E NÃO EXERCÍCIO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A justiça criminal negocial (ou consensual) define-se como

[...] modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente

3 Sobre isso: DAVID, Décio F.; INCOTT JR., Paulo R. Colaboração premiada: natureza jurídica e possibilidade de comunicação dos efeitos da colaboração para esferas extrapenais. In: GOMES, L. F.; SILVA, M. R.; MANDARINO, R. P. (Org.). *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 101-119.

com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes⁴.

Diante disso, pode-se afirmar que no Brasil já existem diversos mecanismos negociais na justiça criminal. Por exemplo, a colaboração premiada, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de leniência são *mecanismos da justiça criminal negocial*, ao passo que “se caracterizam como facilitadores da persecução penal por meio do incentivo à não resistência do acusado, com sua conformidade à acusação, em troca de benefício/prêmio (como a redução da pena), com o objetivo de concretizar o poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso”⁵.

Portanto, em tal cenário, o Estado oferece incentivos ao imputado para que ocorra uma facilitação à atuação dos órgãos de investigação e acusação de casos penais⁶. Em troca de benefícios, como a redução da pena, o acusado colabora com a persecução penal, produzindo provas contra terceiros, confessando, devolvendo valores ilícitamente obtidos etc.

Ou seja, tendo em vista uma promessa de tratamento mais benéfico em seu sancionamento, o imputado adota postura ativa para facilitar a persecução penal. Nesse sentido, deixa de exercer o seu direito à não autoincriminação sabendo que, se realizar a colaboração efetiva e cumprir as cláusulas do acordo, receberá o tratamento ali previsto⁷. Trata-se de medida de segurança jurídica e previsibilidade da justiça negocial que, inclusive, fundamentou a posição adotada pelo STF no sentido de que o julgador, no momento do sentenciamento, fica vinculado aos termos do acordo anteriormente homologado, se houver a colaboração efetiva em conformidade com os termos negociados⁸.

4 VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 50.

5 VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 26.

6 Conforme Gabriel Anitua, tais institutos “têm como característica comum a outorga ao Estado (que é representado pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público) da possibilidade de reduzir a pena ou, inclusive, perdoar o acusado com base em pactos ou acordos” (ANITUA, Gabriel I. En defensa del juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el “arrepentido”. In: ANITUA, Gabriel I. *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010. p. 154) (tradução livre).

7 Sobre a possibilidade de concessão do benefício mesmo sem acordo previamente formalizado e homologado: SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017.

8 “[...] caso se configure, pelo integral cumprimento de sua obrigação, o direito subjetivo do colaborador à sanção premial, tem ele o direito de exigir-la judicialmente, inclusive recorrendo da sentença que deixar de reconhecê-la ou vier a aplicá-la em desconformidade com o acordo judicialmente homologado, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança” (STF, HC 127.483/PR, TP, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 27.08.2015, p. 63). Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 112-116.

Inclusive, vale ressaltar que a colaboração premiada, como mecanismo voltado à facilitação da persecução penal por meio da concessão de benefícios ao imputado, é objeto de inúmeras críticas doutrinárias⁹. Uma delas diz respeito ao poder coercitivo de tal sistema, que, por meio de pressões indevidas, como ameaças de uma sanção maior em caso de recusa ao acordo ou o inchaço artificial da acusação (*overcharging*), potencializa a condenação de inocentes ou um tratamento desproporcional aos fatos assumidos. Afirma-se que a justiça consensual “não foi projetada para ser utilizada aos réus confessos, mas para gerar réus confessos a quem aplicá-la”¹⁰. Portanto, diante de tais críticas, fundamental consolidar uma postura de limitação aos institutos negociais, em prol do respeito aos direitos fundamentais, com especial atenção aos critérios impostos legalmente¹¹.

2 O COMPARTILHAMENTO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL: VISÃO GERAL E ESPECIFICIDADE DO CENÁRIO DE COLABORAÇÃO DO IMPUTADO EM JUSTIÇA NEGOCIAL

O compartilhamento de provas, também chamado de “prova emprestada”, ocasiona interessantes debates em âmbito doutrinário. Conceitualmente, afirma-se que “prova emprestada é aquela que, regularmente produzida em determinado processo, é transladada documentalmentemente a outro feito, a fim de neste ser valorada”¹².

