

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LEANDRO PACHANI

O exercício de direitos e garantias fundamentais do corréu delatado dada a
(in)segurança jurídica dos acordos de colaboração premiada

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LEANDRO PACHANI

O exercício de direitos e garantias fundamentais do corréu delatado dada a
(in)segurança jurídica dos acordos de colaboração premiada

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na área de concentração Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira.

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LEANDRO PACHANI

O exercício de direitos e garantias fundamentais do corréu delatado dada a
(in)segurança jurídica dos acordos de colaboração premiada

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na área de concentração Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Claudio José Langroiva Pereira (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento _____ Assinatura _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Impossível agradecer, sem cometer injustiça, àqueles que me apoiaram neste trabalho, que, por longos dois anos puderam contribuir à sua maneira para o seu desenvolvimento. Desde já, assumo a culpa em virtude do esquecimento de alguém, ao pedir em seguida, sinceras desculpas.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus e a toda minha família, na pessoa dos meus pais, Eliana e Rosnir, na de minha esposa, Mariana, por quem sou eternamente apaixonado e especialmente grato por todo apoio, garra e base fundamental, e na do meu irmão Danilo, exemplo de pessoa e profissional.

Ao Prof. Dr. Claudio José Langroiva Pereira pela amizade, inspiração, ensinamentos, paciência e serenidade, bem como pela incentivadora orientação, sem as quais, tenho certeza, não seria possível a elaboração deste trabalho.

Aos Profs. Drs. Marco Antonio Marques da Silva, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marcelo Augusto Custódio Erbella, pelos conselhos e possibilidade de absorver um pouco do vasto conteúdo que detêm para possibilitar uma visão mais crítica sobre o atual direito processual penal.

Aos amigos Maria Elisabeth Queijo, Roberto Lopes Telhada, Edward Rocha de Carvalho, Eduardo Sanz, José Cal Garcia, Daniel Muller, Juliano José Breda e Ana Maria Murata, por toda a amizade e pelos diálogos edificantes nos encontros sobre o tema da colaboração premiada e sua problemática atual.

Aos amigos João Victor Esteves Meirelles, Marcos Sérgio de Almeida Cavalcanti Ribeiro, William Daniel Inácio, Tathiana de Carvalho Costa e Thiago Demiciano, companheiros de todos os momentos, sempre disponíveis, pelos diálogos, sugestões de leitura e provocações jurídicas, as quais foram imprescindíveis para o desenvolvimento deste trabalho.

Aos amigos do escritório de advocacia que, em conjunto, conduzimos, Maria Carolina de Moraes Ferreira e Antonio Macruz de Sá; certamente, sem o apoio de vocês, não teria concluído esta jornada.

Ao Bruno Hartkoff e Guilherme Corona, grandes amigos, obrigado pela disposição em me ajudar nos bastidores desta pesquisa.

Nós temos aprendido ao longo da História, antiga e moderna que um sistema de aplicação da lei criminal que depende da confissão será, a longo prazo, menos confiável e mais sujeito a abusos do que um sistema que dependa de provas externas obtidas de forma independente através de uma investigação competente.

Suprema Corte dos Estados Unidos, *Scobey v. Illinois*, 1964.

RESUMO

Com o avanço da criminalidade organizada no cenário mundial, novos métodos e parâmetros para a abordagem da crescente criminalização foram criados. Ao mesmo tempo em que houve a promulgação de medidas político-criminais de expansão penal, na seara processual penal, as tradicionais regras probatórias levaram o processo penal a ser reabordado, agora no contexto de sua eficiência e, não mais, como expressão de garantias e de direitos constitucionais. Afastou-se da concepção e dos elementos tradicionais do Estado Democrático de Direito para assumir, atualmente, uma verdadeira lógica negocial. Além disso, a crise do Estado, com a privatização da justiça penal, a imposição de modelos importados e a ausência de uma política criminal de fortalecimento e de preservação das garantias individuais propiciou no cenário atual a criação de institutos jurídicos alienígenas, que não estão adequadamente enquadrados no sistema processual brasileiro, de forma a gerar intensa insegurança jurídica, no que se refere à persecução penal do Estado. Este é o contexto em que nasce a colaboração premiada, disciplinada de maneira sintética pela Lei n. 12.850/2013. Dada a Operação Lava Jato e seus resultados consideráveis, o Estado, ao mesmo tempo em que se tornou dependente deste tipo de investigação, tenta a duras penas adequar o instituto aos princípios e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, de forma a gerar para os corréus delatados maior segurança jurídica na aplicabilidade de parte do sistema processual penal acusatório. O que se pretende, com este trabalho, é estimular o debate para propiciar a visão holística do processo penal perante o corréu delatado para garantir um processo penal justo e democrático, com ampla observância às garantias constitucionais estabelecidas e consagradas. A possibilidade de impugnação dos acordos de colaboração premiada, além do necessário direito ao confronto são expressões fundamentais para a configuração do processo penal justo e democrático e, em última análise, para a expressão da dignidade da pessoa humana. Com a plena adoção destes preceitos, pode-se dizer que o Estado estará pronto para evitar que injustiças e arbitrariedades sejam cometidas.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Justiça penal negocial. *Plea bargain*. Meio de obtenção de prova. Direitos e garantias fundamentais. Ampla defesa. Contraditório. Corréu colaborador. Corréu delatado. Sistema acusatório. Processo penal.

ABSTRACT

With increasing of organized crime on the world stage, new methods and parameters for addressing increasing criminalization were created. At the same time as criminal political measures for criminal expansion were enacted in the criminal procedural area, in criminal procedure, the traditional evidential rules led to the reopening of criminal proceedings, now in the context of its efficiency, and no longer as an expression of guarantees and constitutional rights. It moved away from the conception and traditional elements of the Democratic Rule of Law, to assume, today, a true negotiating logic. In addition, the state crisis, with the privatization of criminal justice, the imposition of imported models and the absence of a criminal policy to strengthen and preserve individual guarantees, has created in the current scenario the creation of alien legal institutes that are not adequately framed in the law. Brazilian legal system in order to generate intense legal uncertainty as regards the prosecution of the state. This is the context for the brazilian plea bargain, synthetically disciplined Law nº 12.850/2013. By Car Wash 'case and its considerable results, the State, while becoming dependent on this type of investigation, is trying hard to adapt the institute to the fundamental principles and guarantees of the Brazilian Federal Constitution of 1988, in order to generate for reported offenders greater legal certainty in the applicability of part of the prosecution constitutionals system. The goal of this study is to stimulate debate to enable the holistic view of criminal proceedings before the defendant to ensure a fair and democratic criminal process, with full respect for established and established constitutional guarantees. The possibility of contesting the brazilian plea bargain agreements, as well as the necessary right to confrontation, are fundamental expressions so there is the setting of fair and democratic criminal process and, ultimately, the expression of human dignity. With the full adoption of these principles, it can be said that the State will be ready to prevent injustices and arbitrariness from being committed.

Keywords: Plea bargain. Criminal justice. Plea negotiations. Negotial criminal justice. Means of obtaining evidence. Fundamental rights and guarantees. Full defense. Contradictory. Criminal informer. Denounced. Accusatory system. Criminal proceedings.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL	12
2.1	Estado de Direito e Estado Democrático de Direito – noções preliminares	12
2.2	A Constituição Federal: direitos e garantias fundamentais	27
2.2.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	32
2.2.2	Princípio da legalidade	35
2.2.3	Princípio do contraditório e da ampla defesa	36
2.2.4	Princípio do juiz natural	37
2.2.5	A questão da prova e da verdade no processo penal	38
2.2.6	Meios de prova em processo penal	42
2.2.7	O devido processo legal diante da presunção de não culpabilidade e da não autoincriminação	45
2.2.8	O sistema penal e a imparcialidade do juiz	49
3	A JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL – UMA BREVE VISÃO GERAL	60
3.1	Política criminal e o processo penal contemporâneo	61
3.1.1	A análise da integridade do sistema processual penal contemporâneo	61
3.1.2	Justiça penal negociada, oportunidade e barganha – conceitos	63
3.1.3	O modelo internacional de justiça negociada	65
3.1.4	A justiça negociada no processo penal americano	67
3.1.4.1	<i>O plea bargaining</i>	72
3.1.5	A justiça penal negociada no processo penal italiano	74
3.1.6	A justiça negociada na Alemanha	81
3.1.7	O direito premial no processo penal brasileiro	85
4	A COLABORAÇÃO PREMIADA	88
4.1	Regramento legal	89
4.2	Conceitos, denominação, terminologia e natureza jurídica	92
4.3	Competência e juiz natural	95
4.4	Atores	97
4.4.1	O colaborador/delator	98
4.4.2	O Ministério Público e o delegado de polícia	100
4.4.3	O juiz	101
4.4.4	Os corréus delatados	106
4.5	Os pressupostos e as fases	109
5	COLABORAÇÃO E AS GARANTIAS DO ACUSADO NO PROCESSO	117
5.1	A posição processual do delator na ação penal	117
5.2	A questão do sigilo dos termos de colaboração	120
5.3	A valoração da colaboração no processo penal	126
5.4	A anulação do acordo de colaboração	132
6	CONCLUSÃO	137
	REFERÊNCIAS	141

1 INTRODUÇÃO

O passar dos anos e a evolução global das crises financeiras trouxeram consigo o avanço da criminalidade organizada no cenário mundial e sua consequente sofisticação de metodologias criminosas.

Se, por um lado, o pensamento humano criou métodos e parâmetros até então desconhecidos para a prática de crimes, por outro tal circunstância refletiu diretamente na prova para a repressão deste tipo de prática. Em suma, as dificuldades probatórias nos tradicionais meios de investigação conduziram o poder punitivo estatal em se tornar mais eficiente, afastando-o cada vez mais dos elementos do Estado Democrático de Direito.

A necessidade de obtenção de resultados no enfrentamento da criminalidade organizada exigiu, portanto, a adoção de meios especiais de obtenção de prova, que, de alguma maneira, tiveram que ser compatibilizados aos princípios e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988.

Um deles é a colaboração premiada. Reconhecida como um dos institutos jurídicos que despertam maior atenção, não só dos leigos, mas também dos operadores do direito, justamente pela confiabilidade da palavra de um delator, a colaboração processual também é alvo de diversos questionamentos: Por qual razão, o Estado deveria se filiar à palavra de um “criminoso”? Quais os reais interesses daquele que colabora com a Justiça? Seria possível o exercício do contraditório e da ampla defesa daquele que foi incriminado por uma espécie de vindita pessoal?

Com a aproximação do processo penal brasileiro ao modelo norte-americano de solução de conflitos, ao mesmo tempo em que a colaboração premiada assume feição de ser uma técnica especial de investigação que propicia a contribuição feita por um coautor em relação aos demais, mediante o benefício, também propicia um enorme desequilíbrio entre as partes durante uma ação penal, posto que, por muitas vezes, não é claro o seu procedimento, sua adoção e as regras de corroboração das palavras do colaborador.

O presente trabalho abordará, portanto, o que permeia o conceito e a aplicabilidade do instituto da colaboração premiada, principalmente no que se refere à possibilidade de exercício das garantias constitucionais do acusado de crime pelas palavras do delator.

Questiona-se, no decorrer da pesquisa, se, por exemplo, o acusado pelo colaborador pode pedir em juízo a impugnação das cláusulas de colaboração. Para tanto, no desenvolver do trabalho, o olhar será destinado a situar o instituto diante das garantias constitucionais

estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, uma vez que ali está consignada a fonte do nosso sistema processual penal em vigência.

A explicitação da dissertação inicia, no capítulo 2, demonstrar as premissas sobre as quais incidem as questões mais sensíveis desta dissertação, ou seja, sob quais alicerces estão dispostos os direitos e garantias fundamentais frente ao processo penal negocial; além disso, de que forma essas mesmas garantias e direitos fundamentais podem estruturar o processo penal moderno em um Estado Democrático de Direito.

O capítulo 3 aborda a influência do Estado de Direito no processo penal vigente, a partir da concepção de que o processo penal é o contexto de justiça dentro de uma concepção de legalidade, garantia e respeito aos direitos constitucionais daquele a quem se impute a prática de um crime.

No capítulo 4, observaremos como o modelo constitucional do processo penal foi substituído por uma política criminal mais atual. Dessa forma, os ensaios gerais que serão oferecidos neste capítulo servem para entender que diversas alterações do clássico processo penal levaram à fragilização das garantias processuais como forma de tornar o processo penal mais adequado ao intento punitivo. Dedicou-se o trabalho à análise da recente mudança do processo penal para se transformar em uma justiça negociada.

O capítulo 5 cuida em apontar e contextualizar o instituto da colaboração premiada no direito brasileiro. Com o abandono das classes mais tecnicistas de investigação e repressão, sobretudo em virtude da ineficiência das atuais, nasce uma perspectiva de prevenção e gerenciamento do risco penal, onde se pretende conduzir a investigação por novas abordagens do regime de informação na justiça penal, com consequências nem sempre desejáveis às liberdades pessoais.

Na sequência, no capítulo 6, são descritas algumas garantias decorrentes tanto da Lei n. 12.850/2013, como também da aplicação constitucional deste instituto. A figura híbrida do colaborador, enquanto sujeito processual, permite ao corréu delatado inúmeras garantias constitucionais visando o contraditório e a ampla defesa. Dessa forma, neste capítulo, serão abordados de quais remédios constitucionais dispõe o corréu delatado para impugnar, questionar ou ainda contraditar as informações prestadas pelo colaborador. Neste capítulo, discutir-se-á a importância dos princípios constitucionais frente à colaboração premiada.

No último capítulo, diante do nosso ordenamento jurídico, discutir-se-á se os critérios da eficiência da colaboração podem concluir pela (in)aplicabilidade do instituto perante as garantias legais e constitucionais, com enfoque aos direitos do delatado. Concluir-se-á se,

diante da ausência de previsão normativa quanto a regulação do procedimento, a eficiência pode delimitar a atuação das novas técnicas de investigação, já que é crescente o poder punitivo estatal.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

2.1 Estado de Direito e Estado Democrático de Direito – noções preliminares

Com o passar dos anos, desde o seu surgimento até a chegada ao seu atual estágio, o direito penal assumiu papel fundamental e relevante, mesmo em épocas marcadas por seu sistema altamente inquisitivo, em que a autoridade pública tinha pleno poder frente aos “direitos e garantias” dos cidadãos.

Atualmente, tendo em vista um Estado Democrático de Direito previamente estabelecido na Carta Magna, necessário se faz o estudo diante dos aspectos constituintes do Estado frente à atuação do direito penal, ou melhor, dos princípios fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988, particularizando a análise minuciosa sobre a validade do direito penal como instituição repressiva.

Dessa forma, não só pelos princípios formadores do Estado Democrático de Direito, como o princípio da legalidade, mas (como) também por outros deles formadores da Constituição Federal, sendo relevante ressaltar a importância dos preceitos constitucionais para a escolha de qual bem jurídico a ser violado pelo Estado satisfará sua pretensão punitiva¹.

Intimamente ligado ao direito constitucional, pode-se dizer que o Estado está sensível às alterações operadas na organização política dos povos, de modo a selecionar os bens jurídicos mais importantes². No Estado Democrático de Direito, portanto, o direito penal exerce dupla função: proteger os bens jurídicos com punição nos casos de violação e garantir as prestações públicas necessárias para o cidadão, com o objetivo de assegurar a paz em sociedade³.

Sendo assim, busca-se não só apresentar elementos, origens e finalidades do Estado, mas caracterizá-los diante da perspectiva atual em que sobrevive a atuação do direito penal. Por isso, é relevante desde já compreendermos a origem do Estado.

O tema, por sinal, vem muito bem esmiuçado pela doutrina no sentido de apontar de fato em qual época se deu o seu surgimento – existem demasiadas teorias com este objetivo. Antes de tudo, conforme bem ressaltado por Dalmo de Abreu Dallari, é preciso, para entendermos as origens do Estado, caracterizar sua formação originária, partindo de

¹ Sobre o tema, é importante ler a respeito: ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción y notas por Diego Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1997, p. 51.

³ ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción y notas por Diego Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 55.

agrupamentos humanos ainda não integrados em qualquer Estado, até analisar a questão da formação de novos Estados a partir de outros preexistentes (designa-se esta forma como derivada)⁴. Segundo Dalmo de Abreu Dallari, o estudo sobre o Estado restringe-se a duas indagações importantes: o momento de seu aparecimento e os motivos que levaram ao seu surgimento⁵.

Tão logo as principais teorias, que segundo Dalmo de Abreu Dallari buscam explicar a formação originária do Estado, concebem-se em duas: da formação natural, pela qual o Estado se forma naturalmente e não por um ato voluntário, e de formação contratual, tese defendida por Jean-Jacques Rousseau e John Locke, dentre outros pensadores, segundo a qual a criação do Estado se deve à elaboração de um contrato, firmado por alguns ou por todos, conforme divergem estes autores entre si.

Sob o prisma das causas determinantes do Estado, Dalmo de Abreu Dallari⁶ afirma que a formação natural do Estado pode ter tido origem patriarcal, já que cada família primitiva se ampliou e deu origem ao Estado. Contudo, conforme destaca o autor, a formação natural do Estado também pode ter se originado em atos de violência, de força ou de conquista, na acepção de que um grupo social se sobrepôs a um grupo mais fraco, nascendo daí o Estado diante da conjunção de vencidos e vencedores, o que se depreende de Robert Oppenheimer⁷.

Já a formação natural do Estado estaria fundada em causas econômicas ou patrimoniais; teoria muito bem sustentada por Karl Marx e Friedrich Engels, principalmente pelo último em sua obra “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, pela qual o Estado não teria nascido com a sociedade, sendo apenas um produto dela quando atingisse determinado grau de desenvolvimento⁸.

Ainda, a última teoria analisa que o desenvolvimento espontâneo da sociedade dá origem ao Estado, caracterizando-o como um ente em alto grau de potencialidade, de maneira a justificar sua formação natural, de acordo com fundamentos no desenvolvimento interno da sociedade. Dentre os principais interlocutores desta ideia está Robert Lowie⁹.

Tendo por base a criação dos Estados da forma derivada, antes mencionada através de Estados pré-existentes, observa-se duas teorias que explicam sua origem. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, o Estado formou-se através da teoria do fracionamento e da teoria da

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Vitória, 1981, p. 39.

⁹ LOWIE, Robert. **The origin of State**. Nova York: Russel, 1961, p. 76.

união dos Estados. Pela primeira, subentende-se que parte do território do Estado é desmembrado, passando a constituir outro Estado. Pela segunda, fica evidenciada que a formação do Estado via união de Estados implica a adoção de uma Constituição comum às partes adotantes, fazendo desaparecer os Estados preexistentes que o compuseram¹⁰.

