

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de agravo regimental interposto por Jacob Barata Filho em face da decisão de fls. 26-30, por meio da qual foi indeferido pedido de acesso a acordo de colaboração premiada celebrado entre o Ministério Público Federal e Lúcio Bolonha Funaro.

Além do acesso ao referido acordo de colaboração premiada, a defesa pugna para que se afirme a *“inequívoca competência desta E. Suprema Corte para apreciar eventual investigação instaurada a partir do teor dos depoimentos prestados pelo colaborador”* e, subsidiariamente, a fixação da competência da Justiça Eleitoral do Distrito Federal.

O Ministro Relator indeferiu o pedido de acesso e deixou de apreciar a questão da competência suscitada pela defesa, tendo em vista *“ a ausência de comando decisório concreto”* .

Passo a apreciar as questões recursais discutidas.

Do não conhecimento do recurso em relação à fixação da competência

No que se refere à questão da competência, razão assiste ao eminente Relator, uma vez que a defesa não apontou para a existência de procedimento investigativo em curso ou decisão impugnável que tenha deferido o pleito de remessa às instâncias inferiores.

A peça recursal se limita a alegar que *“não poderia ser realizada cisão de eventual procedimento criminal, visto que constituiria clara afronta à aplicabilidade dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório dos acusados, especialmente do Agravante”* (fl. 39-v).

Ressalta, ainda, *“mostrar-se imprescindível a manutenção da unicidade de eventuais persecuções penais voltadas para a apuração dos fatos descritos pelo colaborador”* (fl. 40).

A irresignação é construída com base em argumentos em tese, não tendo o recorrente demonstrado a existência de decisão concretamente proferida capaz de causar prejuízo e ser impugnada em sede recursal.

Em assim sendo, entendo que inexistente interesse recursal quanto a esse ponto. Sobre esse requisito subjetivo, a doutrina assenta que “o recorrente deve [...] ter interesse, ou seja, deve existir um gravame gerado pela decisão impugnada”, de modo a existir “uma diferença injustificada [...] entre sua pretensão [...] e o que foi reconhecido”. (LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**).

Por conseguinte, “cabe ao recorrente alegar o prejuízo para que o recurso seja conhecido e deve motivá-lo na forma legal para que seja fundado” (LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**).

Portanto, uma vez não demonstrada a existência concreta de investigação ou de decisão que tenha declinado dos autos às instâncias inferiores, não conheço do recurso nesse ponto em virtude da ausência de interesse recursal.

Do acesso às colaborações premiadas

A Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 prevê, em seu art. 7º, o sigilo do acordo de colaboração como regra, que se estende aos atos de cooperação, especialmente às declarações do cooperador. No entanto, o sigilo dos atos de colaboração não é oponível ao delatado. Há uma norma especial que regulamenta o acesso do defensor do delatado aos atos de colaboração – o § 2º do art. 7º. O dispositivo consagra o “amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa”, “ressalvados os referentes a diligências em andamento”.

Deve-se atentar para o fato de que a Lei 13.964/2019 alterou a redação do § 3º do referido dispositivo para assentar que “o acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese”. Tal determinação é positiva para tentar evitar os costumeiros vazamentos que permearam operações em tempos recentes, mas, por óbvio, não pode restringir o acesso do delatado a elementos indispensáveis para o exercício da sua defesa.

Em precedente de referência sobre a temática, em que fui Relator, a 2ª Turma deste Supremo Tribunal Federal assentou que:

“Reclamação. 2. Direito Penal. 3. Delação premiada. “Operação Alba Branca”. Suposta violação à Súmula Vinculante 14. Existente. TJ /SP negou acesso à defesa ao depoimento do colaborador Marcel Ferreira Júlio, nos termos da Lei n. 12.850/13. Ocorre que o art. 7º, § 2º, do mesmo diploma legal consagra o “amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa”, ressalvados os referentes a diligências em andamento. É ônus da defesa requerer o acesso ao juiz que supervisiona as investigações. O acesso deve ser garantido caso estejam presentes dois requisitos. Um, positivo: o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente (INQ 3.983, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 3.3.2016). Outro, negativo: o ato de colaboração não deve referir-se à diligência em andamento. A defesa do reclamante postulou ao Relator do processo o acesso aos atos de colaboração do investigado. 4. Direito de defesa violado. 5. Reclamação julgada procedente, confirmando a liminar deferida. (Rcl 24.116, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 13.2.2017)”.

Portanto, o acesso deve ser garantido caso estejam presentes dois requisitos: um positivo, o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente; e outro negativo, o ato de colaboração não deve referir-se à diligência em andamento.