Majoritariamente, tal mecanismo é aceito sem maiores cautelas. No HC 102.293, a Segunda Turma do STF assentou que:

Os elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução processual penal, desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por Juízo competente, admitem compartilhamento para fins de instruir procedimento criminal ou mesmo procedimento administrativo disciplinar contra os investigados.¹³

-
- 9 Sobre isso, ver: SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240-261; VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018; COUTINHO, Jacinto Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 22, a. VI, p. 75-84, abr./jun. 2006.
- 10 BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comp.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 77 (tradução livre).
- 11 Sobre tensões ocasionadas em razão de interesses político-criminais na estruturação de instrumentos processuais penais: DIVAN, Gabriel A. Crítica científica de “A colaboração premiada como instrumento de política criminal” – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 417-428, jan./abr. 2017.
- 12 GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993. p. 66.
- 13 STF, HC 102.293, 2ª T., Rel. Min. Ayres Britto, J. 24.05.2011, DJe 19.12.2011.

Na Primeira Turma, asseverou-se que “é assente na jurisprudência desta Corte a admissibilidade, em procedimentos administrativos ou civis, de prova emprestada produzida em processo penal, mesmo que sigilosos os procedimentos criminais”¹⁴.

Em precedente firmado pelo Tribunal Pleno do STF na 2ª QO no INQ 2.424, afirmou-se que

dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova.¹⁵

Por outro lado, há quem afirme a necessidade de limitações. Lopes Jr. sustenta que a prova documental, em que inexistente sigilo decretado, não aponta maiores problemas ao compartilhamento. Contudo, em hipóteses de prova testemunhal ou técnica, deve haver limitação em respeito ao contraditório, pois tais espécies são produzidas tendo em vista um quadro fático específico, o que pode ocasionar violações ao direito de defesa com a simples transposição de um processo a outro¹⁶.

Gustavo Badaró elenca os seguintes requisitos para que haja o empréstimo de provas:

Para que a prova originária de um processo possa ser validamente transladada para outro processo, é necessário que: (1) a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante o juiz natural; (2) a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; (3) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; (4) que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo.¹⁷

Contudo, ainda que se adote a posição menos restritiva em relação ao compartilhamento de provas, é fundamental perceber que existem distinções e características essenciais quando tal mecanismo é aventado em um cenário de

14 INQ 3.305-AgRg, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Min. Roberto Barroso, J. 23.02.2016, DJe 01.07.2016.

15 STF, INQ-QO-QO 2424, TP, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 20.06.2007, publ. 24.08.2007. Posição reiterada em: STF, QO AP 945/AP, 2ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, J. 21.03.2017. Deve-se, contudo, citar posição mais restritiva adotada pelo Tribunal Pleno do STF em 2012: “Consoante dispõe o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, mostra-se inadequado o compartilhamento de prova que, no campo da exceção – afastamento da privacidade –, implicou interceptação telefônica determinada por órgão judicial e para efeito específico, ou seja, investigação criminal ou instrução processual penal” (INQ 3.014-AgRg, TP, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 13.12.2012, DJe 20.09.2013).

16 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 382-384.

17 BADARÓ, Gustavo H. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 399. Sobre isso: CESCA, Brenno Gimenes. *Prova emprestada no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 54-76.

colaboração premiada. Como visto no item anterior, a justiça criminal negocial caracteriza-se pelo oferecimento de benefícios ao imputado em troca de sua atuação no sentido de facilitar a persecução penal.

Ou seja, na colaboração premiada, ciente de que, caso realize uma colaboração efetiva e respeite os termos do acordo formalizado com o acusador público e homologado pelo julgador, o acusado afasta-se de sua posição de resistência para cooperar com as autoridades, confessando, produzindo provas contra terceiros, repatriando ativos ilícitamente obtidos etc.¹⁸. Há, portanto, o não exercício de direitos fundamentais, como de defesa, contraditório e não autoincriminação, tendo em vista que o Estado assegurará um sancionamento mais benéfico, nos termos do acordo homologado.

Diante disso, a ideia de compartilhamento de provas deve se compatibilizar com a lógica da justiça negocial, em respeito à confiança, à previsibilidade e à segurança jurídica. Não se pode aceitar que o Estado incentive e prometa um determinado tratamento ao imputado com o objetivo de que ele produza provas contra si mesmo, e depois, em processo ou esfera distinta, promova um sancionamento mais gravoso, utilizando das próprias provas produzidas pelo colaborador.