Diante desse cenário, Paulo César Correa Borges¹¹, acompanhado de Clóvis de Carvalho Júnior¹², menciona que as origens do Estado são polêmicas, e podem ser agrupadas da seguinte forma:

Primeiramente há os que tentam demonstrar que o Estado nasceu juntamente com a mais primitiva comunidade humana, como Eduard Meyer. Pela segunda teoria sustentada por Kelsen, Balladore-Pallieri e Ataliba Nogueira, o Estado é a formação política recente precisamente de 1648, por via dos tratados territoriais de Munster e Onsbruck, denominados de “Paz de Westphalia”. Engels e outros acreditam ter sido o Estado uma decorrência evolutiva natural da sociedade, ao que acrescenta a vontade do domínio ou de poder inerente à personalidade humana. E pela última teoria, Carvalho Júnior considera o Estado fruto de um processo de evolução natural, subordinado às causas econômicas e culturais¹³.

Há, porém, um desenvolvimento de informações a respeito do surgimento do Estado. A primeira teoria defendida por Eduard Meyer¹⁴, que considerou o surgimento do Estado junto ao nascimento da comunidade humana, seja ela primitiva ou não, definia que o Estado era a condição de princípio unificador social. Sem embargo, aliado aos ensinamentos de Hans Kelsen¹⁵ e Friedrich Engels¹⁶, respectivamente segunda e terceira teorias, Clóvis de Carvalho Júnior¹⁷ afirma que o surgimento do Estado está intimamente ligado a causas econômicas e culturais, tendo sofrido especial influência das normas de relações mercantis, que somente eram possíveis via ordem jurídica capaz de compor os conflitos.

Já a teoria defendida por Friedrich Engels¹⁸ considerava o Estado uma decorrência evolutiva natural da sociedade que levava a uma evolução no pensamento político moderno,

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

¹¹ BORGES, Paulo César Correa. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005, p. 24.

¹² CARVALHO JÚNIOR, Clóvis. **As origens do Estado**. Tese de Livre Docência. Faculdade de História, Direito e Serviço Social, UNESP/Franca, 1988, p. 32.

¹³ BORGES, Paulo César Correa. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005, p. 24.

¹⁴ MEYER, Eduard. **El historiador y la historia antigua** – estudios sobre la teoria de la historia y la historia económica y política de la antigüedad. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 12.

¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 25.

¹⁶ ENGELS, Friedrich. Introdução de 1895 à As Lutas de Classe na França. In: MARX & ENGELS: **Textos**. v. III. São Paulo: Edições Sociais, 1977.

¹⁷ CARVALHO JÚNIOR, Clóvis. **As origens do Estado**. Tese de Livre Docência. Faculdade de História, Direito e Serviço Social, UNESP/Franca, 1988, p.55.

¹⁸ ENGELS, Friedrich. Introdução de 1895 à As Lutas de Classe na França. In: MARX & ENGELS: **Textos**. v. III. São Paulo: Edições Sociais, 1977.

dirigindo desde Thomas Hobbes¹⁹ a Georg Wilhelm Friedrich Hegel²⁰ à análise de que o Estado seria um produto da razão, no qual o cidadão pudesse ter uma vida em conformidade com as leis da natureza²¹.

Filiado aos preceitos de Clóvis de Carvalho Júnior²², Paulo César Correa Borges²³ sustenta que a coesão social se permeou através de concepções históricas, como a criação da *polis ateniense* até a construção do Império Romano. A família passou a ser um ente central na criação do Estado; com o transcorrer do tempo, foi excluída a relação sexual entre familiares, de modo a permitir o desenvolvimento dos ideais de Estado, poder e administração, até se deparar com os ideais de Deus, que, por fim, estabeleceram a união social seja por forças naturais seja por condutas proibitivas²⁴.

Assim, desde os teóricos da razão do Estado, como Nicolau Maquiavel²⁵, até os pensadores que propõem modelos ideais de Estado, como Thomas Hobbes²⁶ e Jean-Jacques Rousseau²⁷, o Estado é analisado como sociedade civil. Desse modo, como instituição coercitiva, o aparelho estatal é visto em razão da sua transitoriedade. Para Thomas Hobbes²⁸, o homem necessitava de uma autoridade central, já que o primeiro nascia em constante meio conflituoso e, portanto, exigia uma figura central para assegurar a paz interna e a defesa comum. Para Jean-Jacques Rousseau²⁹, no entanto, a passagem do estado de natureza ao estado civil é mais tranquila, de maneira que através de um contrato legítimo, os homens ganham a liberdade civil via elaboração do Estado como forma de solução do problema, impulsionados, sobretudo, pelo desejo do homem de conviver em grupo.

Mais tarde, no tocante à soberania, diante do rompimento entre o Estado e a Igreja, passou-se a analisar os direitos fundamentais dos homens, com início no Absolutismo. Naquela época, conforme caracteriza Paulo César Correa Borges, inúmeras Cartas surgiram no intuito de buscar novas formas de governo capazes de sobrepor o Absolutismo, garantindo direitos

¹⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 43.

²⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 63.

²¹ CARVALHO JÚNIOR, Clóvis. **As origens do Estado**. Tese de Livre Docência. Faculdade de História, Direito e Serviço Social, UNESP/Franca, 1988, p. 55.

²² CARVALHO JÚNIOR, Clóvis. **As origens do Estado**. Tese de Livre Docência. Faculdade de História, Direito e Serviço Social, UNESP/Franca, 1988, p. 55.

²³ BORGES, Paulo César Correa. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005, p. 25.

²⁴ BORGES, Paulo César Correa. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005, p. 25.

²⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 38.

²⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 43.

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: discursos sobre a origem da desigualdade entre os homens. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 99.

²⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 43.

²⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: discursos sobre a origem da desigualdade entre os homens. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 98.

naturais preexistentes aos Estados, como os direitos à segurança, à liberdade, à igualdade e à dignidade³⁰.

Com as conquistas desses direitos proporcionados muitas vezes por verdadeiras revoluções, especialmente a partir do século XIX, vários Estados declararam direitos e deveres dos indivíduos nas próprias Constituições, com o intuito de normatizar os direitos fundamentais. Dessa forma, com a Constituição desses feitos, surge o Estado de Direito fundamentalmente calcado em leis, que devem ser observadas em favor de um determinado povo sobre um dado território, dirigidas não só aos cidadãos, como também ao próprio Estado soberano, eis que a Carta Maior restringe a abrangência do próprio poder estatal.

No cenário atual, no entanto, nota-se a especial associação do Estado ao Constitucionalismo moderno, buscando legitimar o povo por intermédio da democracia tão dita como participativa. O Estado reflete na Carta Maior preceitos constitucionais fundamentais como a dignidade da pessoa humana, constituindo-se em Estado Democrático de Direito. E, mesmo que se considere uma superação do Estado liberal, urge destacar o Estado Democrático de Direito pela sublime caracterização dos princípios da legalidade e da igualdade.

De acordo com a acepção em latim, *Estado* é estar firme. Já como sociedade política, o termo aparece pela primeira vez em “O Príncipe” de Nicolau Maquiavel, escrito em 1513. Durante todo esse tempo, o termo *Estado* foi analisado por diversos planos do conhecimento que, segundo Clóvis de Carvalho Júnior, tiveram influências demasiadas na sua conceitualização³¹. Segundo o jurista, é notório que *Estado* é um vocábulo diverso em razão de cinco planos que pretendem analisá-lo, conforme veremos a seguir:

No plano da filosofia e da cultura, o Estado estava conceitualizado na opinião tanto de Cassirer, que argumentava o Estado ser um mito, quanto na de Miguel Reale, que alegava o Estado ser uma unidade de ordem e integração com a finalidade da realização de fins particulares de cada indivíduo, seja também pela expressão dos fins intersubjetivos ou sociais. Sob o plano sociológico, o termo era sustentado tanto por Fritz Morstein, o qual considerava ser o Estado uma organização complexa de caráter e finalidade pública, quanto por Karl Marx, que dizia ser o Estado uma diretoria dos negócios da elite, ou seja, a classe dominante. Sob o plano politológico, o Estado era denominado como uma constituição política verdadeira. Já sob o plano jurídico objetivo, Kelsen dizia ser o Estado apenas um fenômeno técnico-jurídico, enquanto que Gropalli e outros argumentavam ser o Estado uma organização jurídica e política encarregada de criar, manter e aplicar as diversas normas jurídicas que disciplinam a vida social, tendo por finalidade vários fundamentos, como a ordem, o bem-estar, entre outros. No plano jurídico subjetivo, o Estado seria como uma disciplina jurídica de interesse coletivo, então pessoa jurídica de Direito Público; contudo, Max Seydel

³⁰ BORGES, Paulo César Correa. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005, p. 36-40.

³¹ CARVALHO JÚNIOR, Clóvis. **As origens do Estado**. Tese de Livre Docência. Faculdade de História, Direito e Serviço Social, UNESP/Franca, 1988, p. 33.

considerava que o Estado era tão só a união de homens que eram dominados por uma vontade suprema³². (grifos no original)

Tão só, o termo Estado admitiu diversas concepções. No entanto, com a finalidade de defini-lo, são as palavras de Dalmo de Abreu Dallari, que identificam o Estado como ordem jurídica soberana cuja finalidade é o bem comum de um povo situado em um determinado território³³. Assim, para o autor³⁴, o Estado numa acepção técnica-jurídica restrita seria uma organização superior da sociedade, consubstanciada no direito público, com vistas ao monopólio jurisdicional em última instância e à coerção legítima organizada.

O Estado de Direito é aquele submetido a uma norma fundamental fundante do Estado (a Constituição). Ou seja, é estabelecido pelo direito e por ele determinado, ressalvados os entendimentos contrários (no sentido de que a Constituição não cria o Estado, mas é apenas uma carta de intenções sobre o que ele deveria ser e como deveria agir³⁵). Sobre o tema, Pablo Lucas Verdú³⁶ observa:

Uma elementar regra de interpretação histórica exige que julguemos as transformações do Estado de Direito com objetividade. Desse modo, nunca poderemos esquecer o progresso que cada uma de suas concretizações supõe em relação à estrutura anterior. Isso não significa que suas deficiências devam ser ignoradas, sobretudo quando se tem presente que tais defeitos tornam-se mais graves na hipótese de cada estrutura ter alcançado o ápice de sua configuração para depois mergulhar em decadência.

A ideia de uma Constituição é fundar um Estado e dar-lhe legitimidade na exata medida em que se concebe o poder limitando-o. A tarefa constitucional seria, portanto, plasmar valores da vida pública indissociáveis do Estado que constituiu³⁷.

Em um primeiro momento, conforme Jorge Miranda³⁸, este Estado Constitucional nasce como um Estado liberal burguês. Em outras palavras, se assenta na ideia de liberdade e, por isso mesmo, a necessidade é tão somente a de limitar o poder político, o que ocorre internamente (pela divisão dos poderes) e externamente (dever de atuar sempre de forma mínima na sociedade). Nessa fase, ganhavam especial relevo os direitos fundamentais

³² CARVALHO JÚNIOR, Clóvis. **As origens do Estado**. Tese de Livre Docência. Faculdade de História, Direito e Serviço Social, UNESP/Franca, 1988, p. 20.

³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.118.

³⁴ CARVALHO JÚNIOR, Clóvis. **As origens do Estado**. Tese de Livre Docência. Faculdade de História, Direito e Serviço Social, UNESP/Franca, 1988, p. 20.

³⁵ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações do Brasil, 1993, p. 25-26.

³⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.137.

³⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 42.

³⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 44.

propriamente ditos³⁹. Modernamente, já se entende que o Estado, para ter um teor constitucional moderno, além de ser criado pela Constituição e se submeter a ela, deve estar legitimado democraticamente pela escolha popular⁴⁰.

No entanto, essa associação nem sempre foi automática, conforme José Joaquim Gomes Canotilho⁴¹:

Eis aqui duas grandes qualidades do Estado Constitucional: Estado de direito e Estado democrático. Estas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de Direito. Esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio político onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existe Estado de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos.

Aliás, frise-se que essa diferenciação, inclusive, guarda relação com o processo penal negocial: é evidente que um Estado Democrático é legitimado por um povo que busca a proteção do direito penal de determinados bens jurídicos constitucionalmente previstos⁴², ou seja, os chamados deveres normativos criminalizatórios⁴³. Assim como é evidente que esta busca deverá ocorrer em um ambiente controlado e regido pela Constituição e pela lei.

Em um primeiro momento essa relação pode não ser conflituosa. No entanto, conforme a sociedade avança – permeada por diversos estímulos que aceleram os processos sociais, acrescentando novas informações e elementos de conflito à vida em sociedade – ela começa a buscar no direito penal o remédio para as suas novas chagas⁴⁴.

Aliás, conforme veremos, a tensão pela expansão, pela manutenção e até mesmo pela redução do direito penal é própria de um Estado Democrático: não é concebível imaginar um Estado que busque legitimação pelo povo e não traga em seu corpo a disputa social pela extensão e pelos termos da persecução penal.

Pois bem, antes de se examinar o Estado Democrático e as próprias noções de Democracia, urge que o façamos com um pouco mais de profundidade sobre o Estado de Direito, o qual pode ser definido como decorrente de revoluções burguesas, conhecidas pela

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 561.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93.

⁴² PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção jurídico-penal e direitos universais** – tipo, tipicidade e bem jurídico universal. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 79-82.

⁴³ LUZ, Yuri Córrea da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCrim, 2013, p. 115-116.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 35-40.

conquista do poder político e econômico⁴⁵.

Contudo, essas conquistas não se confinam no campo político, nem nascem ou se esgotam nele, uma vez que essas revoluções liberais derrubaram costumes, hábitos, governos e classes, adquirindo verdadeiro cunho social. A própria organização da sociedade foi alterada e, não por acaso, o bojo das Constituições desses Estados terá outro escopo:

Daí, o realce da liberdade jurídica do indivíduo, como a liberdade contratual; a absolutização da propriedade privada junto da liberdade; a recusa, durante muito tempo, da liberdade de associação (por se entender, no plano dos princípios, que a associação reduz a liberdade e por se recear, no plano prático, a força da associação dos mais fracos economicamente); e desvios aos princípios democrático (apesar da sua proclamação formal), nomeadamente, através da restrição do direito de voto aos possuidores de certos bens ou rendimentos únicos que, tendo responsabilidades sociais, deveriam ter responsabilidade políticas (sufrágio censitário)⁴⁶.

Para entender adequadamente a noção de Estado de Direito, é preciso relembrar a historicidade da expressão *rule of law*⁴⁷ e as suas quatro dimensões básicas⁴⁸: i) a obrigatoriedade da observância de um processo justo e legalmente regulado para que sejam feitas intervenções nos direitos dos cidadãos; ii) a prevalência das leis e costumes locais em detrimento do arbítrio do Estado; iii) a sujeição de todos os atos do Poder Executivo ao parlamento; iv) a igualdade de acesso entre os cidadãos aos tribunais, para que possam defender seus direitos segundo os princípios de direito comum, seja contra outros cidadãos seja contra os poderes públicos. Já nos Estados Unidos, temos analogamente a expressão *the reign of law*⁴⁹, que inovou no seguinte sentido⁵⁰:

Nos Estados Unidos, o “império do direito” – *The Reign of Law* – ganhou contornos rasgadamente inovadores. Como o primeiro tópico – e tópico central – do Estado Constitucional será referir a ideia de *always under law*. O Estado Constitucional arranca, desde logo, do direito do povo fazer uma lei superior (*higher lawmaking*), ou seja, uma constituição onde se estabelecessem os esquemas essenciais do governo e os respectivos limites. Dentro destes esquemas constitucionais essenciais incluem-se os direitos dos cidadãos (*rights and liberties of citizenship*) juridicamente gerados na república e, por conseguinte, inerentes à *higher law* publicamente plasmada por escrito em uma constituição⁵¹.

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 45.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 45.

⁴⁷ Estado de Direito, tradução livre.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93-94.

⁴⁹ A rainha das leis, tradução livre.

⁵⁰ Outra característica do Estado Constitucional estadunidense é o fato dele já ser eminentemente democrático, vez que decorrente de colônias que desfrutavam de igualdade entre os emigrantes e, mais modernamente – após a superação da escravidão – decorrente do próprio roteiro de vida social dos americanos: apenas nos primeiros anos de suas vidas existe uma dedicação às intelectualidades públicas (religião, história, ciências, economia, política, governo e legislação). Em geral, os americanos começam a trabalhar aos 15 anos e passam a estudar apenas matérias relacionadas ao seu ofício.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 94.

Outro trunfo é a associação da juridicidade do poder à justificação do governo. Assim, não bastaria qualquer invocação de representação, tampouco o esclarecimento dos detentores do poder: essas razões devem ser públicas e capazes de tornar patente o consentimento do povo em ser governado em determinadas condições⁵².

Assim, o povo aceitaria estar sempre subordinado às leis, já que as entendem como um esquema regulatório consistente e condizente com princípios unificados de justiça e de direito. Desta maneira, só se aceita ou se justifica o ato de governo cujas ações, resoluções e interpretações se adequem a estes conjuntos de princípios e regras de direito, que estão explícitos na Constituição, de forma duradoura e vinculante. Ou seja, justifica-se o governo que cumpre a obrigação jurídico-constitucional de governança segundo as leis de unidade, publicidade, antecedência e durabilidade⁵³.

Diante deste cenário, tal roteiro social permitiu o desenvolvimento de uma grande quantidade de pessoas homogêneas com capacidade intelectual relacionada à coisa pública⁵⁴: “A América apresenta, pois, em seu estado social, o mais estranho fenômeno. Lá os homens se mostram mais iguais por sua fortuna e por sua inteligência (...)”⁵⁵. A propósito, Alexis Tocqueville pontua que a consequência dessa homogeneidade, por assim dizer, é o fato de que o povo americano postulou a defesa contra a autoridade do Estado na soberania do povo⁵⁶.

Pode-se dizer que a essência do entendimento constitucional americano é a ideia de que os tribunais fazem a justiça em nome do povo (*people's court*). Os tribunais devem ser constituídos por juízes, que são agentes do povo; neles deposita-se a confiança pública. Inclusive, se necessário, os juízes têm o dever-poder de desaplicar as “más leis” do Estado e declará-las nulas (*judicial review of legislation*)⁵⁷.

A posição do juiz nos Estados Unidos é de tamanho destaque que ele é de fato uma das primeiras forças políticas do Estado⁵⁸. Alexis de Toqueville, aliás, sustenta que o juiz tem

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 94.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 94-95.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 61-62.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 62-63.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 64-68.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 95. Quando se comenta esse termo, nulidade.

⁵⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América** – leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado democrático. Tradução de Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 111.

papel de árbitro, devendo se pronunciar apenas e tão só sobre casos particulares⁵⁹. Sua concepção permite dizer, aliás, que o juiz no direito americano deve apenas agir, quando é chamado⁶⁰.

Para o Alexis de Tocqueville, uma vez que a Constituição dos Estados Unidos da América não é considerada imutável, ela representa a vontade de todo o povo, vinculando legisladores e cidadãos, mas que pode ser mudada pela vontade do povo, segundo formas estabelecidas e nos casos previstos⁶¹. Por isso é razoável, aos estadunidenses, que o Poder Judiciário dê prevalência à Constituição e não às leis⁶².

Aliás, a forma de controle dos magistrados é veiculada pelo voto da população⁶³, que por poder caçar ou simplesmente não eleger novamente, atribui grande força ao magistrado, confiante que nos deslizes caçam-lhe o poder atribuído anteriormente.