Como afirmo no referido julgado, sem dúvidas, a verificação do requisito negativo é de difícil avaliação pelo magistrado, na medida em que a investigação criminal não é conduzida pelo juiz. Em verdade, muitas diligências essenciais da investigação criminal não dependem de autorização judicial. Não é incomum que o julgador venha a saber de acompanhamento de suspeitos, inquirições, buscas pessoais, apreensões de objetos abandonados, exames periciais etc., somente após o encerramento das diligências.

É essencial, no entanto, que, uma vez requerido o acesso pelo delatado, o julgador requisite informações acerca das diligências em andamento. Havendo diligências pendentes, as informações podem ser prestadas em apartado, para preservar o sigilo. Só de posse das informações acerca dos atos de investigação em andamento, o magistrado poderá afirmar a necessidade de preservar o sigilo de ato de colaboração.

É importante destacar que não é qualquer diligência em andamento que prejudica o direito de acesso aos atos de colaboração. Deve-se avaliar a possibilidade de as diligências serem frustradas por ação do requerente. Apenas se houver razoável possibilidade de que, tomando conhecimento

dos atos de colaboração, o requerente frustrar a eficácia das diligências, o acesso deve ser indeferido.

Esta Segunda Turma tem assentado importante posicionamento no sentido de assegurar a efetividade da ampla defesa e do contraditório aos réus delatados, garantindo o acesso aos termos em que tenham sido citados e que não tenham diligências em curso que possam ser prejudicadas, nos termos da Súmula Vinculante 14 deste STF.

Conforme já decidido pelo eminente Min. Celso de Mello:

“O que não se revela constitucionalmente lícito, segundo entendo, é impedir que o interessado, qualquer interessado, tenha pleno acesso aos dados probatórios que, já documentados nos autos (porque a estes formalmente incorporados ou a eles regularmente apensados), veiculam informações que possam revelar-se úteis ao conhecimento da verdade real e à condução da defesa da pessoa investigada (como no caso) ou processada pelo Estado, ainda que o procedimento de persecução penal esteja submetido a regime de sigilo. O fato irrecusável, no exame da questão do acesso a procedimentos estatais em regime de sigilo – especialmente naqueles casos em que o Estado se vale do instituto da colaboração premiada –, é um só: o delatado – como assinala a doutrina (FREDERICO VALDEZ PEREIRA, ‘Delação Premiada – legitimidade e procedimento’, p. 124/125, item n. 4.2.3.1, 2013, Juruá) –, tem, constitucionalmente, o direito de confrontar, em sede processual, o colaborador ou delator em razão da prerrogativa do contraditório, assegurada, em juízo, a quem sofre imputação penal deduzida pelo Estado”. (Pet 5.700, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 24.9.2015)

Embora o Plenário tenha definido que a colaboração premiada é “meio de produção de prova”, resta claro que se trata de fenômeno complexo, que envolve diversos atos, com naturezas jurídicas distintas. Sem dúvidas, o acordo de colaboração premiada é um meio de obtenção de provas. Contudo, tal meio de investigação busca exatamente a produção de elementos de provas, como as declarações do colaborador, que são normalmente produzidas em termos juntados ao acordo formalizado pelas partes.

No próprio precedente (HC 127.483), esclareceu-se que:

“(...) o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. **Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova**”. (STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015. p. 21)

Ou seja, não se pode aceitar a argumentação do eminente Relator no sentido de que “as declarações do colaborador não se consideram prova” e por tal motivo a elas não se aplicariam os termos da Súmula Vinculante 14.

O reconhecimento da fragilidade e a desconfiança que se impõe à valoração das declarações de colaborador, ao ponto de necessitar a sua corroboração por elementos externos, não afasta a sua condição de elemento probatório, visto que pode ser considerada pelo julgador (mesmo que não por si só).

Portanto, **penso que não se pode adotar uma postura no sentido de um sigilo integral e intransponível**, pois, ainda que o acordo se caracterize como meio de obtenção de provas, há em conjunto elementos de prova relevantes ao exercício do direito de defesa e do contraditório. Assim, creio que, se houve acordo de colaboração premiada, já homologado judicialmente, e em seus termos anexos há declarações de delator em que se incriminem terceiros, deve-se assegurar a efetividade dos termos da Súmula Vinculante 14, do Supremo Tribunal Federal.

Isso porque, conforme já reiteramos, “a Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 prevê, em seu art. 7º, o sigilo do acordo de colaboração como regra, que se estende aos atos de cooperação, especialmente às declarações do cooperador”, contudo “o sigilo dos atos de colaboração não é oponível ao delatado”, pois “há uma norma especial que regulamenta o acesso do defensor do delatado aos atos de colaboração – o § 2º do art. 7º” (Rcl 24.116, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 13.2.2017).