Nesse sentido, pode-se, inclusive, considerar a lógica do requisito de finalidade do ato para o compartilhamento de provas. Conforme Danilo Knijnik, “como regra, não há impedimento na circulação de provas entre procedimentos, desde que, todavia, a prova não esteja atrelada a uma finalidade específica, fixada por lei, caso em que a circulação, com desvio de finalidade, deve ser vedada”¹⁹.

A produção de prova pelo colaborador visa claramente a atender os deveres previstos e impostos pelo acordo homologado judicialmente, com a finalidade de realizar a colaboração eficaz e cumprir as cláusulas do acordo, de modo a se receber o benefício previsto. Assim, a utilização das provas produzidas pelo colaborador sem a aderência ao acordo dos órgãos diversos viola essa premissa, acarretando desvio de finalidade que deve ser inadmitido.

Portanto, deve haver limitações e cautelas especiais para o compartilhamento de provas produzidas a partir de colaboração premiada e dos mecanismos negociais em geral. Na doutrina, em estudo específico sobre o tema, Gomes Filho afirma que, em meios de obtenção de prova (como a colaboração premiada e os acordos de leniência), “ao estabelecer os estreitos parâmetros de

18 VASCONCELLOS, Vinicius G. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, p. 165-199, abr./jun. 2016. p. 187-188.

19 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 81.

tais atividades, fica clara a intenção do legislador em assegurar que a obtenção de provas seja realizada de forma compatível com os direitos fundamentais envolvidos, como a intimidade, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações (art. 5º, X, XI e XII, da CF)²⁰.

3 CONTORNOS DOS DEBATES E DA PRÁTICA ATUAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA EM RELAÇÃO AO COMPARTILHAMENTO DE PROVAS²¹

A questão do compartilhamento de provas envolve diretamente a regra do sigilo que se impõe ao mecanismo negocial, a partir das previsões da Lei nº 12.850/2013. Considerando-se que, até o recebimento da denúncia, não há divulgação do termo do acordo ou das declarações eventualmente prestadas, ocorrem certos conflitos com outras esferas estatais, em razão dos entraves ao compartilhamento das informações. Conforme Gilson Dipp, “[...] há, pois, vedação formal de remessa de seus documentos ou informações a outro órgão judicial, administrativo ou externo, de investigação ou controle, inclusive Comissões de Inquérito ou de Investigação com ou sem prerrogativas assemelhadas, antes da cessação do sigilo”²².

Para tentar enfrentar tal problemática, tem sido prevista cláusula que autoriza a utilização válida das provas obtidas por meio da colaboração premiada em qualquer investigação, ações penais, cíveis ou administrativas, além de seu empréstimo a outros órgãos, como os MPs estaduais, a Receita Federal, a Procuradoria da Fazenda Nacional e o Banco Central²³. Contudo, em acordo firmado no caso JBS, previu-se cláusula limitativa: “O compartilhamento das provas produzidas neste acordo para fins de utilização nas esferas cíveis e administrativas não poderá ser feito em prejuízo do próprio colaborador” (cláusula 19, § 3º, do acordo na PET 7.003-STF). Em relação a essa temática, embora em pedido realizado por defesa de outro acusado, o STF decidiu que “é descabido o requerimento de quebra de sigilo de delações premiadas realizadas em outros procedimentos criminais”²⁴.

Nesse sentido, vale citar orientação do Estudo Técnico nº 01/2017 da 5ª Câmara de Coordenação de Revisão do MPF, o qual trata da normativa sobre acordos de leniência, mas adota lógica compartilhada às colaborações premia-

20 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 59, ago. 2016.

21 Este tópico é uma versão revisada, alterada e ampliada do item 8.1.1 de: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

22 DIPP, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. p. 47.

23 Cláusula 12, acordo na PET 5.244, STF; cláusula 16 do acordo na PET 5.210, STF; cláusula 31 do acordo na PET 5.952, STF; cláusula 20, acordo na PET 6.138, STF; cláusula 19, PET 7.003, STF.