Esse mecanismo de controle democrático do Poder Judiciário só pode ser entendido à luz do roteiro de vida do americano: a prevalência pela escolha de estudo de matérias relacionadas ao seu ofício lhe permite maior fruição material.

Essa escolha permite prosperidade⁶⁴ e lhes demanda continuamente um maior gosto pela liberdade, para que possa permanecer desfrutando de suas posses materiais. Consequentemente, os americanos temem a usurpação do poder público por aqueles que tenham interesse em lesar-lhes a fruição de bens e, por isso, a própria liberdade⁶⁵.

Existe, portanto, segundo o Alexis, uma ligação umbilical entre a manutenção da liberdade e o gosto pela propriedade e, por isso, uma constante vigilância pela coisa pública:

Um americano se ocupa de seus interesses privados como se estivesse sozinho no mundo e, no instante seguinte, dedica-se à coisa pública como se os houvesse esquecido. Parece ora animado pela cupidez mais egoísta ora pelo mais vivo

⁵⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América** – leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado democrático. Tradução de Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 111.

⁶⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América** – leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado democrático. Tradução de Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 111.

⁶¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América** – leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado democrático. Tradução de Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 114.

⁶² TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América** – leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado democrático. Tradução de Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 115-116.

⁶³ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América** – leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado democrático. Tradução de Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 240.

⁶⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América** – leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado democrático. Tradução de Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 171.

⁶⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América** – leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado democrático. Tradução de Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 173.

patriotismo. Os habitantes dos Estados Unidos atestam alternadamente uma paixão tão forte e tão semelhante por seu bem-estar e por sua liberdade, que é de crer que essas paixões se unem e se confundem em algum ponto de sua alma. Os americanos veem, de fato, em sua liberdade, o melhor instrumento e a maior garantia de seu bem-estar. Eles gostam dessas duas coisas uma pela outra. Não pensam, portanto, que não sejam da sua conta os negócios públicos; ao contrário, creem que seu principal negócio é garantir por si mesmos um governo que lhes permita adquirir os bens que desejam e que não os proíba de saborear em paz os que adquiriram⁶⁶.

Ante ao que se examinou, conclui-se que os americanos experimentam um tipo bem particular de democracia pela sua própria formação cultural; ao mesmo passo que tolera juízes mais poderosos, também imbuí aos seus cidadãos o controle de voto por estes magistrados. Essa ponderação é importante porque a lógica negociada do processo penal estadunidense se desenvolveu nesse contexto e é permeada pela lógica de contrabalanceamento, o que evidentemente não é o caso brasileiro. Na França, por exemplo, há a noção de *État Légal*⁶⁷, que é a concepção de uma ordem jurídica hierárquica, conforme destaca José Joaquim Gomes Canotilho:

Esta estrutura serve, ainda hoje, de paradigma aos estados constitucionais da actualidade. O Estado constitucional, com hierarquia de normas, seria radicalmente oposto ao Estado de Polícia. No entanto, o Estado constitucional transmutar-se-ia em simples Estado legal, afirmando-se a soberania ou primado da lei, base na doutrina da soberania nacional expressa pela assembleia legislativa. O princípio da primazia da lei servia para a submissão ao direito do poder político “sob um duplo ponto de vista”: (1) os cidadãos têm a garantia de que a lei só pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral popular (...) (2) em virtude da sua dignidade (...) a lei constitui a fonte de direito hierarquicamente superior (a seguir às leis constitucionais) e, por isso, todas as medidas adoptadas pelo poder executivo a fim de lhe dar execução deviam estar em conformidade com ela (princípio da legalidade da administração) garantindo, deste modo, a observância de princípio da igualdade perante a lei e consequente repúdio das velhas *leges privatae* (privilégios) características do Ancien Régime⁶⁸.

Veja-se, portanto, a situação paradoxal da limitação do poder pelo direito na França: a supremacia da Constituição foi neutralizada pela primazia da lei. Em todo caso, o grande trunfo da França foi a ideia de que importa mais a substância da lei como forma de controle de poder do que o respeito ao procedimento quando de sua elaboração⁶⁹.

Na Alemanha, a noção de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) representa a ideia de que o

⁶⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América** – leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado democrático. Tradução de Eduardo Brandão. Prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 174.

⁶⁷ Estado de Direito, tradução livre.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 95-96.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 96.

Estado deveria limitar-se a prover a segurança e a ordem pública, relegando à ordem econômica e social a satisfação das outras pretensões sociais. Seria, portanto, um Estado Liberal em que os direitos não decorreriam de uma declaração revolucionária, mas sim de uma esfera de liberdade individual⁷⁰.

Contudo, modernamente, entende-se que o Estado Constitucional não deve significar apenas submissão do Estado à Constituição ou à Lei, mas legitimado pelos valores democráticos e pela vontade do povo^{71 72}, ainda que isso possa representar certa contradição. Sobre essa contradição, José Joaquim Gomes Canotilho enfatiza:

O Estado de direito cumpria e cumpre bem as exigências que o constitucionalismo salientou relativamente à limitação do poder político. O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma consituição limitadora do poder através do império do direito (...) No entanto, alguma coisa faltava ao Estado de direito consitucional – a legitimação democrática do poder (...)

Respondem alguns que Estado de direito e democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade. No Estado de direito concebe-se a liberdade como liberdade negativa, ou seja, uma “liberdade de defesa” ou de “distanciação” perante o Estado (...) Ao Estado democrático (...) a liberdade positiva, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a liberdade democrática. É a liberdade democrática que legitima o poder. A lógica escondida nessas duas liberdades leva mesmo os autores a falarem de “two profoundly divergent and irreconcilable attitudes of the ends of life” (Isaiah Berlin) (...) O coração balança. Portanto, entre a vontade do povo e a *rule of law*. Tentemos racionalizar esse balanceamento do coração⁷³.

A necessidade da preservação moderna do Estado não implica, por outro lado, em abandono ao direito Constituição e Constituição. Pelo contrário, pela noção do Estado de Direito e do Estado Democrático, a legitimação e o escopo devem estar vinculados à preservação dos direitos e garantias fundamentais, posto que, como veremos, refletem na própria essência do cidadão.

Assim, cabe explicitar em que sentido a democracia intefere na legitimação do Estado e, a partir daí, expor em qual sentido os direitos e garantias fundamentais possam estar associados a isso.

O termo “democracia” permeia um longo período da experiência humana e ganhou diversos significados, além de comportar uma infundável construção teórica. Vejamos, resumidamente, como é possível entender as democracias. José Joaquim Gomes Canotilho⁷⁴

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 96.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 98.

⁷² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 49-50.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 98-99.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 98-99.

assim divide as teorias da democracia: teorias da democracia (divididas em teoria democrática-pluralista, teoria elitista da democracia e teoria da democracia do “ordo-liberalismo”), as teorias normativas da democracia (teoria liberal, concepção republicana, democracia deliberativa, democracia discursiva e democracia corporativa) e a concepção minimalista de democracia.

A primeira, a teoria democrática-pluralista, se define pela própria frequência das interações sociais. Nas palavras de Canotilho, “as decisões estaduais constituiriam, assim, os *inputs* veiculadores das ideias, interesses e exigências dos grupos”⁷⁵.

Bem por isso, a democracia-pluralista é uma teoria normativa e empírica: empírica porque tem por escopo captar um número indeterminado de interesses sociais, retratando em algum sentido o resultado dessas interações sociais⁷⁶; normativa, porque é um sistema político aberto à influência de todos os grupos nos quais eles têm a chance de influenciar na decisão política⁷⁷.

As críticas a este modelo se dão especialmente em dois pontos: não existe efetiva igualdade entre os grupos nas tomadas de decisão, uma vez que não é igual a capacidade de representação, além da evidente letargia social de parcela relevante da sociedade⁷⁸.

A teoria elitista da democracia, por seu turno, assume a democracia como forma de dominação⁷⁹. Sua diferença para outras formas de domínio residiria no fato de ser possível verificar uma concorrência para o exercício de poder, uma vez que “os governados, de tempos em tempos, através do voto, decidiriam qual a elite concorrente deveria exercer o poder (...)”⁸⁰.

Ademais, os menos favorecidos não poderiam propor determinada opção política ou alternativa, mas estariam limitados a aceitar ou rejeitar determinada proposição⁸¹, pelo motivo abaixo exposto:

(...) a limitação às elites das escolhas políticas é uma condição de sobrevivência do sistema democrático, ameaçado pelo excesso de perfeccionismo, pela demagogia democrática e pelo princípio da maioria; (3) as elites profissionais, para conseguir a estabilidade do sistema, esforçam-se por defender também os interesses das não-

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.409.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.409.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.409.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.409-1.410.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.411.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.411.

⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.411.

elites; (4) a reserva da política às elites, em virtude de um intensivo processo de ‘socialização’ (cultura política), garante o processo liberal e democrático⁸².

Evidente, portanto, o tom pessimista desta corrente. Temos, ainda, o ordo-liberalismo, que assenta a fundamentação de se limitar o poder do Estado na necessidade de proteção do livre-mercado:

A ‘constituição da liberdade’ do neoliberalismo assenta no valor irrenunciável que a liberdade económica, sobretudo a propriedade privada dos meios de produção, tem para a ordem social-liberal. A democracia volta a ser definida novamente ‘como método’ através do qual é determinado o que deve valer como lei. A democracia para a teoria do ordo-liberalismo é um método que não aceita fundamentalmente na soberania do povo, como sempre pretenderam os ‘democratas doutrinários’; ela alicerça-se na ordem económico e social-liberal, na ‘economia livre de mercado’. Uma ordem livre e democrática, definida por regras e leis, baseia-se na afirmação da pessoa humana e nos seus direitos de liberdade. Levada aos extremos, na sua dimensão económica, a teoria democrática do ordo-liberalismo coloca a alternativa: poder ou mercado⁸³.

Já as teorias normativas da democracia (teoria liberal, concepção republicana, democracia deliberativa, democracia discursiva, democracia corporativista e concepção minimalista de democracia) não representam uma ruptura em relação às teorias da democracia, mas uma continuidade da busca pelas qualidades essenciais aptas a definir determinado regime como democrático ou não⁸⁴.

A teoria liberal sustenta que a política é o meio para atingir fins que, por sua vez, devem estar respaldados pela liberdade social – esta última precede a própria política. Nesse sentido, para esta teoria, a democracia é a forma pela qual o Estado atende à sociedade⁸⁵. Assim, o Estado torna-se um simples aparelho administrativo que serve a uma sociedade que, por sua vez, estipula um regime económico.

Nesse cenário, o Estado não deveria intervir demasiadamente na ordem económica, mas apenas preservar o máximo dessa liberdade enquanto provê as necessidades sociais e os direitos fundamentais.

A concepção republicana de democracia reside na “dimensão constitutiva da formação de vontade democrática (...)”⁵⁸. Para tanto, se “assumiria uma forma de compromisso ético-

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1.411-1.412.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.413.

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.414.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.414.

político referente a uma identidade colectiva no seio da comunidade”⁸⁶. Assim, o espaço social é o próprio espaço político, ambiente em que se busca o bem comum. A democracia seria, portanto, a auto-organização desta sociedade em busca do bem comum⁸⁷.

Para os partidários deste entedimento, o estatuto do cidadão equivale ao estatuto de direitos cívicos e não à liberdade negativa, já que a liberdade negativa decorre da positiva (direitos de participação e de comunicação política). A democracia deliberativa traz à tona a ideia de autogestão do Estado por meio do povo. Nela, o povo atingiria os fins buscados por meio de discussões dialógica-rationais, guiadas pela virtude cívica⁸⁸. As leis e ações governamentais seriam criadas e cobradas por esse processo.

Bastante semelhante é a democracia discursiva, cujas propostas mais relevantes seriam:

- i) a regeneração da publicidade crítica através de formas deliberativas descentralizadas, que é antagônica ao “privatismo burguês de um povo despolitizado” e a “redução legitimatória operada por partidos estatalizados”;
- ii) uma rede de comunicação e participação que estruture uma sociedade democrática antagonizando a política centrada no estado;
- iii) premissa que parte das condições atuais de pluralismo cultural e social e não de uma identidade ética-cultural⁸⁹.

Sobre a democracia corporativista, esta seria um modelo pluralista-cooperativo ou negociador, que tem como protagonistas as associações corporativas e os grupos de pressão, que se antepõem. Neste modelo, o governo seria um negociador dessas pretensões contrapostas, ficando o debate parlamentar adstrito à negociação entre esses dois polos⁹⁰.

Após apresentar essas concepções de democracia, José Joaquim Gomes Canotilho⁹¹ busca estabelecer requisitos mínimos para ser possível atribuir como sendo “democrático” determinado regime. Segundo o autor, seria necessário “possibilitar a participação de um número tão elevado de cidadãos quanto possível, onde a vontade da maioria é respeitada na tomada de decisões coletivas e vinculantes, em um cenário de alternativas reais e sérias de escolha dos cidadãos para decidirem quem será o governante e quais serão os programas

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.415.

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.415.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.416.

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.417.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.417.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1416.

políticos.”⁹² Outros requisitos seriam as garantias de liberdades e de participação política⁹³.

Finalmente, cabe acrescentar que para além da Constituição Federal, o poder do Estado, em matéria de direitos humanos, deveria ainda respeitar o âmbito protetivo dos tratados internacionais⁹⁴.

Sobre o tema, salutar o ensinamento de Agustín Gordillo:

O que se acreditava era que a máxima aspiração no passado, a sujeição da administração à lei e à também necessária submissão da lei à Constituição, foi assim superada pela etapa final de subordinação de todo direito interno a um direito supranacional e internacional. Essas transições conferiram um papel muito importante ao Judiciário, intérprete do significado das normas constitucionais e supranacionais e, portanto, da validade das normas legislativas, embora nem todos os países julguem que eles adotam sua posição de acordo com seu dever constitucional⁹⁵.

Evidente, por tudo isso, que um Estado Democrático de Direito está sempre permeado por pressões e tensões populares que demandam do poder estatal ora crescer, ora restringir-se. É certo que a frequência dessas interações depende do quão heterogênea é a sociedade. É este o caldo cultural-jurídico estabelecido na definição de conceitos como “Estado de Direito”, “Estado Democrático” e “Democracia”.

2.2 A Constituição Federal: direitos e garantias fundamentais

Vimos anteriormente o que cabia sobre Estado de Direito, Estado Democrático de Direito e Democracias. Naquela ocasião, nos deparamos algumas vezes com a expressão de determinadas liberdades, garantias e direitos.

Conforme afirma Marco Antonio Marques da Silva, “o processo penal é, antes de tudo, instrumento de realização da justiça, em um contexto de legalidade e garantia ao respeito aos direitos constitucionais daquele a quem se imputa a prática da infração penal⁹⁶”. Cabe agora, portanto, examinar quais seriam elas e, mais do que isso, quais delas impactam no direito

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.418.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.418.

⁹⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 394.

⁹⁵ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. III-15/III-16. No original: Lo que se creyó máxima aspiración en el pasado, la sujeción de la administración a la ley y el también necesario sometimiento de la ley a la Constitución, queda así superado por el paso final de subordinación de todo el derecho interno a un derecho supranacional e internacional. Estas transiciones otorgan un rol muy importante al Poder Judicial, intérprete del significado de las normas constitucionales y supranacionales y por lo tanto de la validez de las normas legislativas, aunque no e todos los países los jueces adoptan la postura que les corresponde de acuerdo con su deber constitucional

⁹⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juruá, 2008, p. 2.

processual penal e as consequências desse impacto.

Antes, porém, é necessário entender um pouco mais sobre os direitos, a liberdade e as garantias fundamentais. Para José Joaquim Gomes Canotilho:

Esta classificação é relevante sob vários pontos de vista: (1) porque ela não constitui um simples esquema classificatório, antes pressupõe um regime jurídico-constitucional especial, materialmente caracterizador (...) desta espécie de direitos fundamentais; (2) porque esta classificação e este regime vão servir de parâmetro material a outros direitos análogos dispersos ao longo da Constituição; (3) porque aos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdade e garantias se atribui uma força vinculada e uma densidade aplicativa (...) que apontam para um esforço da “mais-valia” normativa⁹⁷.

Direito é, portanto, como estado positivo inerente ao homem e ao indivíduo; liberdade como a defesa da esfera jurídica dos cidadãos perante os poderes políticos; garantias como meios processuais adequados para a defesa de direitos ⁹⁸. É seguro dizer, portanto, que a garantia sempre se coloca diante do direito como uma forma de fazê-lo valer⁹⁹. Obrada a definição de direitos e de garantias fundamentais, partiremos para a relação desses conceitos com o processo penal.

Vimos que as garantias são o caminho para fazer valer os direitos do cidadão. É certo que elas têm o condão de influenciar e, até mesmo, determinar a configuração do processo. Evidente, portanto, que o processo penal seja sempre determinado pelas previsões da Constituição Federal.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 é democrática e tem a clara intenção de limitar o poder estatal, o processo penal que ela cria assim o será. Não por acaso, a Carta elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (artigo 1º, III). Por isso, o processo penal por ela determinado jamais poderá contrariar a dignidade dos seres humanos, conforme observa Marcelo Augusto Custódio Erbella:

Assim, o processo penal, como elemento componente do ordenamento jurídico, como instrumental para a verificação das condutas desviantes e aplicação das sanções, deve ser orientado e delimitado pelos ditames do Estado Democrático de Direito, conformadores da Dignidade Humana¹⁰⁰.

Um processo penal respeitador da dignidade humana deve estabelecer uma distinção

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 398.

⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 405.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 526.

¹⁰⁰ ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. **Linguagem, prova e verdade no processo penal: uma nova visão humana**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015, p. 28.

necessária entre a função de julgar e acusar. Do contrário, estaria maculada qualquer possibilidade de limitação do poder: o juízo estaria viciado desde o princípio.

Deve-se analisar, ainda que brevemente, porque pressuposto de todos os princípios que serão vistos nesta pesquisa, os sistemas acusatórios e inquisitórios de processo penal. Só assim será possível entender o porquê da Carta de 1988 ter optado pelo sistema acusatório. Assim, o sistema acusatório implica que o juiz será sempre passivo em relação às partes, devendo observar uma disputa paritária entre acusação e defesa, em que a acusação demonstra por provas e por uma tese plausível a culpa do réu. Já o sistema inquisitório é caracterizado pelo protagonismo do juiz, que assume a própria colheita de provas e o julgamento, após uma instrução escrita e secreta, na qual se limita demasiadamente o contraditório e a ampla defesa¹⁰¹.

Nesse sentido, os ensinamentos de Luigi Ferrajoli:

A distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório pode ser um caráter teórico ou simplesmente histórico. É necessário precisar que as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem necessariamente com aquelas verificáveis no plano histórico, não sendo logicamente conexas entre si. Por exemplo, se fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre o Juiz e a acusação, a paridade entre a acusação e a defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do Juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado, dentre outros. Por outro lado, se são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do Juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução, não são institutos que nasceram exclusivamente no seio da tradição inquisitória¹⁰².