Na doutrina, afirma-se que: “ *o que a lei garante não é o acesso a todos os termos de depoimento prestados pelo colaborador, mas apenas àqueles pertinentes ao feito e aos fatos imputados* ” (MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das

declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. [Org.]. A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 239, nota 27)

Por óbvio, não se vai fornecer ao delatado o acesso integral a todos os elementos, inclusive àqueles que não lhe digam respeito. Assim, no Inq 3.983, o Plenário desta Corte julgou que: “(...) tratando-se de colaboração premiada contendo diversos depoimentos, envolvendo diferentes pessoas e, possivelmente, diferentes organizações criminosas, tendo sido prestados em ocasiões diferentes, em termos de declaração separados, dando origem a diferentes procedimentos investigatórios, em diferentes estágios de diligências, não assiste a um determinado denunciado o acesso universal a todos os depoimentos prestados” (STF, Inq. 3.983/DF, Plenário, rel. Min. Teori Zavascki, j. 03.03.2016).

Igualmente, ainda que eu tenha apresentado ressalvas a uma total vedação à impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros, esta Corte tem afirmado que o sigilo em relação aos termos do acordo deve sempre permanecer até o recebimento da denúncia, de modo que os delatados não têm direito ao acesso. Nesse sentido, a Primeira Turma tem afirmado que:

“A negativa de acesso aos acordos de colaboração premiada pelo investigado delatado não afronta o enunciado de sumula vinculante no 14, na medida em que não é o acordo em si que repercute na esfera jurídica do investigado, mas os elementos de prova produzidos a partir dele. E tais elementos estão nos autos, em especial, o depoimento dos colaboradores e os documentos por eles fornecidos. Após o recebimento da denúncia, se for o caso de instaurar a ação penal, o acordo será público e o investigado terá acesso a ele” (Inq. 4.405/DF AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27.02.2018)

Contudo, se há declarações de colaboradores que mencionam e incriminam o coimputado (delatado), o Juízo de origem deve autorizar o acesso pela defesa aos termos pertinentes, salvo se, motivadamente, apontar que há diligência investigativa em curso, que possa ser prejudicada.

Aqui devo destacar minha **divergência** em relação ao voto do eminente Relator. Nos termos lá afirmados, “em fases embrionárias, a pendência de

diligências é da essência de acordos de colaboração, razão pela qual a Lei 12.850/2013 dispõe, como regra geral, que o sigilo deve perdurar até o oferecimento de denúncia, ocasião que já se encontra formada a *opinio delicti* e cabe à defesa o enfrentamento da imputação”. O Relator parece assentar uma “presunção de diligências em andamento” e, assim, que a regra deveria ser o sigilo a obstar o acesso da defesa a eventuais termos em que o coimputado tenha sido delatado.

Tal posição, contudo, entra em tensão com os precedentes assentados por esta Corte em termos específicos no que diz respeito à colaboração premiada e em geral, nos termos da Súmula Vinculante 14. Segundo o já decidido por esta Segunda Turma:

“A decisão reclamada, de cunho genérico, **nao se lastreia em nenhuma peculiaridade do caso concreto para justificar a negativa de acesso aos autos pela defesa**, limitando-se a invocar a regra legal do sigilo dos depoimentos prestados pelo colaborador (art. 7º, § 3º, da Lei no 12.850/13), cuja finalidade seria ‘preservar a eficácia das diligências investigativas instauradas a partir do conteúdo dos depoimentos e documentos apresentados pelo colaborador’. (...) Nesse contexto, independentemente das circunstâncias expostas pela autoridade reclamada, **e legítimo o direito de o agravante ter acesso aos elementos de prova devidamente documentados nos autos do procedimento em que e investigado e que lhe digam respeito, ressalvadas apenas e tao somente as diligências em curso**” (RCL 28.903/PR AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, j. 23.03.2018)

Recentemente, em 4 de fevereiro de 2020, na **Reclamação 30.742** foi dado provimento ao agravo regimental, por votação unânime, para “assegurar o acesso, pelo delatado, às declarações prestadas por colaboradores que incriminem o reclamante, já documentadas e que não se refiram à diligência em andamento que possa ser prejudicada”

Portanto, ao coimputado delatado deve-se assegurar o acesso aos termos de colaboração premiada com declarações de colaboradores que o mencionem e incriminem, salvo se o Juízo, motivadamente e de modo específico, apontar que há diligência investigativa em curso, que possa ser prejudicada.

Dispositivo

Ante o exposto:

a) não conheço do recurso no ponto relativo à fixação da competência, tendo em vista a ausência de demonstração do interesse recursal;

b) em relação ao acesso à colaboração premiada, **divirjo** do relator para **dar provimento ao agravo regimental, de modo a assegurar o acesso, pelo delatado, às declarações prestadas por colaboradores que incriminem o requerente, já documentadas e que não se refiram a diligências em andamento que possam ser prejudicadas, nos termos da Súmula Vinculante 14 deste STF.**

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto 2023