24 STF, AgRg-AP 477/SP, Plenário, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 17.10.2013.

das: “O acesso a informações e documentos obtidos em colaboração premiada, por outros órgãos públicos de fiscalização e controle ou por terceiros interessados que se legitimem a tal *disclosure*, depende da adesão racional e razoável aos termos negociados e acertados entre Estado e colaborador”²⁵.

Os modelos de acordos realizados têm apresentado cláusula que limita o compartilhamento de informações com outras autoridades, mantendo seu sigilo e, inclusive, vedando o acusado de prestar esclarecimentos sobre os fatos. Assim, determina-se: “As partes signatárias comprometem-se a preservar o sigilo do presente acordo e de seus anexos perante qualquer autoridade distinta do Ministério Público Federal, do Poder Judiciário e do Departamento de Polícia Federal, enquanto o Ministério Público Federal entender que a publicidade possa prejudicar a efetividade das investigações” (cláusula 36 do acordo na PET 5.952-STF). Desse modo, fica vedado o compartilhamento com CPIs, por exemplo.

Segundo a Orientação Conjunta nº 1/2018 do MPF:

As provas decorrentes do acordo de colaboração premiada poderão ser compartilhadas com outros órgãos e autoridades públicas nacionais, para fins cíveis, fiscais e administrativos, e com autoridades públicas estrangeiras, inclusive para fins criminais, com a ressalva de que tais provas não poderão ser utilizadas contra os próprios colaboradores para produzir punições além daquelas pactuadas no acordo. Esta ressalva deve ser expressamente comunicada ao destinatário da prova, com a informação de que se trata de uma limitação intrínseca e subjetiva de validade do uso da prova, nos termos da Nota Técnica nº 01/2017, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão.²⁶

Na doutrina, discute-se a possibilidade de compartilhamento de provas de colaboração premiada. Em sentido positivo, Marcos Paulo Dutra afirma que, “à semelhança da interceptação telefônica, há de ser genuinamente determinada para fins penais, mas, a partir daí, nada impede que o acervo probatório carreado seja compartilhado para fins não penais, desde que correlatos – ação civil pública, ação de improbidade administrativa, procedimento administrativo disciplinar etc.”²⁷.

25 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudos-e-notas-tecnicas/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019, p. 118. Conforme o referido estudo, tal interpretação “trata-se de decorrência lógica que deflui do paradigma de consensualidade e da própria negociação encetada, que impõe ao Estado a aceitação deste ônus em troca de bônus investigativos e sancionatórios, sob pena de, ao contrário, enfraquecer-se demasiadamente a posição de quem colabora com o poder público sancionador, abrindo mão de direitos fundamentais de autodefesa e lançando por terra as demandas de segurança jurídica” (ibidem, p. 118).

26 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019, p. 5.

27 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 167. De modo semelhante: FONSECA, Cibele B. G. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 192; DINO, Nicolau. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In:

Por outro lado, em visão restritiva, conforme Carla de Carli, “caso não seja possível envolver na negociação os membros do Ministério Público lotados nas outras jurisdições, ou algum juízo não homologue a colaboração, as provas de uma investigação que eventualmente estiverem mais adiantadas, em razão da colaboração, não deverão ser compartilhadas com o outro juízo”²⁸.

Além da questão da segurança jurídica em relação ao colaborador, também não se pode esquecer da necessidade de respeito ao contraditório daqueles imputados incriminados pelas declarações do colaborador. Afirma-se que, “em se cuidando de interrogatório de terceiro que contenha, por exemplo, delação do outro réu, força convir ser apenas possível seu empréstimo quando no feito originário tenha também participado a defesa do réu do processo a que se pretende transportar a prova”²⁹.

Certamente, outro ponto tensão é o compartilhamento das informações com as *Comissões Parlamentares de Inquérito*. O texto normativo (art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013) não faz qualquer referência à possível exceção ao sigilo nesse sentido. Além disso, por suas características mais amplas e envolvimento de maior número de pessoas, dificultar-se-ia em muito a manutenção do sigilo³⁰. Nesse sentido, no MS 33.278/DF do STF, em decisão monocrática, o Ministro Roberto Barroso assentou que “[...] é plausível a tese segundo a qual, antes do recebimento da denúncia, o acesso aos depoimentos colhidos em regime de colaboração premiada é restrito ao juiz, ao membro do Ministério Público, ao delegado de polícia e aos defensores que atuam nos autos, excluindo-se outras autoridades, ainda que com hierarquia e poderes semelhantes”³¹.