Em sentido análogo, Lenio Luiz Streck afirma:

Consequentemente, é possível afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do Direito Penal penetra no Direito processual-penal. É a porta de entrada da democracia. É o modo pela qual se garante que não existe um ‘dono da prova’; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei; enfim, é o *locus* onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado¹⁰³.

Portanto, um sujeito definido como acusador é importante por possibilitar ao magistrado o exercício exclusivo da decisão da lide, tornando-o sujeito imparcial e apto a exercer a função de garantidor das liberdades individuais do processado.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 519.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 518-519.

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. **O que é isto** – as garantias processuais penais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 56.

Nesse sentido, Aury Lopes Junior:

Configura o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do Juiz e submetendo sua atuação à prévia invocação por meio da ação penal. Esse princípio também deve ser aplicado na fase pré-processual, abandonando o superado modelo de Juiz de instrução até porque não cabe ao Juiz qualquer tipo de iniciativa probatória. Na fase processual, a gestão da prova deve estar nas mãos das partes assegurando-se que o Juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se, assim, suprapartes e preservando sua imparcialidade. Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao Juiz poderes instrutórios (como o famigerado artigo 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento ou, ao menos, ser objeto de leitura restritiva e cautelosa, pois é patente a quebra de igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência fulminada está a principal garantia da jurisdição: a imparcialidade do julgador. O sistema acusatório exige um Juiz espectador, e não um Juiz ator (típico do modelo inquisitório)¹⁰⁴.

Contudo, apesar de a Constituição Federal de 1988 prever: i) um Poder Judiciário completamente distinto do Ministério Público; ii) direito a contraditório e ampla defesa; iii) presunção de inocência; o processo penal brasileiro é ainda inquisitivo, uma vez que o magistrado detém a gestão da prova¹⁰⁵, ressalvadas posições contrárias que entendem ter a última reforma do Código de Processo (promovida pela Lei n. 11.690/2008) transformado em misto o sistema brasileiro¹⁰⁶.

Conforme aponta Aury Lopes Junior¹⁰⁷, é preciso compreender que a Constituição Federal de 1988 estabelece no Brasil o processo penal acusatório. Por isso, é necessário filtrar tudo aquilo próprio de um sistema inquisitório: leia-se, as indevidas intromissões do magistrado na gestão da prova ou nas funções das partes.

A discussão sobre a posição do juízo e as demais particularidades no processo penal ganha especial relevo porque ela é o que Luigi Ferrajoli pontua como uma das primeiras garantias orgânicas de um processo penal democrático ou, nos termos do autor, de um processo penal garantista¹⁰⁸.

Frise-se, ainda, que por ser um sistema axiomático¹⁰⁹, o garantismo necessita que seus princípios sejam respeitados integralmente, uma vez que um princípio fortalece o outro e ambos se integram em conteúdo e grau protetivo. É na reunião desses princípios que se verifica um processo penal garantista, que sirva em si mesmo como garantia¹¹⁰, permeado por proteções e construções racionais que legitime o poder punitivo na exata medida em que ele é

¹⁰⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

¹⁰⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 47.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 71-72.

¹⁰⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 47.

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 497.

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 91-92.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 556-557.

limitado¹¹¹.

Com efeito, uma das principais determinações da Constituição Federal de 1988 é a de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, LIV).

Sobre o tema, acrescenta Marcelo Erbella:

Um processo orientado por princípio ‘proporcional às regras segundo as quais o fato deve ser produzido e considerado válido para poder determinar consequências jurídicas.’ Destacamos, na ordem de realização e interpretação do processo penal, o princípio do “devido processo legal”, garantia mor de um processo penal adequado, pois o “devido processo legal” é destinado não só ao intérprete da lei, quando da produção de uma decisão resolutiva, como ao próprio legislador que deverá observá-lo quando da elaboração da Lei, ou seja, na produção de uma decisão normativa. E o devido processo legal, exigência primordial para a observância do Estado Democrático de Direito, irradia os princípios da igualdade, do Juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, da presunção de inocência, da publicidade, do duplo grau de jurisdição, entre outros constitucionalmente não formalizados. O processo penal constituído nestes moldes, ou seja, à luz do Estado Democrático de Direito, deve ser um processo realizador da Dignidade da Pessoa Humana. Um processo que reconheça o valor da pessoa humana em razão de sua condição própria de ser humano; que dignifique o ser humano como ser individual e integrante da sociedade, sem se apoiar em atributos de ordem pessoal. Assim, o processo penal, no Estado Democrático de Direito, um verdadeiro processo penal democrático, assimila a dignidade humana como valor supremo¹¹².

Assim, o devido processo legal, também conhecido como *due process of law*, é um princípio geral de direito existente em todos os Estados de Direito¹¹³. A ideia deste princípio é a de que o Estado não pode limitar aspectos da vida, da liberdade e da propriedade dos cidadãos fora do procedimento estabelecido em lei¹¹⁴.

Este princípio tem duas emanações básicas: *substantive process of law* e *judicial due process of law*¹¹⁵. O primeiro aspecto versa sobre um limite genérico de atuação ao poder público (judicial, executiva ou legislativa), que deve ser regido pela legalidade, pela proporcionalidade e pela razoabilidade¹¹⁶.

Já o segundo aspecto, *judicial due process*, tem como destinatário o Poder Judiciário que “para privar alguém de sua liberdade ou de seus bens impõe-se, sob pena de

¹¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 40-42.

¹¹² ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. **Linguagem, prova e verdade no processo penal**: uma nova visão humana. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015, p. 28-29.

¹¹³ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. IX-9.

¹¹⁴ BIALSKI, Daniel Leon. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 157.

¹¹⁵ BIALSKI, Daniel Leon. Da nova interpretação do artigo 567 do Código de Processo Penal brasileiro após a Constituição Federal de 1988. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 157.

¹¹⁶ BIALSKI, Daniel Leon. Da nova interpretação do artigo 567 do Código de Processo Penal brasileiro após a Constituição Federal de 1988. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 157-158.

mácula, a estrita observância do conjunto de regras que regem essa atividade, isto é, do ‘devido processo’”¹¹⁷.

O escopo básico do devido processo penal é a garantia de um processo justo. Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho esclarece:

A protecção alargada através da exigência de um processo equitativo significará também que o controlo dos tribunais relativamente ao carácter ‘justo’ ou ‘equitativo’ do processo se estenderá, segundo as condições particulares de cada caso, às dimensões materiais e processuais do processo no seu conjunto. O parâmetro de controlo será, sob o ponto de vista intrínseco, o catálogo dos direitos, liberdade e garantias constitucionalmente consagrados e os direitos de natureza análoga constantes de leis ou de convenções internacionais (...) Mas o controlo pautar-se-á ainda pela observância de outras dimensões processuais materialmente relevantes (...)”¹¹⁸.

Ante o exposto, conclui-se que a Constituição Federal de 1988, ao garantir direitos, também estabelece garantias aptas à defesa destes. Por isso, prevê a existência de um processo penal no qual reine o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do magistrado, conforme sublinha Marco Antonio Marques da Silva:

os princípios constitucionais do direito penal cumprem uma função fundamentadora da intervenção do Estado Democrático de Direito na privacidade e intimidade das pessoas, através do poder de punir, estabelecendo os limites deste. No processo penal, os princípios constitucionais proporcionam as regras, segundo as quais o fato deve ser produzido e considerado válido para poder determinar as consequências jurídicas¹¹⁹.

Por descendência constitucional, o processo penal brasileiro tem um compromisso constitucional com o sistema acusatório que, por sua vez, demanda vislumbrar o “devido processo legal”. Portanto, é preciso que o procedimento trilhado pelas partes esteja previsto em leis que promovam uma série de outros princípios; o devido processo legal, afinal, nada mais é que um metaprincípio.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

De acordo com Marco Antonio Marques da Silva, o Estado Democrático de Direito tem como fundamentos a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, além dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo. Por esta razão, afirma o autor, a

¹¹⁷ BIALSKI, Daniel Leon. Da nova interpretação do artigo 567 do Código de Processo Penal brasileiro após a Constituição Federal de 1988. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 158.

¹¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 494-495.

¹¹⁹ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juruá, 2008, p. 15.

dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão, e por tal razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder do Estado, dela decorrem, determinando que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o seu alcance¹²⁰.

Deste entendimento, sob a mesma ótica, Walber de Moura Agra menciona:

Fundamento é o que alicerça, o que constitui a base, a essência da República Federativa do Brasil, os elementos imprescindíveis ao ordenamento jurídico. São fundamentos agasalhados pela Constituição brasileira: a) soberania; b) cidadania; c) dignidade da pessoa humana; d) valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e) pluralismo político. É relevante que o primeiro fundamento do nosso ordenamento seja a soberania, resvalando o direito de tecer nosso próprio destino, sem precisar que nos submetamos a ingerências externas, principalmente as que querem nos impor em um mundo globalizado, em que prepondera o sistema financeiro em lugar do sistema produtivo, os números em detrimento dos seres humanos¹²¹.

Frise-se que a dignidade humana divide o corpo do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 com a própria soberania do Estado brasileiro. Dessa forma, não é exagero entender que a dignidade humana tem um grau superior dentre os direitos e garantias fundamentais¹²². Sobre o princípio da dignidade humana, prossegue o autor:

Ela é a base do ordenamento jurídico, seu elemento central, como dispõe a Constituição alemã de 1949 ao afirmar que a dignidade da pessoa humana se configura inviolável. Dessa centralidade advém que nenhuma norma jurídica pode denegrir seu conteúdo essencial, o homem é considerado como valor mais importante do ordenamento jurídico, tornando-se o vetor paradigmático para a interpretação das demais normas e valores constitucionais. A dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, sem eles o homem se transformaria em uma coisa, *res*. São direitos como a vida, lazer, saúde, educação, trabalho e cultura que devem ser propiciados pelo Estado e, para isso, pagamos tamanha carga tributária. Esses direitos servem para densificar e fortalecer os direitos da pessoa humana, configurando-se como centro fundante da ordem jurídica. A concepção empregada na Constituição de 1988 parte do pressuposto de que todos os homens possuem a mesma natureza, sendo dotados, assim, de idêntico valor, independente de sua posição social, econômica, cultural ou racial, devendo, portanto, ter sua dignidade assegurada¹²³.

Parece-nos, portanto, equivocado crer que a dignidade humana deva ter o mesmo peso quando em choque com outra demanda estatal, de maneira que sua mitigação sempre coloca em risco não só um direito fundamental que o Estado deve proteger, mas o próprio fundamento deste Estado.

¹²⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. O processo como ponte entre o cidadão e o poder jurisdicional. **Cadernos Jurídicos (EPM)**, v. 44, 2016, p. 09.

¹²¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 113.

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379.

¹²³ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 118.

Tanto é assim que Paulo Bonavides encontrou na dignidade da pessoa humana a mesma dimensão da soberania:

Basta, aliás, a mais breve reflexão sobre o artigo inaugural do texto supremo do regime e já se deduzirá, de imediato, a excepcional importância que, ao sobredito princípio, lhe deu o constituinte de 1988. Fê-lo de estatura tão elevada quanto os princípios da soberania, da cidadania, do pluralismo, do reconhecimento social e axiológico ao trabalho e à livre iniciativa, classificados, também, como componentes medulares das instituições do nosso sistema constitucional de poder. Introduzir, de conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na consciência, na vida e na prática dos que exercitam a governação e dos que, enquanto entes da cidadania, são, do mesmo passo, titulares e destinatários da ação de governo, representa uma exigência e imperativo de elevação institucional e de melhoria qualitativa das bases do regime. É o que se preconiza numa sociedade açoitada de inumeráveis lesões aos direitos fundamentais e de freqüente desrespeito às garantias mais elementares do cidadão livre, aquele que se prepara para compor os quadros da democracia participativa do futuro¹²⁴.

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 praticamente instituiu de maneira expressa a dignidade da pessoa humana como um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito. Estruturando-a em torno da ordem jurídica, pode ser definida como um valor acima do direito e por ele preservado.

Sobre o tema, Jorge Miranda afirma: “é um metaprincípio, que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e, também, aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas”¹²⁵.

Bem por isso, considerando que a dignidade da pessoa humana fundamenta e confere não apenas aos direitos fundamentais – desde os direitos pessoais (direito à vida, à integridade física e moral), até os direitos sociais (direito ao trabalho, à saúde, à habitação), passando pelos direitos dos trabalhadores (direito à segurança no emprego, liberdade sindical) – mas também à organização econômica (princípio da igualdade da riqueza e dos rendimentos)¹²⁶, entende-se que este princípio deve permear, inclusive, a arquitetura do processo penal brasileiro, impondo-lhe limitações aos atos processuais e procedimentos incompatíveis com a violação da dignidade humana¹²⁷, dado que, para assegurar, o direito ao devido processo legal, deve-se estabelecer

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma nova política de repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 231-232.

¹²⁵ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 170.

¹²⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da. O processo como ponte entre o cidadão e o poder jurisdicional. **Cadernos Jurídicos (EPM)**, v. 44, 2016, p. 12.

¹²⁷ ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. **Linguagem, prova e verdade no processo penal: uma nova visão humana**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015, p. 29-30.

mecanismos condizentes com a resolução de conflitos e os valores inerentes à dignidade humana.

2.2.2 Princípio da legalidade

Tão esquecida ultimamente, a legalidade é a fonte basilar do Estado Democrático de Direito, haja vista que se exige do legislador a atuação fundada em preceitos de igualdade e de justiça. Esta circunstância é decorrente, posto que o exercício da lei na comunidade aparece como pressuposto de validade. A lei deve ser emanada de órgão de representação popular e elaborada na forma do processo legislativo previsto constitucionalmente¹²⁸. Daí porque se exige a plena legitimidade na qualidade de quem propõe a lei, respeitadas as condições de preservação da dignidade humana¹²⁹.

Bem por isso, o princípio da legalidade impede que a investigação criminal seja transformada em desjurisdicionalização do processo penal¹³⁰. A investigação criminal não deve ser destruída pela essência de um combate à criminalidade desenfreado, no qual haja a verdadeira instauração do processo penal pela aparência.

Assim, o processo penal nasce com a pretensão de ser o meio instrumental de garantia da legalidade mais adequado na obtenção de um resultado final, conforme destaca Claudio José Langroiva Pereira, desde que estejam resguardados os direitos do acusado¹³¹. Para Juan Montero Aroca¹³², o princípio da legalidade está situado sob quatro garantias: criminal (associada ao conceito de que não existe crime sem lei); penal (não existe pena sem prévia cominação legal); jurisdicional (discute-se a demonstração da previsão legal como pressuposto do direito de punir); e execução penal (efetiva as penas a serem aplicadas).

Assim, em processos de colaboração premiada, a legalidade não só é o instrumento que pode basilar os direitos e as garantias do acusado, como também permite garantir a proporcionalidade satisfatória entre a função do Estado e a garantia jurisdicional, de forma a incidir inclusive no princípio da licitude das provas¹³³.

¹²⁸ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 05.

¹²⁹ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 06.

¹³⁰ HASSEMER, Winfried. **Histórias das idéias penais na Alemanha do pós-guerra**. Lisboa: AAFDL, 1995, p. 70.

¹³¹ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 08.

¹³² AROCA, Juan Montero. **Principio del proceso penal** – una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, p. 21. No mesmo sentido: PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 08.

¹³³ Apoiado na lição de Devis Echandía, Claudio José Langroiva Pereira destaca: “o princípio da licitude das provas pode ser entendido como uma exigência de que a prova admitida esteja revestida de certos requisitos extrínsecos ligados às

2.2.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são os principais mecanismos aptos a fazer valer a dialética acusatória e a instrumentalização da defesa. São eles que dão corpo à possibilidade de contrariar as hipóteses acusatórias (que devem ser claras ao ponto de possibilitar o exercício da defesa), enquanto o juiz apenas observa as partes¹³⁴.

Em outras palavras, o contraditório é a possibilidade de uma parte intervir na tônica do que é afirmado pela outra¹³⁵. Para tanto, é necessário que a acusação seja clara e inequívoca¹³⁶.

Só podemos vislumbrar o respeito à ampla defesa e ao contraditório quando as partes são favorecidas com idênticas oportunidades processuais, sem que o juiz interfira produzindo hipóteses ou chances de provas que beneficiem qualquer uma delas¹³⁷.

É o que explica Luigi Ferrajoli¹³⁸, ao afirmar que a paridade de armas significa delimitar as prerrogativas da acusação, de forma a impedir que ela não tenha funções judiciais, e da defesa, de forma que lhe sejam asseguradas as mesmas garantias do poder acusatório, com igual dignidade.

Interessante ainda é a observação de Agustín Gordillo, para quem o exercício da defesa é o meio adequado a informar o sistema com críticas, criando dessa forma um canal apto à melhoria da prática democrática¹³⁹.

Dessa feita, o contraditório e a ampla defesa são os verdadeiros agentes destinados ao convecimento do magistrado para que este, por estar inerte e equidistante, venha a aderir ao entendimento esposado pela defesa ou pela acusação.

Bem por isso, para terem igualdades de oportunidade de convencer o julgador, acusação e defesa precisam ter as mesmas chances processuais, o que deveria incluir a possibilidade de intervenção em propostas existentes em modelos de justiça negociada ou no incremento de maior paridade no momento da negociação¹⁴⁰.

características de tempo, modo e lugar de sua obtenção ou realização, bem como intrínsecos referentes à ausência de vícios de produção ou de natureza como dolo, erro ou imoralidade de seus meios”. (PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 26).

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 564-565.

¹³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

¹³⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 565-566.

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 537.

¹³⁹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2013, pp. IX-13/IX-15.

¹⁴⁰ VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, pp. 270-272.

2.2.4 Princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural possui um duplo aspecto: ao mesmo tempo em que define um juiz competente, afasta a possibilidade de criar tribunais de exceção¹⁴¹. A forma mais consagrada na doutrina para evitar a criação de tribunais de exceção é o estabelecimento prévio de critérios legais para definir a competência da autoridade judicial que deve apreciar o delito¹⁴². A apreciação deste delito deve ser dada, também, por um órgão julgador independente.

Por isso, a importância do juiz natural reside na normalidade da ordem de competências no juízo, pré-constituída pela lei. Entende-se por competência o limite da jurisdição de que qualquer juiz é titular.

Nesse sentido, o princípio do Juiz natural impõe, ao contrário, que seja a lei o que pré-constitui tais critérios de forma rígida e vinculante, de forma que seja excluída qualquer escolha *post factum* do Juiz ou colegiado a que as causas são confiadas; e exige, além disso, que tal pré-constituição se refira também aos órgãos do Ministério Público, de forma que nem mesmo as funções de acusação sejam manobradas ou de qualquer modo condicionadas por órgãos estranhos ao processo. Diria antes que, ultrapassado totalmente o poder de comissão no qual se manifestava no passado a ingerência real na administração da justiça, o problema do Juiz natural relaciona-se, hoje, essencialmente, ao poder de avocação, isto é, ao perigo de prejudiciais condicionamentos dos processos através da designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los, sejam judicantes ou inquiridores; e que o único modo de satisfazer plenamente o princípio é pré-constituir por lei critérios objetivos de determinação da competência de cada magistrado singularmente, e não só dos órgãos a que ele pertence.¹⁴³

Forçoso perceber que não basta delimitar a forma de seleção daqueles que serão legítimos para julgar, mas a extensão de seus poderes e toda a estrutura em que este sujeito está inserido. Além disso, cada um dos magistrados será selecionado como competente para julgar este ou aquele caso, segundo critérios objetivos.

Outra questão interessante é se a ideia de juiz natural deve repousar sobre a figura do magistrado ou do órgão. É que, muito embora exista uma fungibilidade dos magistrados, é certo que não há como conceber que a ideia de juiz natural não deve englobar a imparcialidade do julgador.

Sendo assim, seria completamente despropositado entender que a ideia de juiz natural vincular-se-ia apenas e tão somente às regras de definição de competência do órgão judicial que julgará o caso.

Vejamos, sobre este ponto, a observação de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

¹⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, p. 124.

¹⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, p. 125.

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 545.

A “fórmula do Juiz natural”, explica Nobili, foi influenciada fortemente – na época de sua afirmação – pelo postulado iluminista do Juiz entendido como um simples ente inanimado (...) como um mecânico aparelho silogizante. As regras sobre competência assumiam, então, uma simples função de economia e de organização do trabalho judiciário.

(...)

Todavia, atualmente, não há como negar a existência de um pluralismo interno na magistratura, espelhando, tanto quanto possível, o pluralismo social de um estado democrático. Nesse contexto, e deixando de lado a ideia irrealizável de um Juiz neutro ou ascético, é necessário assumir que cada Juiz é único, sendo inadequado trabalhar sob uma concepção forjada a partir de um corpo homogêneo de magistrados fungíveis e intercambiáveis entre si¹⁴⁴.

Motivado pela multiplicidade social na qual o magistrado se insere, o autor sustenta ampliar o alcance do princípio do juiz natural para se obter uma eficácia mínima da imparcialidade, que é seu escopo¹⁴⁵.

2.2.5 A questão da prova e da verdade no processo penal

A prova no direito é um dos pontos centrais aptos a oferecer substâncias para as narrativas construídas pelas partes no exercício do contraditório¹⁴⁶, o que é natural, uma vez que os argumentos são sempre permeados pelos interesses daqueles que os desenvolvem. Daí porque indissociável a relação entre prova e verdade no processo penal. Abordar um tema levará consequentemente à abordagem do outro.

Sobre essa correlação automática, Araújo Figueiras Júnior acrescenta:

Essa sentença sobre a verdade dos factos da accusação teve por base a prova. Fornecer a prova desses factos é dever do accusador; o accusado só tem que destruir as provas adversas, e produzir as que fôrem em sua defesa. Uma terceira pessoa, o magistrado preparador, por sua parte, estabelece a prova dos differentes factos de importância decisiva para o processo; e os juizes, enfim, baseão a sua decisão sobre aquelles factos que considerão demonstrados. Já se vê, pois, que é sobre a prova que versão as prescripções leaes mais importantes em matéria de processo criminal¹⁴⁷.

Essa associação automática é consequência da pretensão em se querer que a justiça exista a despeito do interesse das partes. Bem por isso, antigamente, entendia-se que as provas poderiam ser orientadas, literalmente, por sinais divinos:

A noção geral de ordálio inclui uma grande variedade de técnicas utilizadas em diferentes situações, de acordo com as tradições particulares e com base nas escolhas

¹⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, p. 191.

¹⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, pp. 191-194.

¹⁴⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 60-61.

¹⁴⁷ FIGUEIRAS JUNIOR, Araújo. **Tratado da prova em matéria criminal**. Rio de Janeiro: Typ. Universal de E. & H. Laemmert, 1878, p. 3.

feitas pelos juízes ou pelas partes: o ordálio mais comum e duradouro foi provavelmente o duelo judicial, em que as partes ou seus campeões combatiam perante os juízes. (...) um instrumento de uso bastante comum era o juramento de uma das partes (*compurgatio*), e outra forma, amplamente utilizada, era o juramento prestado por um grupo de pessoas (chamados geralmente de *conjuratores*) em auxílio de uma parte. Todos esses meios de prova eram vulgarmente chamados de “juízos divinos”, visto que se fundavam na premissa de que Deus, devidamente requerido a assistir as partes, deveria determinar diretamente o êxito da prova, tornando evidente a inocência ou a culpabilidade do sujeito que a ela se submetia. (...) a observância pontual desses procedimentos assegurava sua validade e, portanto, a justiça e a aceitação do resultado que deles derivava¹⁴⁸.

Conforme observa Michele Taruffo, apesar dos critérios modernos apontarem para a irracionalidade desse tipo de procedimento, era possível vislumbrar racionalidade nesse sistema: bastaria entender sua lógica interna, já que “não havia qualquer extravagância em pensar que Deus devesse intervir na determinação do êxito de eventos importantes como as controvérsias judiciais: o ordálio era visto como a *liturgie d'un miracle judiciaire*¹⁴⁹(...) através da superação de uma prova.”¹⁵⁰

A funcionalidade racional residia no fato de que as partes expunham suas teses à corte que determinava o objeto da controvérsia e decidia como se daria a distribuição de cada prova entre elas¹⁵¹. Evidente, portanto, que a prova serve como atestador da credibilidade de argumento de determinada parte, ou seja, como forma apta a superar o interesse da parte na formulação do argumento e conferir a ele validade atestada pela pureza divina.

Isso é importante porque, tudo indica, essa ideia de pureza perdura com a ideia de “verdade real” até tempos relativamente recentes¹⁵². Aliás, essa relação entre verdade e pureza ainda persiste na contemporaneidade, mas com contornos de objetividade:

Em suma, se do ponto de vista da avaliação subjetiva das provas não existe diferença entre prova direta e indireta, pois a razão explica sua atividade do mesmo modo para ambas, do ponto de vista da avaliação objetiva, ao contrário, existe uma enorme diferença entre prova direta e indireta. Com a simples percepção da prova direta, afirma-se a conclusão objetiva; não se pode afirmar a conclusão da prova indireta, senão passando pelo trabalho de raciocínio, da sua percepção à do crime.

De tudo isso que dissemos sobre a diversa participação da razão na avaliação da prova direta, em geral, sobre a indireta, pois a primeira tendo naturalmente a conclusão objetiva, para a sua maior facilidade de avaliação, está menos sujeita a erros que a segunda. Em particular, pois, a prova direta real é superior à direta pessoal, porquanto, como vimos, para as provas reais em geral, a avaliação subjetiva é menos árdua que para as provas pessoais. Por esta mesma razão, para maior facilidade de avaliação

¹⁴⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 19-20.

¹⁴⁹ Liturgia de um milagre jurídico, tradução livre.

¹⁵⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 20-21.

¹⁵¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 21.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 44-47.

subjettiva, também as provas indiretas reais são, por isso, superiores às indiretas pessoais¹⁵³.

Contudo, essa busca incessante pela pureza das provas e por uma verdade absoluta conduziu aos tempos tenebrosos do processo, inclusive admitindo-se tudo para a obtenção de provas¹⁵⁴.

Daí a preocupação da doutrina mais progressista^{155 156 157 158} em distanciar-se a verdade real e habilitar uma verdade aproximativa ou processual, já que a verdade real sempre conduzia o magistrado para a postura inquisitória de intromissão no papel das partes. Aliás, para denotar a importância do método ético de apreciação da verdade possível, basta verificar que no passado existia o curioso fenômeno de semiabsolvição¹⁵⁹.

Pois bem, diante do exposto, evidente que a relação de simbiose entre prova e verdade no processo penal denota que esta é o veículo para aproximar-se daquela. Evidente, também, que a busca por essa verdade pela produção probatória conduzia os processos aos seus mais sinistros termos e tempos.

Assim, a ideia de verdade real passou para a busca de uma verdade aproximativa. Essa busca, ou seja, produção probatória, passaria a ser qualificada por limites éticos na produção probante.

Dessa feita, quem deveria buscar essa verdade aproximativa seriam as partes, que efetivamente disputariam a narrativa de um processo com as provas coligidas, restando ao magistrado o papel de observador e garante do réu. Para Luigi Ferrajoli,

O nexu posto em relevo supra entre sistema de garantias penais e sistema de garantias processuais se manifesta no resto na perfeita correspondência de alternativa entre garantismo e substancialíssimo (...) O primeiro desses modelos é de fato aquele orientado à busca de uma verdade processual empiricamente controlável e controlada, ainda que necessariamente reduzida e relativa no sentido elucidado no parágrafo 4. O segundo é orientado à uma busca de uma verdade substancial e abrangente, fundada essencialmente em valorações (...) Um critério substancialista de definição do delito – como nos casos limites da justiça, expressos por fórmulas do tipo ‘é réu quem é inimigo do povo’, ou ‘é delito qualquer ato hostil ao Estado’ – não pode senão fundar modelos decisionistas de processo penal, voltados à busca da ‘verdade’ ética ou política que vão além da prova. Por outro lado, um critério convencionalista

¹⁵³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução da 3. ed. de 1912. São Paulo: CONAN, 1995, p. 163.

¹⁵⁴ BECCARIA, Cesare Bonesan. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, pp. 69-70.

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 50.

¹⁵⁶ KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo: para além da ambição inquisitorial**. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito, 2016, p. 183.

¹⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 376-377.

¹⁵⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 111-112.

¹⁵⁹ FIGUEIRAS JUNIOR, Araújo. **Tratado da prova em matéria criminal**. Rio de Janeiro: Typ. Universal de E. & H. Laemmert, 1878, pp. 562-563.

informado pelo princípio da taxatividade, ao exigir a formulação unívoca e rigorosa dos fatos empíricos qualificados como delitos, é o pressuposto necessário de um modelo cognitivo de processo penal entendido como verificação ou falsificação empírica das hipóteses acusatórias.¹⁶⁰

Assim, o processo penal deve estabelecer um regramento que controle a atividade judicial, devendo existir – da formulação da tese acusatória até sua valoração – regras que imponham ao magistrado inércia e isenção. A busca no direito pela verdade aproximada/processual deve respeitar os limites legais e éticos de um Estado de Direito, ou seja, respeitar os limites previstos na Constituição Federal. Diante desse cenário, a decisão judicial deve se dar pela construção lógica verificável, com a veiculação de argumentos cognitivos, que por sua vez se consubstanciam em hipóteses assertivas formuladas pelas partes e não pelo juiz.

Acrescente-se, ainda, que a presunção de inocência ganha especial relevo nesse arranjo interpretativo da prova, uma vez que, conforme consignado na Constituição Federal¹⁶¹, a dúvida favorece o réu. É neste desenvolvimento final que se encontrou alocada a antiga ideia de pureza e isenção¹⁶², posto que

(...) Na jurisdição penal, ao contrário, a verdade garantida pela estrita legalidade é diretamente um valor de liberdade. Antes de tudo porque os direitos de liberdade são protegidos contra o abuso precisamente devido ao caráter cognitivo e não potestativo do juízo, enquanto por outro lado são expostos ao arbítrio do juízo que tiver caráter decisionista. Em segundo porque só o juízo de verdade não ofende, graças à sua propensão à objetividade e contestabilidade, a dignidade do sujeito julgado¹⁶³.

Esta legitimação vem, portanto, do fato de o juiz estar adequado aos limites éticos para

¹⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 497-499. Aliás, o autor ainda destaca que “Do mesmo modo, é claro que os dois tipos de processo penal correspondem um ao modelo de direito penal mínimo, e outro ao de direito penal máximo e, ainda, aos dois tipos de certeza subjetiva e de verdade relativa distinguidos no parágrafo 8.2. De fato, as garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma verdade mínima em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de não culpabilidade até a prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação. Ao contrário, o processo decisionista, e tipicamente inquisitivo, assenta-se em todos os casos na busca da verdade substancial, que por isso se configura como uma verdade máxima, perseguida sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas e ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indeterminação das hipóteses de acusação e o seu caráter avaliativo exigem, mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa. Nesse segundo modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam); enquanto no primeiro é o fim que é legitimado pelos meios (...) Por outro lado, o modelo cognitivo de processo penal, recebido apenas de modo sumário pela nossa constituição, confere um fundamento e uma justificação específica à legitimidade do Poder Judiciário e à validade de seus provimentos que não residem nem no valor político do órgão judicante nem no valor intrínseco de suas decisões, mas sim na verdade, inevitavelmente aproximada ou relativa, dos procedimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a base dos próprios provimentos (...) Segundo esse modelo, como se viu no primeiro e no terceiro capítulos, os atos jurisdicionais (...) constituem-se na verdade de proposições assertivas suscetíveis de verificações e refutações, e de proposições prescritivas, por aquelas ‘justificadas’, ‘legitimadas’ ou ‘motivadas’. E isso exige procedimento de controle para prova e contestação tais, que só podem ser garantidos por um processo de partes fundado no conflito institucional entre acusação e defesa”

¹⁶¹ BRASIL. Constituição Federal (1988), artigo 5º, LVII.

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 500.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 501-503.

a obtenção de uma verdade disputada pelas partes, ou, até mesmo negociada¹⁶⁴.

2.2.6 Meios de prova em processo penal

Vistos a relação entre prova e verdade, além dos limites legais-éticos na verdade e as razões para se adotar a verdade processual/aproximativa, serão agora brevemente analisados os meios de prova no processo penal, a começar pelas lições de Aury Lopes Junior:

(...) é importante compreender a distinção entre ‘meios de prova’ e ‘meios de obtenção de provas’:

a) Meio de prova: é o meio através do qual se oferece ao Juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados na decisão. São exemplos de meios de prova: a prova testemunhal, os documentos, as perícias.

b) Meio de obtenção de prova: ou *mezzo de ricerca della prova*, como denominam os italianos, são instrumentos que permitem obter-se, chegar-se à prova. Não é propriamente ‘a prova’, senão meios de obtenção de provas (...) os meios de obtenção de provas não são por si fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a política judiciária. Exemplos: delação premiada, buscas e apreensões, interceptações telefônicas etc. Não são propriamente provas, mas caminhos para chegar-se à prova¹⁶⁵.

Portanto, *meio de prova* é o instrumento – pessoal ou material – capaz de levar ao processo algum elemento de convicção sobre determinado fato¹⁶⁶. O Código de Processo Penal brasileiro é o responsável por estabelecer os meios de prova admitidos em direito¹⁶⁷.

Porém, em que pese a estipulação do rol previsto no artigo 140 do referido diploma, Guilherme Madeira Dezem, em obra sobre o tema, afirma que a “ideia da tipicidade e da atipicidade probatória não encontra unanimidade na doutrina¹⁶⁸”.

Há conceitos, tanto na doutrina estrangeira como na nacional, que implicam haver dois pressupostos distintos no que tange aos conceitos de meios de prova¹⁶⁹ e meios de investigação¹⁷⁰.

¹⁶⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 146-147.

¹⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 352.

¹⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 214.

¹⁶⁷ Vejamos: a) Exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184); b) Interrogatório do acusado (arts. 185 a 196); c) Confissão (arts. 197 a 200); d) As perguntas ao ofendido (arts. 201); e) As testemunhas (arts. 202 a 225); f) Os documentos (arts. 231 a 238); g) Os indícios (artigo 239); h) Busca e apreensão (arts. 240 a 250).

¹⁶⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**: tipo processual, provas típicas e atípicas. São Paulo: Millennium, 2008, p. 143.

¹⁶⁹ Meio de prova é aquele que pode ser considerado pelo juiz para proferir sua decisão, já que necessariamente implica em contraditório e forma elemento de prova. No caso de meio de investigação, pensa-se que não pode ser utilizado pelo juiz no processo, já que implica em formar elementos de investigação, cuja finalidade é reunir indícios de autoria e materialidade para embasar o início da ação penal.

¹⁷⁰ Não cabe aqui explicitar a diferença de posicionamento de cada um deles. Vale a pena ler para tanto: LARONGA, Antonio. **Le prove atipiche nel processo penale**. Padova: CEDAM, 2002, p. 156; RICCI, Gian Franco. *Atipicità della*

Assim, conforme a classificação de Antonio Magalhães Gomes Filho, meios de prova são os “instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova)”¹⁷¹. São compreendidos como mecanismos que acarretam uma atividade endoprocessual, com a participação das partes perante o juiz, como, por exemplo, o interrogatório ou a oitiva de testemunhas e peritos. Já os meios de obtenção (pesquisa ou investigação) da prova “dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo)”¹⁷².

Portanto, no Brasil, Antonio Scarance Fernandes¹⁷³, Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁷⁴ e Gustavo Henrique Rigni Ivahy Badaró¹⁷⁵ delineiam que o meio de prova pode ser atípico ou típico. Segundo define Guilherme Madeira Dezem, o que os diferencia é o procedimento probatório específico, ou seja, além de serem nominados, se possuem procedimentos regulados em Lei¹⁷⁶.

Por tal razão, aponta Alberto Medina de Sá, para produção de certa prova, é necessário respeitar o procedimento legal, dado que, se estivermos na hipótese de provas atípicas, as formas probatórias assumem relevo nas indicações feitas pelo legislador¹⁷⁷.

Não se pode admitir fungibilidade das formas probatórias, posto que “o facto de um direito processual penal não se exigir, para a prova de determinados enunciados factuais, a utilização de meios probatórios específicos, não equivale a dar por assente que o julgador seja livre na escolha dos meios de prova a utilizar”¹⁷⁸.

Vale dizer, quando se trata de meio de obtenção de prova típico, ou seja, previsto em

prova, processo ordinário e rito camerale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, anno LVI, n.2, giugno, 2002, p. 415.

¹⁷¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 308.

¹⁷² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 309. Sobre isso, ver também: TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 366-367; PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada – legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 189-195.

¹⁷³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 90.

¹⁷⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 102.

¹⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Rigni Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 86

¹⁷⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas**. São Paulo: Millennium, 2008, pp. 149-150. “(...) há preocupação em distinguir os meios de prova típicos, para os quais são previstos um procedimento probatório, dos meios de prova atípicos, seja porque não previsto pelo legislador, seja porque, embora nominados em lei, não há previsão de procedimento probatório específico (...)”.

¹⁷⁷ SÁ, Alberto Medina de. Legalidade da prova e reconhecimentos atípicos em processo penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (org.) **Liber discipulorum para Jorge Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1.401.

¹⁷⁸ SÁ, Alberto Medina de. Legalidade da prova e reconhecimentos atípicos em processo penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (org.) **Liber discipulorum para Jorge Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 1.411.

lei, o juiz está vinculado a todas as normas, inclusive as que tratam do procedimento. Dito de outra forma, deve haver respeito ao princípio da realização da prova e, consequentemente, da sua obtenção, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo penal, e, por conseguinte, do reconhecimento da nulidade do ato praticado.

Isso porque a exata ideia da prova em um processo penal democrático é estabelecer um campo de disputa previsível para a defesa, permitindo que ela se antevenha. Por isso, é inconcebível admitir que a acusação possa inovar buscando analogia com o processo civil para apresentar outros meios de prova não previstos em lei processual penal.

Quando um meio de prova ou de obtenção de prova não existe no processo penal, não existirá igualmente a possibilidade de prova.