Diante desse cenário, tramita na Câmara dos Deputados projeto de lei (PL 8.079/2014) que pretende inserir dispositivos prevendo o compartilhamento das informações com as CPIs. Segundo a redação proposta, seriam adicionados os seguintes parágrafos ao art. 7º da Lei nº 12.850/2013:

§ 3º Homologado o acordo, as informações sigilosas prestadas pelo colaborador poderão ser compartilhadas com Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que relacionadas à investigação a que se destina.

SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 531.

28 DE CARLI, Carla V. Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 122.

29 CESCA, Brenno Gimenes. *Prova emprestada no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 122. Sobre isso, ver: BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 315-343, jan./jun. 2011.

30 GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 343.

31 STF, MS 33.278/DF, decisão monocrática, Min. Roberto Barroso, J. 18.11.2014.

§ 4º A Comissão Parlamentar de Inquérito deverá adotar as medidas necessárias à garantia do sigilo das informações compartilhadas na forma do § 3º.

§ 5º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

De modo semelhante, o PL 4.082/2015 indica a seguinte redação aos parágrafos do art. 7º:

[...]

§ 4º Também terão acesso aos autos às Comissões Parlamentares de Inquérito que investiguem o mesmo objeto, desde garantido o sigilo das informações e os direitos previstos no art. 5º desta lei.

§ 5º Aquele que violar o sigilo previsto neste artigo responderá pelo crime previsto no art. 325, § 2º, do Código Penal.

Por fim, em relação ao compartilhamento de provas em *cooperação jurídica internacional*, acordo de colaboração premiada firmado no âmbito da operação Lava Jato prevê cláusula que restringe sua possibilidade:

O Ministério Público Federal e, no âmbito de suas atribuições, qualquer outro ente administrativo que venha a ter acesso às provas resultantes deste acordo, somente prestará cooperação jurídica internacional de qualquer natureza que envolva acesso a qualquer informação ou elemento de prova resultante da colaboração ora pactuada, bem como ao próprio colaborador, se a autoridade estrangeira celebrar com o colaborador acordo ou lhe fizer proposta formal de acordo cujo efeito exoneratório seja, no mínimo, equivalente ao do presente acordo. (Cláusula 21, acordo na PET 6.138-STF).³²

A autoridade estrangeira ainda deverá “indicar, fundamentadamente, que seu ordenamento jurídico também lhe confere competência sobre os fatos objetivo desse acordo” (cláusula 20, parágrafo único, acordo na PET 6.138-STF).

4 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE COMPARTILHAMENTO DE PROVAS EM COLABORAÇÃO PREMIADA E ACORDOS DE LENIÊNCIA

Recentemente, no segundo semestre de 2018, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão do compartilhamento de provas em mecanismos negociais em dois julgados da Segunda Turma. Em ambos os casos, houve a manutenção do compartilhamento das provas, mas com o fortalecimento da segurança do acordo em relação ao colaborador.

32 De modo semelhante: cláusula 19, § 1º, PET 7.003, STF. Sobre isso: FONSECA, Cibele B. G. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 126-129.

Inicialmente, no Agravo Regimental no Inquérito nº 4.420, assentou-se a seguinte ementa:

Penal e processual penal. 2. Compartilhamento de provas e acordo de leniência. 3. A possibilidade de compartilhamento de provas produzidas consensualmente para outras investigações não incluídas na abrangência do negócio jurídico pode colocar em risco a sua efetividade e a esfera de direitos dos imputados que consentirem em colaborar com a persecução estatal. 4. No caso em concreto, o inquérito civil investiga possível prática de ato que envolve imputado que não é abrangido pelo acordo de leniência em questão. 5. Contudo, deverão ser respeitados os termos do acordo em relação à agravante e aos demais aderentes, em caso de eventual prejuízo a tais pessoas. 6. Nego provimento ao agravo, mantendo a decisão impugnada e o compartilhamento de provas, observados os limites estabelecidos no acordo de leniência em relação à agravante e aos demais aderentes.³³

No caso, o recurso foi interposto para impugnar decisão que deferiu o compartilhamento de provas produzidas em acordo de leniência para inquérito civil, por requerimento do Ministério Público de São Paulo. Em sua manifestação, o Ministério Público Federal afirmou que “é certo que o Acordo de Leniência celebrado entre o *Parquet* federal e a empresa Odebrecht impõe limitação no uso das provas compartilhadas com outros órgãos, salvaguardando os colaboradores para que não sejam punidos além das sanções previstas no referido acordo”.

Diante de tal cenário, o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, aprovado unanimemente na Turma, esclareceu que “a possibilidade de compartilhamento de provas produzidas consensualmente para outras investigações não incluídas na abrangência do negócio jurídico pode colocar em risco a sua efetividade e a esfera de direitos dos imputados que consentirem em colaborar com a persecução estatal”. Assim, “a utilização de tais elementos probatórios, produzidos pelo próprio colaborador, em seu prejuízo, de modo distinto do firmado com a acusação e homologado pelo Judiciário é prática abusiva, que viola o direito a não autoincriminação”.

No acordo de leniência que estava em análise no caso concreto, havia cláusula no sentido de que,

em caso de negativa de adesão a este Acordo de Leniência pelo membro do Ministério Público mencionado no § 2º desta cláusula, por qualquer motivo, os anexos e provas decorrentes deste Acordo de Leniência que digam respeito aos fatos submetidos a tais promotores ou procuradores e cuja adesão foi negada serão devolvidas pelo Ministério Público Federal à empresa, mediante recibo, e

33 STF, INQ 4420-AgRg, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 28.08.2018, DJe 13.09.2018.

não poderão ser utilizadas pelo membro do Ministério Público não aderente para quaisquer fins. (Cláusula 4ª, § 3º)

Ressaltou-se, entretanto, que “isso não impede que outras autoridades não aderentes ao acordo realizem investigações e perseguições distintas (por exemplo sobre fatos novos ou não incluídos no acordo), mas veda somente a utilização para esses casos de elementos probatórios produzidos pelos próprios colaboradores em razão do negócio firmado”.

No caso em concreto, o requerimento de compartilhamento de provas dirigia-se a investigação civil contra terceiros, ou seja, não especificamente em face das pessoas abarcadas pelo acordo de leniência. Portanto, foi mantida a decisão que autorizava o compartilhamento, mas se ressaltou que isso “deverá respeitar os termos do acordo em relação à agravante (Odebrecht) e aos demais aderentes, em caso de eventual prejuízo a tais pessoas”. Ou seja, devem ser “observados os limites estabelecidos no acordo de leniência em relação à agravante e aos demais aderentes”.

Posteriormente, no julgamento do Agravo Regimental na Petição nº 7.065, a Segunda Turma do STF reiterou tal entendimento³⁴. Tratava-se de situação semelhante, que agora envolvia compartilhamento de declarações de colaborador, requeridas pelo Ministério Público de Santa Catarina, deferida pelo relator no STF, mas impugnada pelo Ministério Público Federal. Nos termos do recurso, alegou o MPF:

[...] a lógica de instrumentos consensuais, ou negociados, como a colaboração, impõe ao Estado a aceitação do ônus em troca de bônus investigativos e sancionatórios. Há que se admitir a existência de limitações de caráter subjetivo de uso das provas obtidas com a colaboração, entre eles, mister realçar, a adesão racional e razoável aos termos negociados e acertados entre o Estado e Colaborador.

Em um primeiro momento, ao votar, o Ministro Relator Edson Fachin afirmava que “o pedido compartilhamento não demanda cautelas específicas a pretexto de prevenir a inviolabilidade da autoincriminação”, de modo que mantinha o compartilhamento sem maiores ressalvas. Contudo, a partir da divergência parcial apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, assentou-se a orientação adotada no INQ 4.420-AgRg. Também, nesse caso, o compartilhamento visava à perseguição de terceiros não abarcados pelo acordo de colaboração premiada, motivo pelo qual foi mantido, mas se destacou que “deverá respeitar os termos do acordo em relação aos seus aderentes, em caso de eventual prejuízo a tais pessoas”.

34 STF, PET 7.065-AgRg, 2ª T., Rel. Min. Edson Fachin, J. 30.10.2018. Acórdão ainda não publicado.

Diante de tais decisões, adotadas pela 2ª Turma do STF, pensa-se que a imposição de limitações ao compartilhamento de provas é adequada e necessária em casos de colaboração premiada. Os elementos produzidos e indicados pelo delator, tendo em vista o acordo firmado e homologado, não podem ser utilizados em outras persecuções, penais ou não, para agravar a sua situação.