Não existindo a possibilidade de prova, deve socorrer ao réu o princípio da presunção de inocência. Ademais, ainda sobre os meios de prova, importante abordar os meios de prova ilícitos, destaca Vicente Greco Filho:

(...) Igualmente inadmissível a prova fundada em crença sobrenatural que escapa às limitações da razão, conforme atualmente reconhecida. Essa é a primeira hipótese de ilicitude da prova, ou seja, a ilicitude porque o meio não é previsto em lei e não é consentâneo com os princípios de processo moderno, logo não será admitido. Há duas outras situações de ilicitude, ainda que o meio seja disciplinado no Código. O segundo caso de ilicitude é a que decorre da imoralidade ou impossibilidade da produção da prova. (...) A terceira hipótese de ilicitude é a que decorre da ilicitude da obtenção do meio de prova. O artigo 5º, LVI, da Constituição da República considera inadmissível os meios de prova obtidos por meio ilícito. Tal disposição é resultante da opção do texto constitucional pela corrente rigorosa a respeito da ilicitude do meio de prova, em virtude da origem ou da obtenção. Outras correntes doutrinárias e jurisprudenciais admitiam a produção de prova obtida nessas condições ou a admitiam em termos, somente na hipótese de o bem jurídico alcançado com a prova ser de maior valor que o bem jurídico sacrificado pela ilicitude da obtenção. (...) ¹⁷⁹.

É, portanto, indissociável do meio de prova a possibilidade de impugná-lo e de questionar sua legalidade. É imprescindível que os pedidos das partes, no que dizem respeito aos meios de prova, devam ser tratados com isonomia, em elogio ao princípio de paridade de armas, uma vez que “não há isenção nem da defesa e nem da acusação no processo penal, pois ambas defendem seus interesses.” ¹⁸⁰.

Logo, sendo a colaboração processual um meio de obtenção de prova, não mero meio de prova, necessária a plena observância aos ditames legais e constitucionais ¹⁸¹.

¹⁷⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215.

¹⁸⁰ VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014, p. 291.

¹⁸¹ DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei**. Brasília: IDP, 2015, p. 23.

2.2.7 O devido processo legal diante da presunção de não culpabilidade e da não autoincriminação

Falar de colaboração premiada implica necessariamente analisar o princípio fundamental da presunção de inocência. Especialmente em momentos nos quais o Supremo Tribunal se discute a questão da prisão de mérito antes ou depois da segunda instância, o tema ganha especial relevo¹⁸².

Em primeiro lugar, é importante salientar que as raízes históricas deste valor demonstram a importância da sua estrita manutenção, sob pena de se afrontar os dogmas da Constituição Federal. Segundo Mauricio Zanoide de Moraes¹⁸³, o princípio da presunção de inocência tem suas origens no período do Iluminismo, muito embora houvesse em períodos históricos anteriores diferentes aspectos que alavancaram a presunção de inocência como núcleo ideário do processo penal.

Dessa forma, com o avanço do período Iluminista e do contexto socioeconômico propiciador das mudanças político-filosóficas, surgiram os primeiros reflexos ideários da presunção de inocência no sistema criminal. Daí nasceu o conceito do direito penal como *ultima ratio*¹⁸⁴.

A partir de então, emergiram diversas modificações processuais e legislativas em vários países europeus, de forma a propiciar, por exemplo, a) a obrigatoriedade de defesa de ofício; b) a oficialidade, de forma que a publicidade e a oralidade pararam de ocupar posição central no processo; c) a obrigatoriedade de o magistrado questionar sobre provas desfavoráveis ao acusado; d) os interrogatórios passarem a ser feitos na presença de duas pessoas; e) a substituição da presunção de culpa pela presunção de inocência.

Com a ampliação desta nova mentalidade, no século XVIII, mais precisamente em 1789, advindo da Revolução Francesa, defluiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na qual a “presunção de inocência” fora definida nos seguintes termos: “Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo deverá ser severamente reprimido pela lei”¹⁸⁵.

¹⁸² Julgamento em andamento das ADCs 43, 44 e 54 no Supremo Tribunal Federal.

¹⁸³ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.

¹⁸⁴ Expressão latina.

¹⁸⁵ “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré cpupable; s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s’assurer de aspersonne, doit être sévèrement repimée par la loi”. Tradução livre: Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.

Sobre este aspecto, Mauricio Zanoide de Moraes pontua:

Fica evidenciada a clara intenção dos revolucionários iluministas em estabelecer outro eixo para o processo penal, qual seja, a abolição da presunção de culpa e fixação da presunção de inocência para (todos) os imputados.

Dentro do espírito revolucionário francês de rompimento de tudo quanto antes vigia, para início de um mundo novo, pela primeira vez na História fixa-se expressamente a necessidade de a persecução penal partir da perspectiva de inocência do investigado/acusado, devendo ser assim tratado no curso do processo. Apenas ao final da persecução processual poderia haver, se assim fosse provado, a consideração de sua culpa.¹⁸⁶

Dando um salto ao início do século XX, com o aparecimento dos regimes totalitários na Europa Ocidental, surgiu a Escola Técnico-Jurídica que propunha claramente o uso político do processo penal, com o intuito de fazer prevalecer as bases ideológicas nazistas e fascistas. Ali foi criada a ideologia da presunção de não culpabilidade, que culminou pela exclusão da “presunção de inocência” do Código de Processo Penal de 1913.

Aliás, oportuno lembrar que Vincenzo Manzini fixou como pressupostos discursivos que o escopo do processo seria, primeiramente, realizar a pretensão punitiva derivada do crime e exercida pelo Estado, e em segundo lugar, a prevalência do interesse público em alcançar a punição do culpado, buscando realizar contra ele a pretensão punitiva do Estado, sobre o interesse de declará-lo inocente. É como afirma Mauricio Zanoide de Moraes:

Manzini, ressalva-se, reconhece, no processo penal, um interesse *nella libertà civile* do cidadão, mas o coloca em claro e confessado segundo plano. Não o admite como um direito fundamental do ser humano, oponível, portanto, contra atos estatais (p. ex. processuais) ilegais ou abusivos, ou ainda, como fato limitador do arbítrio punitivo estatal. Vê, naquele interesse de liberdade, um interesse também de origem e natureza “social”, “concedido” pelo Estado ao cidadão. Assim, segundo sua concepção, sendo ambos os interesses derivados da natureza social e concedidos pelo Estado, aquele punitivo deve sempre se sobrepor ao de liberdade¹⁸⁷.

Este pensamento influenciou diretamente na incidência da presunção de inocência, porque foi atribuída à função do processo penal ser um meio facilitador para fins de interesse coletivo de punir; pensava-se que este deveria se sobrepor ao interesse individual do acusado. Paulatinamente a doutrina italiana do regime fascista passou a expungir a presunção de inocência do processo penal, fazendo-o através de construção teórica da chamada presunção de não culpabilidade. Esta rejeição da presunção de inocência fundou-se na descrença do ideário da igualdade, de forma a demonstrar que os indivíduos não mereciam sempre o mesmo

¹⁸⁶ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 77-78.

¹⁸⁷ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 127.

tratamento advindo do Estado, e por isso, a inocência não poderia ser presumida em todos os casos: “(...) aquele que resulta não culpado do crime imputado a ele, pode ser também o mais perverso dos delinquentes habituais e de todo modo sua ‘inocência’ se refere exclusivamente ao fato de que se trata, ou também somente às condições de punibilidade do próprio fato”.¹⁸⁸

Ora, ao expor-se que o julgado inocente “pode ser também o mais perverso dos delinquentes habituais”, claramente estar-se-á presumindo a culpa do imputado, mesmo após comprovada sua inocência judicialmente:

Dessa forma, muito mais do que afirmar que não há presunção de inocência no código de processo penal, elaborado em 1940 e ainda hoje vigente, o que se deve ter em mente, devido àquela clara e direta influência positivista italiana, é que o atual código rejeita em sua estrutura toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência. Está forjado estruturalmente com base na concepção de que o que há é uma “presunção de culpa” e sempre um “inimigo” a ser perseguido e punido.¹⁸⁹

Por tal razão, para não ceder à lógica fascista, importante analisar o preceito de presunção de inocência como garantia constitucional destinada à proteção de arbitrariedades e abusos do Estado sob três aspectos (norma de tratamento, norma de juízo e norma probatória).

A presunção de inocência “norma de tratamento” se apresenta na medida em que o acusado não pode ser tratado como culpado antes de transitada em julgado a sentença condenatória. É o que revela Luiz Flávio Gomes:

Regra de tratamento: o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, artigo 5º, LVII). O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida ‘consideração’ bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como ‘regra de tratamento’, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc.¹⁹⁰

Já como “norma de juízo”, trata-se da incidência da presunção de inocência quanto às decisões tomadas pelo magistrado no curso da persecução, e que irão restringir a liberdade do acusado, cabendo tanto às decisões de mérito quanto às demais. Logo, tendo em vista as demais

¹⁸⁸ MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto processuale italiano**. 6. ed. v. 1. item 37. Torino: UTET, 1967 (item 37). Tradução livre.

¹⁸⁹ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159.

¹⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal** – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica. v. 4. São Paulo: RT, 2008, pp. 85-91.

garantias fundamentais referentes ao âmbito processual penal, o magistrado somente poderá restringir liberdades do réu por decisão motivada, baseando-se no conjunto probatório. Portanto, reside na subjetividade do magistrado¹⁹¹.

Enquanto norma probatória, abrange três campos específicos do processo penal, destinados a responder às seguintes perguntas: a) quem deve provar?; b) por meio de que tipo de prova?; c) o que deve ser provado?¹⁹². A primeira diz respeito ao ônus probatório, a segunda à licitude da prova, e a terceira sobre o tal conteúdo incriminador, isto é, a autoria e a materialidade do acusado.

Importante salientar a relevante autonomia entre os três tipos de norma. Não são raras as hipóteses nas quais o princípio da presunção de inocência deve ser relativizado entre suas vertentes:

Quando o imputado é preso no curso da ação penal, logo, antes da decisão condenatória definitiva, ele tem restringida a sua presunção de inocência de modo quase total no seu aspecto de ‘norma de tratamento’. Porém, isso não significa dizer que o preso não tenha a seu favor a presunção de inocência como ‘norma de juízo’ e, portanto, não tenha a possibilidade de ser solto, antes do término do processo, por decisão em que o julgador *a quo*, ou Tribunal *ad quem*, substitua aquela decisão provisória por outra menos gravosa (p. ex., concessão de liberdade provisória com ou sem fiança) devido a uma análise fática ou jurídica mais favorável ao imputado. Nessa hipótese, mesmo antes de se decidir o *meritum causae*, a presunção de inocência se manifestou, pela incidência do ‘favor rei’ ou do ‘*in dubio pro reo*’, como ‘norma de juízo’.¹⁹³

Firmadas tais premissas, verificamos que a Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, LVII) estabelece o princípio da presunção de inocência, segundo o qual todo cidadão detém verdadeiro estado de inocência perante o Estado (presunção da não culpa). É no dizer de Ricardo Alves Bento:

O direito à presunção de inocência se concentra em três ideias essenciais: Primeiro, a obrigatoriedade de tratamento digno ao suspeito do cometimento de infração penal condenatória; Segundo, a livre apreciação das provas dos autos, sem qualquer concepção de avaliação negativa, em caso de dúvida, como reconhecimento do princípio da informação de toda atividade administrativa e judicial, que é o *in dubio pro reo*; a excepcionalidade das prisões temporárias, para que somente sejam decretadas quando realmente o magistrado não vislumbre outra alternativa plausível, e também que seus decretos judiciais observem a necessidade constitucionalmente estabelecida de fundamentação sob pena de nulidade¹⁹⁴.

Essa presunção só pode ser violada por um decreto condenatório definitivo, que só será

¹⁹¹ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 468.

¹⁹² MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 462.

¹⁹³ MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 246.

¹⁹⁴ BENTO, Ricardo Alves. O dogma constitucional da presunção de inocência. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 579-582.

possível após a condução de um processo no qual sejam respeitadas as garantias fundamentais abordadas acima (devido processo legal). Só assim será possível o juízo cognitivo legítimo para condenar, uma vez que – por ser controlado e limitado – possibilitou ao magistrado funcionar como garante do réu até a condenação.

Dessa feita, só se fala em culpa após o término da regular marcha processual com o advento de decisão condenatória. Este princípio é um marco civilizatório básico, eis que quando um inocente teme a justiça (e tem razão em temê-la), o teme pois já se encontraria corroída a legitimidade do Estado pela arbitrariedade e pela irracionalidade¹⁹⁵.

A presunção de inocência não se resume na simples regra de tratamento ou de distribuição do ônus probatório, mas sobre a própria ideia de jurisdição como um todo e, por isso mesmo, da própria ideia de devido processo legal¹⁹⁶. Ou seja, é necessário que o processo esteja cercado de garantias para destruir a presunção de inocência e vislumbrar a culpa.

Sobre o tema, Aury Lopes Junior esclarece que não obriga ao juiz manter uma posição negativa, mas sim ter uma posição positiva, tratando o acusado como inocente, e não como presumidamente culpado¹⁹⁷. Não por acaso, a ideia de presunção de inocência reside, exatamente, no fato de se julgar alguém esperando que seu estado de inocência seja confirmado¹⁷⁴.

Assim, só será possível conceber o respeito ao devido processo legal com a observância de todos os princípios acima elencados acrescidos pela tônica hermenêutica irradiada pelo princípio da presunção de inocência.

2.2.8 O sistema penal e a imparcialidade do juiz

Conforme prefacia a discussão, Jorge Figueiredo Dias afirma que “o processo é uma discussão, luta ou duelo que entre acusador e defensor se estabelece, perante o olhar imparcial do juiz”¹⁹⁸. Diante dos últimos acontecimentos midiáticos da Operação Lava Jato, a questão de delação premiada junto à imparcialidade jurisdicional trouxe inúmeras ponderações.

Parece elementar, diante da harmonia constitucional, que o juiz, ao analisar a prova, valide o direito a ser efetivamente aplicado pelas partes. Assim, mesmo estando o processo submetido a ritos, sua finalidade deve ser reconstituir fatos em uma determinada ação penal,

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 506.

¹⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 54-56.

¹⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

¹⁹⁸ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 247.

através da instrução probatória. Desta forma, diante da gestão da prova, as partes atuariam para a exata reprodução dos fatos imputados.

Já no sistema inquisitório, é possível compreender o acusado como mero objeto de investigação, ficando à disposição da instrução enquanto verdadeiro meio e objeto de prova; na hipótese do sistema acusatório, o julgador tem primordialmente a função de garantir as regras do jogo, ou seja, cabe somente às partes apresentar provas, lícitamente obtidas, razão pela qual é imprescindível a paridade de armas.

Apesar de a Constituição Federal estabelecer a necessidade de um modelo constitucional acusatório¹⁹⁹, não há, na doutrina, unanimidade sobre o modelo adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro²⁰⁰.

Segundo Jacinto Coutinho, o modelo brasileiro tem conotação inquisitiva, já que, por vezes, a gestão da prova está primordialmente nas mãos do juiz, senhor do processo²⁰¹. Ele nos alerta para tal questão e nos concede uma alternativa capaz de romper com o espírito inquisitivo do processo penal brasileiro. Em sua visão, é a hipótese de se introduzir um juízo de instrução, onde será possível “aproximar o sistema brasileiro com sua matriz acusatória²⁰²”, já que, tanto a jurisprudência quanto o legislador infraconstitucional permitiram ao juiz, senhor da prova, perquirir novas provas, no sentido de dirimir suas dúvidas²⁰³.

Por outro lado, apesar da previsão constitucional, o sistema brasileiro parece estar em sentido oposto ao sistema acusatório. Além de possibilitar a “intromissão” do magistrado, não se demonstrou, por exemplo, quais seriam os critérios objetivos para definir a atuação do juiz,

¹⁹⁹ Pode-se dizer que no sistema acusatório, as características, as funções de acusar, julgar e defender estão em mãos distintas; assim, a publicidade dos atos processuais é regra; a presença do contraditório e da ampla defesa durante todo o processo, idem, de forma que o acusado é detentor de direitos. Nesse caso, assim, a iniciativa probatória nas mãos das partes, com a possibilidade de impugnar decisões com o duplo grau de jurisdição e o sistema de provas de livre convencimento motivado (BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 358).

²⁰⁰ Sobre o tema, ver: BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do direito processual penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, jan-fev-mar. 2000; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954; LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; MANZANO, Luis Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2010; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011; RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁰¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à teoria geral do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 265.

²⁰² Segundo Jacinto Coutinho: “a solução (...), há de se dar cabo do inquérito policial, não para se introduzir o chamado juízo de instrução, tão ruim quanto aquele, mas, para aproximando-se da matriz acusatória, permitir-se tão só uma única instrução, no crivo do contraditório”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à teoria geral do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 265).

²⁰³ BRASIL. Código de Processo Penal. Artigo 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao Juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

de ofício. Permitiu-se sua atuação como gestor da prova com base na necessidade, adequação e proporcionalidade, de forma a não estabelecer a que título deve ou não interferir na coleta da prova.

A completa fuga dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo demonstradas pelas intensivas reformas do Código de Processo Penal permitiu contrapor a multiplicação de mandados ideológicos de justiça e da superioridade do Estado face à necessidade de maior eficácia na repressão criminal. É como afirma Manuel da Costa Andrade ao alertar que as reformas mais recentes militam pelo recrudescimento que pela primazia das garantias individuais no âmbito do processo penal²⁰⁴. Assim, o que se vislumbrava, através da Constituição da República, era a possibilidade de se garantir os mínimos direitos e garantias ao acusado e ao cidadão, como um todo, e não o recrudescimento de técnicas e aparatos invasores sob o pretexto eficientista do processo penal.

Na mesma lógica processual penal, foi destacado o conceito de prova. Frequentemente acompanhado dos termos *verdade, certeza e convencimento*, que, malgrado muitas vezes sejam tratados como noções conflitantes, os conceitos foram reunidos por Mittermaier em uma mesma definição: “provar é querer, em substância, demonstrar a verdade e convencer o juiz, o qual para decidir há mister de adquirir plena certeza”²⁰⁵. Na mesma escola são as conceituações que relacionam prova e verdade, sendo célebre a assertiva de Nicola Malatesta no sentido de que a prova é “o meio pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”²⁰⁶.

Aliás, sobre a verdade, Michel Foucault afirma ser ela produzida através dos diversos tipos de discursos acolhidos pela sociedade²⁰⁷. Imponderável, portanto, dizer que a verdade deve ser vinculada à prova indireta, posto que, conforme adverte Michelle Taruffo, o problema da determinação da verdade é complexo por várias razões, uma delas o contexto no qual está representado o processo.²⁰⁸

Não obstante a tais considerações, o fato é que o processo está umbilicalmente e historicamente associado ao conceito de prova, posto ser ali o lugar em que se desemboca a

²⁰⁴ Diz o autor: “(...) a verdade é que as novações legislativas (...) convergem todas no mesmo sentido final: redução e neutralização de garantias de defesa; multiplicação, em número e em potencial de lesividade e devassa, dos meios institucionalizados de intromissão nos direitos fundamentais; deslocação das linhas de equilíbrio normativo do lado da liberdade, da autonomia e da dignidade, para o lado da segurança; do lado da justiça e da ‘superioridade ética do Estado’ (Eb. Schmidt) para o lado da eficácia e da Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege; do arguido para a ordem, a reafirmação da validade das normas e, aqui e ali, os interesses da vítima. (Métodos ocultos de investigação (“*Plädoyer*” para uma teoria geral). In *Que Futuro Para o Direito Processual Penal*. Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 528)”.
²⁰⁵ MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 59.