Portanto, o compartilhamento de prova pode ser aceito, mas, em caso de prejuízo ao colaborador, precisa respeitar os termos do acordo. Se deseja utilizar as provas produzidas pelo colaborador, autoridade que realize persecução diversa deve aderir ao acordo, respeitando os seus termos e limites. Ou, em caso de não aderência, não há impedimento a que se investigue, processe e imponha pena mais grave ao delator em processo por fatos distintos, desde que não se utilizem os elementos probatórios por ele produzidos em razão do acordo firmado e homologado anteriormente.

CONCLUSÃO

Diante do exposto neste trabalho, retomam-se os problemas que foram delimitados na introdução e guiaram o seu desenvolvimento: (1) Existem distinções no compartilhamento de provas em processos penais em que houve a colaboração do imputado em razão de acordo firmado com o acusador público? (2) Seria admissível utilizar em outras esferas de persecução ou processos distintos as provas aportadas ou indicadas pelo próprio delator em razão do acordo homologado? (3) É legítimo o compartilhamento de provas com autoridades que não aderiram ao acordo de colaboração premiada? Ou seja, podem-se utilizar as provas produzida pelo colaborador, incentivado pela expectativa de que receberá a redução de pena prevista no acordo, para auxiliar processos distintos ou autoridades de outras esferas de modo a se possibilitar uma sanção mais gravosa e não limitada pelos termos do negócio homologado?

1. Existem distinções entre as hipóteses tradicionais de compartilhamento de provas e um cenário em que houve a produção de elementos pelo próprio imputado em razão de acordo de colaboração premiada firmado com o acusador público e homologado judicialmente. O delator produz ou indica provas que podem fundamentar sua autoincriminação tendo em vista as limitações ou reduções asseguradas pelo acordo no caso de colaboração efetiva.
2. O compartilhamento de provas, conforme firmado pela jurisprudência do STF, é cabível e pode ocorrer em relação a elementos produzidos por colaborador, desde que respeitados os termos do acordo de colaboração premiada homologado. Em respeito à segu-

rança jurídica e ao direito de não autoincriminação, os termos do acordo devem ser atendidos.

3. O compartilhamento das provas pode ser realizado com autoridades que não aderiram ao acordo, desde que sejam destinados a investigações contra terceiros. Contudo, em caso de não aderência, tais elementos não podem ser utilizados em prejuízo do colaborador. Ou seja, provas produzidas pelo delator em razão do acordo não podem ser utilizadas para impor sanções mais gravosas em outros processos ou esferas do Direito, que não respeitem os termos do acordo homologado.

REFERÊNCIAS

- AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>>.
- ANITUA, Gabriel I. En defensa del juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el “arrepentido”. In: ANITUA, Gabriel I. *Ensayos sobre enjuiciamiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.
- BADARÓ, Gustavo H. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2018.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 315-343, jan./jun. 2011.
- BITTAR, Walter B. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 225-251, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.41>>.
- 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, v. 3, n. 1, p. 167-187, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.48>>.
- BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comp.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- CESCA, Brenno Gimenes. *Prova emprestada no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2016.
- COUTINHO, Jacinto Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 22, a. VI, p. 75-84, abr./jun. 2006.
- DAVID, Décio F.; INCOTT JR., Paulo R. Colaboração premiada: natureza jurídica e possibilidade de comunicação dos efeitos da colaboração para esferas extrapenais. In: GOMES, L. F.; SILVA, M. R.; MANDARINO, R. P. (Org.). *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 101-119.

- DE CARLI, Carla V. Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza A.; BOTTINI, Pierpaolo C. (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: RT, 2017.
- DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIPP, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.11117/9788565604574>>.
- DIVAN, Gabriel A. Crítica científica de “A colaboração premiada como instrumento de política criminal” – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 417-428, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.55>>.
- FONSECA, Cibele B. G. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, ago. 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 60-69, out./dez. 1993.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.49>>.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240-261.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.
- _____. *Barganha e justiça criminal negocial*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.
- _____. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, p. 165-199, abr./jun. 2016.

Data da submissão: 18 de janeiro de 2019

Data do aceite: 10 de abril de 2019