²⁰⁶ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004, p. 23.

²⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1993, p. 12.

²⁰⁸ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002, p. 124.

reprodução dos fatos. Nicola Malatesta²⁰⁹ enfatiza que certas categorias são relevantes para a compreensão da temática envolvendo a prova e a verdade. A prova é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade e sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de posse da verdade²¹⁰.

Parece-nos claro que a discussão sobre sistema penal, imparcialidade e a busca da verdade no processo penal está bem sintetizada por Winfried Hassemer, que assegura que o resultado da justiça não é fidedigno de confiança, pois é inevitavelmente seletivo.

Não se trata de uma passagem, portanto, sobre a verdade de incerteza para certeza, e tampouco não se encontra acessível para conduzir a todos os sujeitos processuais numa fórmula mágica de perceber todos os fatos ocorridos na realidade.

Trata-se, como reprodução do sistema acusatório, a verdade de um aspecto complexo de recorte da realidade que se torna objeto daquele processo, no sentido de demonstrar ou refutar a existência destes fatos específicos. Desta forma, no contexto do processo penal regulado pela garantia constitucional da presunção de inocência, o fato “deve ser definido pelo acusador e, não pelo Juiz, e é aquele que tem interesse em demonstrar a sua existência”²¹¹.

Pode-se sustentar, portanto, que em casos de confusão entre a dimensão empírica e o enunciado dos fatos, os enunciados dos fatos se referem a ocorrências que supostamente teriam acontecido no mundo da realidade empírica, razão pela qual sua validade é submetida ao contraditório²¹².

Mas, conforme alerta Michele Taruffo, “um processo penal que se pretende legitimado conforme o Estado de Direito não pode contentar-se em atribuir à prova mera função ritual, destinada a reforçar na opinião pública o convencimento de que o sistema processual incrementa e respeita valores positivos”²¹³.

Nessa ótica, para um processo penal válido, há necessidade de existir prova que o sustente. Num processo penal legítimo faz-se necessidade pelo respeito pelas garantias de defesa. E, portanto, por mais que as técnicas de poder limitem o poder do Estado em reprimi-las, deve este criar formas e métodos de investigação cada vez mais capazes de demonstrar a

²⁰⁹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004, p. 24.

²¹⁰ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004, p. 19.

²¹¹ HASSEMER, Winfried. **La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal**: la medida de la Constitución México: Ubijus Editorial, 2009, p. 117, tradução livre.

²¹² HASSEMER, Winfried. **La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal**: la medida de la Constitución México: Ubijus Editorial, 2009, p. 112, tradução livre.

²¹³ HASSEMER, Winfried. **La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal**: la medida de la Constitución México: Ubijus Editorial, 2009, p. 81, tradução livre.

noção da prova da culpa criminal, mas sem vilipendiar a noção dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, é preciso distinguir a verdade formal e a verdade material ou real, sendo a primeira típica do processo civil e a segunda do processo penal.

É o que afirma Mittermaier:

(...) enquanto a prova processual tem como objetivo reconstruir um determinado fato histórico, ela não se destina a revelar a verdade dos acontecimentos, tendo em conta que todos os fatos dependem do domínio da verdade histórica, deixando de se atingir a verdade absoluta²¹⁴.

Não se trata de afastar o contexto de verdade ou ainda de propagar a impunidade. Pelo contrário, conforme explica Aury Lopes Junior, “as diversas práticas probatórias foram legitimadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade, de tal forma que a verdade real se constitui pretexto hábil a legitimar todas as atrocidades vividas acima, forjando o processo que deixa a gestão da prova a cargo do juiz”²¹⁵.

Na forma da Constituição da República, pode-se sustentar que os princípios e garantias fundamentais conferem plena essência ao processo acusatório, sendo ali determinada a forma de se efetivar o cumprimento do devido processo legal.

Trata-se de elemento fundamental a privatividade do exercício da ação penal pública ao Ministério Público, a tutela jurisdicional, o acesso à justiça, a publicidade dos atos processuais, a motivação dos atos decisórios, e, por fim, a presunção de inocência²¹⁶.

Por este viés, Luigi Ferrajoli afirma que a verdade perseguida pelo sistema acusatório é a concebida como formal, a qual deve ser adquirida, como qualquer pesquisa empírica, “através do procedimento por prova e erro”, de forma que a principal garantia de sua consecução é “confiada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo”²¹⁷, até porque a verdade formal “não pretende ser a verdade”.

²¹⁴ MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 66.

²¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 520.

²¹⁶ Acerca do assunto, diz Geraldo Prado: “se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por Juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou. (PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 195)”.

²¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 488.

Ela deve estar condicionada ao respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. Assim, para o jurista italiano, a verdade processual é uma verdade aproximada, por ser a empiricamente plausível²¹⁸.

Sobre o tema, a prova pode ser conceituada como a “actividad encaminada a conseguir el convencimiento psicológico del juez”²¹⁹, de tal forma que o magistrado

encontra-se vinculado ao objeto das postulações alheias, e sua atuação é disciplinada por regras legais relativas à obtenção, admissão, produção e avaliação dos elementos probatórios, não podendo, tal como aquele, utilizar-se de seus conhecimentos privados e impressões pessoais neste mister.²²⁰

A atuação do juiz na instrução probatória há de ser seu principal destinatário e garantidor. De acordo com José Joaquim Calmon de Passos²²¹, a imparcialidade confere ao juiz a legitimidade de sua atuação, posto que respeita com voracidade as normas do devido processo legal²²².

Na linha de pensamento de Enrico Tullio Liebman, no exercício de sua jurisdição, o juiz deve se portar acima dos seus interesses filosóficos e ideológicos, até mesmo os da sociedade, para poder exercer com isenção o julgamento do caso concreto²²³.

Por esta razão, conforme afirmou Luigi Ferrajoli, “a imparcialidade é a essência da atividade jurisdicional”²²⁴.

Jorge de Figueiredo Dias não deixa dúvidas de que haveria incongruência entre as funções, posto que ao longo do empreendimento probatório, o juiz vai se contaminando e

²¹⁸ Diz Ferrajoli: “não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirmar ‘a verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 42).

²¹⁹ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de desecho procesal penal**. Madrid: Rubi, 1981, p. 283.

²²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, pp. 44-45.

²²¹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões. Simpósio de Direito Processual Civil, ocorrido em 11 de maio de 1991, Niterói/RJ. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**, v. 3, Niterói: IEJ, 1991.

²²² “A legitimidade democrática do Magistrado não resulta de uma delegação *a priori*, na minha opinião. A legitimação do Magistrado é uma legitimidade *a posteriori*, na medida em que o Magistrado edita normas respeitando o devido processo legal; e é na medida em que o Magistrado edita normas respeitando a matriz jurídica que lhe é fornecida que a lei o legitima. A legitimidade do Magistrado resulta de sua decisão respeitando o processo de produção dessa sentença e o conteúdo que essa sentença deve ter. Por isso mesmo é que os americanos, com a sensibilidade que é muito própria dos americanos, têm um tipo de incompatibilidade com o Juiz que nasce da decisão. É o que eles chamam de ‘*personal wright*’. O Juiz não era parente, não era interessado, mas o Juiz decidiu a causa de modo tão evidentemente distorcido e parcial que ele se tornou incompatível; a decisão dele carece de legitimidade. Porque justamente a legitimidade do Juiz não é uma ‘*a priori*’, a legitimidade do Juiz é uma ‘*a posteriori*’” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões. Simpósio de Direito Processual Civil, ocorrido em 11 de maio de 1991, Niterói/RJ. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**, v. 3, Niterói: IEJ, 1991).

²²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 7, 1952, pp. 739-740.

²²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 581-582.

maculando sua independência pelos fatos^{225 226}. Neste sentido, a equidistância do juiz na condução da causa, conforme leciona Luigi Ferrajoli, é institucional, posto que o magistrado não deve deter qualquer interesse privado ou pessoal na resolução da ação. Ele não deve ser o juiz inimigo das partes, mas sim tão só imparcial²²⁷.

A questão é tão crucial, conforme salientou André Machado Mayer²²⁸, que sem imparcialidade não há sequer jurisdição digna. A “imparcialidade do juiz enquanto essência do processo”²²⁹ reside no princípio do juiz natural, sendo este pleno da efetiva demonstração da própria garantia da jurisdição.

É nesse sentido que se alude à atuação instrutória do juiz. Além de ele ser responsável pela avaliação do material colhido, tem o dever de impedir ou de restringir violações a direitos, o que não se confunde com a iniciativa probatória (faculdade de o juiz buscar o material probatório de ofício, em diligências não requeridas pelas partes). Por esse motivo, nos parece que o bom juiz é impotente de impulsos pela verdade.²³⁰

A incômoda situação em que o magistrado, sob o dogma da verdade absoluta, obtém a prova *ex officio* ocorre quando ele não está convencido da pretensão acusatória, hipótese em que deveria absolver o réu, de sorte que tal conduta atentaria contra a imparcialidade, criando um desequilíbrio entre as partes²³¹.

²²⁵ Diz o autor português: “a coincidência, na mesma pessoa, das funções de investigar e julgar produz o sério risco de lhe criar, naquela primeira fase, um prejuízo ou preconceito de que na segunda fase não consegue despir-se e que irremediavelmente lhe furta a objetividade e imparcialidade imprescindíveis a um correto julgamento (DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 86).

²²⁶ Prossegue o autor português: “a estrita ligação do Juiz, de instrução, como de julgamento, ao ‘facto’ que lhe é proposto pela acusação, e sobre a conformação do qual ele não pode em princípio exercer qualquer influência, é solução constitucionalmente imposta não só, numa certa vertente, pela realização da máxima acusatoriedade possível do processo – exigida pelo artigo 32º, 5 da Constituição – como, noutra vertente, pela salvaguarda da função especificamente Judicial de todo e qualquer Juiz como *dominus* de uma fase processual (DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. In: **Jornadas de Direito Processual Penal**. O novo Código de Processo Penal. Almedina: Coimbra, 1998, pp. 16-17)”.
²²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 535.

²²⁸ Diz Meyer: “a garantia da jurisdição é ilusória e meramente formal quando não se tem um Juiz imparcial. Mais honesto seria reconhecer que nesse caso não se tem a garantia da jurisdição, pois Juiz contaminado é Juiz parcial, logo, um não Juiz”. (MEYER, André Machado. **Imparcialidade e processo penal na prevenção da competência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 252-253).

²²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 273.

²³⁰ Em posição contrária, Ada Pellegrini Grinover: “a iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaça a imparcialidade do Juiz”, pois “quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes (...) ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 27, jul-set. 2000, p. 74). No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, pp. 119-120; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: **Temas de Direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, pp. 143-144.

²³¹ No mesmo sentido: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 520; PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141; GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 224; THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 282.

Ora, como bem afirmou o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, no julgado *habeas corpus* n. 95.009, em fls. 1.313-1.314²³² nenhuma justificativa é possível para conferir ao magistrado o poder de investigar, especialmente pelo fato de que a roupagem do sistema processual penal é acusatória, sob prisma da Constituição da República. A discussão da imparcialidade remonta à ideia de que um juiz imparcial também deveria ser neutro. Embora sejam conceitos distintos, a noção adotada é de que a imparcialidade trata da “concepção de neutralidade e distância em relação às partes”²³³.

No artigo 5º, LIV, a Carta Magna não deixa dúvidas de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, cláusula que concebe o direito a um processo justo, expressão esta subjetiva da garantia do juiz imparcial. Na mesma linha, o artigo 5º, LIII, garante o juiz natural. Daí porque, permitiu-se ao “sistema (que) preveja e desenvolva fórmulas que permitam o afastamento, a exclusão ou a recusa do juiz que, por razões diversas, não possa oferecer a garantia da imparcialidade”.²³⁴

Em âmbito internacional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto n. 678, foi explícita em seu artigo 8º, ao abordar as garantias fundamentais²³⁵.

De igual tom, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 592, estabelece que²³⁶ todos são iguais perante os Tribunais e Cortes de

²³² Segundo o Ministro: “O combate à criminalidade, garantia da segurança pública, inevitavelmente entra em testilhas, em certos momentos, com pretensões, legítimas ou não, de direito individual. Eis porque nos Estados de direito há, à disposição dos cidadãos, um Poder Judiciário independente, com a função de arbitrar esses conflitos, declarando ao indivíduo quais constrangimentos o ordenamento jurídico o obriga a suportar, quais os que se não lhe pode impor. Isso tem sido, no entanto, ignorado nos dias que correm, de sorte que alguns juízes se envolvem direta e pessoalmente com os agentes da Administração, participando do planejamento de investigações policiais que resultam em ações penais de cuja apreciação e julgamento eles mesmos serão incumbidos, superpondo os sistemas inquisitório e misto, a um tempo só recusando o sistema acusatório. Este, contemplado pelo nosso ordenamento jurídico, impõe sejam delimitadas as funções concernentes à persecução penal, cabendo à Polícia investigar, ao Ministério Público acusar e ao Juiz julgar, ao passo que no sistema inquisitório essas funções são acumuladas pelo Juiz. Basta tanto para desmontar as estruturas do Estado de direito, disso decorrendo a supressão da jurisdição. O acusado já então não se verá face a um Juiz independente e imparcial. Terá diante de si uma parte acusadora, um inquisidor a dizer-lhe algo como “já o investiguei, colhi todas as provas, já me convenci de sua culpa, não lhe dou crédito algum, mas estou à sua disposição para que me prove que estou errado”! E isso sem sequer permitir que o acusado arrisque a sorte em rodela (...). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *habeas corpus* 95.009, fls. 1313-1314).”

²³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 545.

²³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 545.

²³⁵ 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um Juiz ou ter bial competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

²³⁶ Artigo 14.1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

Justiça. Na mesma linha, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é clara em garantir o direito a um tribunal (juiz) imparcial²³⁷.

A imparcialidade do julgador é importante não só ao processo em que se tutela direito individual, mas também fundamental ao Estado Democrático de Direito. Não foram poucas vezes em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos salientou a importância da imparcialidade junto ao regime democrático.

Um primeiro exemplo se dá no caso *Apitz Barbera vs. Venezuela*. Segundo a Corte,

(...) a imparcialidade exige que o Juiz que intervém em um processo específico se aproxime dos fatos carecendo, de maneira objetiva, de qualquer preconceito e, assim mesmo, oferecendo garantias suficientes de índole objetiva que permita afastar qualquer dúvida que o acusado ou a sociedade possam ter a respeito da ausência de imparcialidade.

Outro exemplo vislumbra-se em *Piersack vs. Bélgica*. Nele, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos enfaticamente considerou que, no caso de existir “razões legítimas para duvidar” da imparcialidade do juiz, ele deverá “abster-se de julgar o processo”²³⁸. Já a Corte Europeia de Direitos Humanos (European Court of Human Rights – ECHR), considerou na mesma linha, no caso *Cubber vs. Belgium*, que qualquer juiz deve ser retirado do caso se houver motivo legítimo para temer sua imparcialidade.

O fato é que para reconhecer se existe ou não a imparcialidade, devemos nos ater ao seu contexto. No âmbito criminal, considera-se que “a imparcialidade guarda estreita relação com o sistema acusatório”²³⁹, haja vista que exige tanto a separação das funções acusatória e decisória, sobretudo, na posição de equidistância do juiz em relação às partes.

O próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos formulou entendimento de que a imparcialidade pode ser subdividida em duas categorias: subjetiva (representada pela convicção pessoal do juiz diante de um caso específico, e, por isso, sempre presumida, até demonstração em sentido contrário); e objetiva (concernente à necessidade de existência de garantias hábeis a dissipar qualquer dúvida razoável que possa pairar sobre a posição imparcial do juiz ao longo

²³⁷ Artigo 10. Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

²³⁸ “Todo Juiz em relação ao qual possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar o processo. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática (...) é possível afirmar que o exercício prévio no processo de determinadas funções processuais podem provocar dúvidas de parcialidade”.

²³⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à teoria geral do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 86.

do processo)²⁴⁰. Em outras palavras, não basta ao juiz estar subjetivamente protegido. Ele deve também se encontrar em uma situação objetivamente, isto é, visivelmente, imparcial, porque a inobservância de qualquer destes aspectos acarreta “a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições”²⁴¹.

A propósito disso, a Corte Europeia reconheceu que a concentração das funções de investigar e decidir nas mãos do julgador fere completamente as perspectivas de que o acusado seja submetido a um juiz objetivamente imparcial, violando o artigo 6.1 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950, no qual está prevista a garantia da imparcialidade do juiz²⁴².

No caso *Cubber vs. Bélgica*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos foi enfático:

(...) na própria direção, praticamente exclusiva, da instrução preparatória das ações penais empreendidas contra o Requerente, o citado magistrado havia formado já nesta fase do processo, segundo toda verossimilhança, uma ideia sobre a culpabilidade daquele. Nestas condições, é legítimo temer que, quando começaram os debates, o magistrado não disporia de uma inteira liberdade de julgamento e não ofereceria, em consequência, as garantias de imparcialidade necessárias.

Sustentou o Tribunal, em síntese, que quando o juiz realiza um julgamento positivo sobre a participação do agente nos fatos criminosos, produz em seu espírito determinados pré-juízos sobre a culpabilidade. Estes pré-juízos o impedirão de decidir, posteriormente, com isenção e imparcialidade.

Mesmo neste contexto, se houver necessidade, por exemplo, de medidas cautelares, como a concessão de liberdade provisória, decretação de prisão temporária ou preventiva, como também a obtenção de provas que envolvam um mero juízo de probabilidade em questões referentes à existência do crime e à autoria delitiva, o juiz deve se policiar para não concluir sobre a existência de um determinado crime e autoria para não comprometer sua imparcialidade para o julgamento da causa.

Em razão disso, de maneira análoga, vale relembrar o apontamento de Aury Lopes Junior, ao destacar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol. Na sentença 145/88, o Tribunal decidiu que o juiz que conduzira a instrução preliminar do processo não poderia julgar o caso, por atentar contra o aspecto objetivo da imparcialidade, tendo em vista que o

²⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 86; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 141.

²⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 86.

²⁴² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 141.

contato do juiz com as provas contamina o magistrado conforme o tempo de instrução e criando prejuízos ao acusado^{243 244}.

²⁴³ Segundo Aury Lopes Junior: “ainda que a investigação preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato (consignar e apreciar as circunstâncias tanto adversas como favoráveis ao sujeito passivo), o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos pode provocar no ânimo do Juiz-instrutor uma série de pré juízos e impressões a favor ou em conta do imputado, influenciando no momento de sentenciar. Destaca o Tribunal uma fundada preocupação com a aparência de imparcialidade que o julgador deve transmitir para os submetidos à administração da justiça, pois ainda que não se produza o pré-juízo, é difícil evitar a impressão de que o Juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento. Isso afeta negativamente a confiança que os Tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar nos justicáveis, especialmente na esfera penal. Dessa forma, atualmente, existe uma presunção absoluta de parcialidade do Juiz-instrutor, que lhe impede de julgar o processo que tenha instruído. (LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 87)”.

²⁴⁴ Feita a ressalva de que mesmo em nosso ordenamento jurídico não há a possibilidade de juiz instrutor em fase preliminar de investigação, pode-se compreender que o argumento é aplicável, posto que o juiz que busca as provas de ofício não aparenta às partes a necessária posição de equidistância da prova que lhe é constitucionalmente exigida, de maneira a violar, no mínimo, o aspecto objetivo da imparcialidade, que estaria sob força da presunção absoluta. Da mesma forma, aquele juiz que determinava ainda, de ofício, a condução coercitiva sob argumento de que se tratava de medida menos gravosa ao investigado. De rigor, vale salientar que, se admitirmos os poderes instrutórios do juiz para analisar o que é melhor ou pior para o acusado, sem a fruição de um processo criminal, acreditamos que se fere não só o princípio da presunção de inocência, mas também o do devido processo legal, posto que só poderiam se destinar a introduzir provas sobre a condenação do acusado, tratando-se, pois, de completo afastamento ao sistema acusatório do processo penal.

3 A JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL – UMA BREVE VISÃO GERAL

No capítulo anterior realizamos um breve apanhado da cultura jurídica processual democrática. Agora, prende-se atenção aos impactos da justiça criminal negocial ou negociada. Conforme salientamos, um direito penal democrático traz consigo – também – a tensão própria de sua expansão, uma vez que existem bens jurídicos previstos na Constituição Federal que podem demandar proteção. Assim, é preciso admitir que a disputa pela expansão penal é uma tensão própria da democracia²⁴⁵. Nesse cenário, evidente que haverá expansão, por isso, necessária uma breve abordagem sobre suas causas.

Ora, se se reconhece que o direito penal está em disputa na democracia, como é natural, há de se reconhecer também que ele está suscetível ao surgimento de novos interesses, desenvolvidos em conjunto com o tecido social:

(...) já ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderiam legitimar sua proteção por meio do Direito Penal. As causas da provável existência de novos bens jurídico-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência –, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de realidade tradicionalmente abundante que em nossos dias começa a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que se contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como a consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico, entre outros fatores²⁴⁶.

Além disso, o incremento de novas tecnologias potencializa os fenômenos criminosos já existentes, criando novas alternativas para eles, além de fazer surgir novas formas de delinquir²⁴⁷. Some-se a tudo isso a institucionalização da insegurança, causada pelo aumento da complexidade social e potencializada pelo incremento de um exarcebado individualismo²⁴⁸. Finalmente, o avanço social transformou o tecido social em uma sociedade de sujeitos passivos, posto que o modelo da

pós-industrialização resulta, desse modo, diretamente contraposto ao da sociedade do desenvolvimento industrial do século XIX e provavelmente da primeira metade do

²⁴⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal**. Direito processual penal e filosofia do direito. (coord.) Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 39-42.

²⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, pp. 33-34.

²⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, pp. 36-37.

²⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, pp. 38-41.

século XX. Realmente, a industrialização, no âmbito da dogmática jurídico-penal, havia trazido consigo a construção do conceito de risco permitido como limite doutrinário (interpretativo) à incriminação de condutas, assim como a determinação de seu alcance básico.²⁴⁹

Evidente que o avanço da expansão penal não se deu isoladamente, mas sim com sensíveis alterações no processo penal, que passaria a se aproximar da tradição americana de justiça negociada.

3.1 Política criminal e o processo penal contemporâneo

3.1.1 A análise da integridade do sistema processual penal contemporâneo

Com a expansão do espectro punitivo do direito brasileiro, o contexto do processo penal vem admitindo uma compatibilização de diversas relativizações até antes inconcebíveis para a tradição processual constitucional penal brasileira. Por esta razão, a colaboração premiada é alvo de críticas desde o momento em que foi criada através da Lei n. 12.850/2013²⁵⁰. O fato é que, com a deflagração da Operação Lava Jato, a colaboração premiada evidenciou-se tratar de um importante instrumento de política criminal, como fluxo de gestão da eficiência de um sistema penal.

No entanto, à luz deste trabalho, entendemos que o seu enfoque, apesar de visar obter resultados, deve respeitar, sobretudo, a tradição do processo penal contemporâneo, especialmente pelo modelo previsto no Estado Democrático de Direito.

Portanto, nesse tópico ensaiaremos uma abordagem em relação ao processo penal como instrumento de uma política criminal mais atual. Não se pretende, no entanto, esgotar o tema, já que é de extensa amplitude. Os ensaios gerais oferecidos neste capítulo servem para entender que diversas alterações do clássico processo penal levaram à fragilização das garantias processuais como forma de tornar o processo penal mais adequado ao intento punitivo.

A experiência internacional, em busca da análise econômica do processo, fez com que institutos internacionais fossem adaptados ao direito nativo, levando ao incremento de figuras alienígenas no processo penal local. Pretende-se, neste capítulo, demonstrar que, em vez de as técnicas investigativas reprimirem direitos e garantias constitucionais, é necessário que, sob

²⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, pp. 53-54.

²⁵⁰ Há críticas anteriores, inclusive, cujo expoente principal é Jacinto de Miranda Coutinho. (COUTINHO, Jacinto de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, ano VI, n. 22, abr.-jun., 2006, p. 76).

os auspícios da Constituição Federal, sejam adaptadas à realidade processual. Conforme afirmam Rubens Casara e Antonio Pedro Melchior,

A busca por um processo penal democrático passa pela compreensão de seu funcionamento como parte integrante do sistema de justiça criminal. Este entendimento, desdobramento natural da dimensão política do processo penal, modifica o olhar com que as categorias do processo penal devem ser concebidas. Como consequência, o estudo do processo penal deve ser realizado tendo em conta o impacto e a influência recíproca que cada teoria, decisão, conduta ou dispositivo legal tem em relação a todos os restantes ramos que integram o sistema criminal.²⁵¹

Nesse sentido, acrescenta-se, a posição de Jorge Figueiredo, ao destacar que o processo penal está funcionalmente orientado por uma verdadeira exigência irrenunciável do Estado de Direito, “visto que tem este dever de realizar a justiça de modo rápido e eficiente, de forma que transmita à sociedade confiança na funcionalidade das instituições públicas”²⁵².

Justamente por isso, o debate sobre o papel político criminal do processo penal é antigo. Claus Roxin²⁵³, aliás, torna a situação, já consolidada em termos de direito penal, como ponto de partida para a possibilidade de admissão funcional de todo o sistema, incluindo aí a premissa do processo penal²⁵⁴. Aliás, em sua obra, Fernando Fernandes afirma:

Contra essa aproximação da justiça criminal à política geral, insurge-se com o argumento fundado na necessidade de uma neutralidade ideológico-política das entidades pertencentes ao foro judiciário, ou, por outras palavras, da necessidade de que a função de aplicação do Direito se mantenha distante das querelas do poder (...) Barreiros aponta o vício metodológico de que ela padece, consistente na ‘indevida autonomização daquilo a que chama a política da lei relativamente à estrutura política tal qual ela resulta discutida e deliberada pelas instâncias soberanas do ordenamento constitucional’, ideia essa que se funda no suporte teórico de que a Lei é suficiente para determinar os critérios de actuação da Justiça²⁵⁵.

Por isso, além da expansão do pensamento funcionalista do direito penal e, consequentemente do processual penal, atualmente entende-se pela necessidade da real utilização do processo penal como um instrumento de política criminal, como marca exclusiva do desenvolvimento do sistema jurídico penal contemporâneo²⁵⁶.

²⁵¹ CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro** – dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 32.

²⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”?** Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 37.

²⁵³ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 22.

²⁵⁴ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; DIAS, Jorge Figueiredo. **Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro**. Coimbra: ROA, 1983.

²⁵⁵ FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 47-48.

²⁵⁶ FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 53.

Diz-se, portanto, que através do processo penal como instrumento de política criminal, transmite-se “a inserção do processo penal no âmbito geral da política criminal, de modo que na sua estruturação se levem em conta também as intenções político-criminais que orientem o Sistema Jurídico-Penal como um todo²⁵⁷”. Dessa forma, sugere-se uma reconstrução do processo penal ao alinhamento de política criminal, para atingir maior funcionalidade e eficiência processual, sem, contudo, abandonar a fundamental e irrevogável natureza garantística.

Desse modo, indica-se a imposição de “uma ponderação entre os interesses da funcionalidade e garantia, tendo como limite a indispensabilidade ao máximo daquelas garantias necessárias à tutela da dignidade humana”²⁵⁸, de forma que a tensão entre efficientismo e garantismo reflita, sem qualquer dúvida, uma das principais polêmicas sobre os avanços do processo.

Mas, para os objetivos desta pesquisa, não desenvolvemos este estudo. Para nossa análise, é importante contextualizar que o processo penal está submetido a esta “nova” lógica de política criminal, cuja demonstração está diante dos novos e complexos tipos penais criados, as diversas formas de execução de tipos já prescritos na lei há algum tempo, assim como nas inflexões feitas pela jurisprudência para atingir a finalidade do Estado.

Diante disso, a eficiência do processo penal é uma realidade visível. Não se pode deixar de lado, entretanto, em razão da importância dos princípios garantísticos, a valoração de uma complementaridade funcional entre o direito penal material e o processual, que deve ser limitada através da garantia no processo penal, posto que o valor preponderante no modelo de Estado Democrático de Direito está na preocupação com a tutela da dignidade humana.

3.1.2 Justiça penal negocial, oportunidade e barganha – conceitos

Conforme alerta Claudio José Langroiva Pereira, “as soluções consensuais, partindo sempre da vontade de acordar da vítima e do imputado, pretendendo evitar a celebração de um processo, com todas as garantias e formalidades, não se trata de fenômeno exclusivo de nenhum ordenamento moderno²⁵⁹”.

Para além das particularidades anteriormente estudadas, o processo penal brasileiro

²⁵⁷ FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 53.

²⁵⁸ FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 67.

²⁵⁹ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 108.

experimentou uma mudança substancial na antiga noção de obrigatoriedade da ação penal, passando a tolerar a lógica negociada. Para Claudio José Langroiva Pereira, “mesmo em se falando de Ministério Público, sua atuação não aparece revestida de qualquer direito absoluto da ação²⁶⁰”, dado que o “dever que foi imposto ao Estado de exercer a punição, em tutela concedida ou da qual abriu mão o ente constitutivo da sociedade, surge como forma de garantir a segurança social²⁶¹”.

Daí porque se diz que, no processo penal, o princípio da obrigatoriedade tem limitações²⁶². Além destas últimas, propulgu-se a necessidade de tolerar diversas causas, mas certamente, porque passou-se a vislumbrar no processo penal um déficit de funcionalidade. A necessidade de inserção do processo penal no âmbito geral da política criminal, de modo que os princípios e normas estejam alicerçados às intenções político-criminais, abrem ensejo a diversos danos, como aqueles relacionados à elasticidade probatória.

O critério utilitário da solução alternativa de conflitos foi propiciado através da forma de dar vazão ao grande número de processos, pela qual se previu diferentes maneiras de consenso no processo penal, permitindo-se a negociação entre o Ministério Público e a defesa. Um exemplo é o direito comparado²⁶³.

Ocorre que essa lógica sofre muita resistência por parte dos juristas, uma vez que cria certo atrito com a ideia tradicional de obrigatoriedade da ação penal. Aliás, existem diversos questionamentos aventando a possibilidade de que a lógica do processo penal negociada poderia dar margem para que a justiça penal viesse a agir com favoritismos:

A discricionariedade da ação e a consequente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, mantidas em alguns sistemas acusatórios hodiernos, representam, portanto, um resíduo do caráter originariamente privado – e posteriormente estritamente cívico ou popular da iniciativa penal –, agora injustificado²⁶⁴.

²⁶⁰ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 09.

²⁶¹ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 10.

²⁶² PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 11.

²⁶³ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 523-524. Sobre este tema, o autor ainda pontua: “(...) Entende-se que essa discricionariedade e disponibilidade – que nos Estados Unidos se manifestam sobretudo na transação entre o acusador público e o imputado (plea bargaining) da declaração de culpabilidade (guilty plea) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais – representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o plea bargaining se torne regra e o juízo uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararam-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo. O sistema – introduzido também na Itália nas formas subreptícias de acordos ou transação sobre a pena ou sobre o rito do qual falarei no parágrafo 45.5. – apresenta indubitavelmente a vantagem da máxima eficiência, se é verdade que ela permite solucionar mais de 90% dos casos com o guilty plea e a de reservar apenas aos poucos casos remanescentes as bem polidas características garantistas do trial by jury. Mas essa vantagem é alcançada ao preço de uma pesada conotação burocrática e policialesca da maior parte da justiça penal e de

Buscando dirimir essa colisão, alguns juristas vêm tentando sedimentar a ideia de que não existiria uma violação ao princípio da obrigatoriedade, mas apenas a alteração da tônica do princípio (seria obrigatória a ação penal quando não fosse possível formalizar um acordo).

Cremos que a justiça negociada é uma realidade inafastável e que, por isso, o melhor caminho é realmente potencializar o direito de defesa para que este se adapte à nova realidade negocial do processo penal. Conforme destacou Claudio José Langroiva Pereira, “fica claro o reconhecimento de momentos de negociação e de oportunidade no sistema penal brasileiro, evidentemente que, em maior ou menor medida, necessitando de modulação em sua aplicabilidade e extensão”²⁶⁵.

3.1.3 O modelo internacional de justiça negocial

Importante na investigação de algumas espécies de crimes, como os praticados por organizações criminosas, lavagem de dinheiro e corrupção, a colaboração premiada tornou-se o mais moderno meio de prova recomendado por organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (G.A.F.I./T.A.F.T).

Ela está prevista em diversos tratados internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Transnacional Organizada (Convenção de Palermo²⁶⁶) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida²⁶⁷).

A recomendação destes Tratados deixa claro que o instituto parte da premissa de que em crimes graves, normalmente praticados por organizações criminosas, a lei do silêncio, *omertà*, é garantia de impunidade, de modo a dificultar a descoberta e o desbaratamento destas organizações. Em razão desta situação, a colaboração premiada é prevista e aceita em diversos países, sob diversos sistemas jurídicos, como, por exemplo, Estados Unidos da América²⁶⁸, Espanha²⁶⁹, Alemanha²⁷⁰, Colômbia²⁷¹ e Itália²⁷².

uma vistosa discriminação contra tanto que, pelas condições econômicas, são forçados a abdicar, como se fosse um luxo inacessível, não só, como entre nós, de uma defesa adequada, mas até mesmo de um julgamento justo” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 523-524).

²⁶⁵ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 172.

²⁶⁶ Promulgada no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto n. 5.015 de 12 de março de 2004.

²⁶⁷ Promulgada no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto n. 5.687 de 31 de janeiro de 2006.

²⁶⁸ Rule 11 da *Federal Rules of Criminal Procedure*.

²⁶⁹ Artigos 376 e 579, n. 3, do Código Penal Espanhol.

²⁷⁰ Código de Processo Penal alemão, StPO, estabelece a colaboração de corréus no seu artigo 129, inciso V, alínea a.

²⁷¹ No Código Penal colombiano está prevista nos artigos 413 a 418.

²⁷² No Código Penal italiano está prevista nos arts. 289 bis e 630, e Leis n. 304/82, 34/87 e 82/91.

Os principais expoentes dessa forma de justiça foram os Estados Unidos da América, onde a barganha (*plea bargaining*, nos EUA, onde se originou) se tornou um instrumento processual. Uma pessoa, a quem é imputada a prática de crime, negocia um acordo com o Ministério Público, renunciando ao direito de ser julgada, confessando sua culpa e podendo também colaborar com a investigação, em troca de um tratamento mais leniente, como uma redução da pena ou até o perdão judicial. Uma das principais características dessa modalidade é a necessidade de um amplo grau de discricionariedade da acusação e de um acentuado grau de perspectiva utilitarista:

Tendo-se ciência de que a pretensão de descrever o modelo processual penal estadunidense de modo detalhado vai além das possibilidades deste trabalho, aqui serão analisados pontos pertinentes ao estudo do *plea bargaining* e das circunstâncias que proporcionaram sua expansão, ao passo que as condenações criminais em tal país são obtidas por meio deste mecanismo em até 98 a cada cem casos, conforme a região estudada. Pensa-se especialmente em duas características: a ampla discricionariedade do acusador e as delimitações do *due process of law*. Inicialmente, pode-se apontar que tal cenário é autoridade pela ampla discricionariedade de atuação do representante do Ministério Público (prosecutor), afirmando-se que “no sistema *plea bargaining*, tudo é possível, e a negociação praticamente não encontra barreiras”. A ideia contida no princípio da obrigatoriedade, como aos ordenamentos continentais, é incompatível com a construção norte-americana, ao passo que o controle judicial sobre a acusação é rechaçado, além de afastado pela postura dos próprios membros do Poder Judiciário. Assim, diante de uma discricionariedade descrita como absoluta ou quase irrestrita, possibilita-se o manejo das acusações para a adaptação às diversas espécies de negociações (e de pressões sobre o acusado), já que, por exemplo, o promotor é autorizado a retirar certas imputações ou capitular um fato menos grave do que realmente se verificou²⁷³.

O fato é que existe uma formação cultural muito própria americana, uma vez que os cultos à propriedade e à liberdade estão umbilicalmente ligados. Evidente que o direito – como produção cultural que visa aderir ao povo que regula – irá retratar essa realidade.

Com efeito, o controle dessa discricionariedade só é possível na medida em que existe uma cultura democrática muito própria nos Estados Unidos da América: o povo entende que o cuidado com a coisa pública está necessariamente atrelado à fruição de seus bens e, portanto, à sua própria individualidade.

Bem por isso, devemos lembrar que essa ampla discricionariedade do magistrado está profundamente atrelada ao fato de que ele, em grande parte dos Estados, está sujeito ao controle popular e à responsabilização política²⁷⁴.

²⁷³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise da expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCrim, 2015, pp. 60-61.

²⁷⁴ Sobre isso, aliás, “De fato, o panorama contemporâneo do processo penal nos mais diversos ordenamentos ocidentais apresenta generalizada tendência em direção à expansão das possibilidades consensuais de imposição de uma sanção penal a partir da aceitação do acusado em troca de um benefício (como a redução da pena), ou seja, sem o desenrolar do devido processo legal em seus termos tradicionais, mormente para as infrações de média e pequena criminalidade.

Conclui-se disso que pensar aproximações muito intensas da justiça negocial estadunidense sem se atentar a essa particularidade cultural equivale a importar um sistema muito próprio completamente divorciado dos mecanismos criados pelos seus nativos para equilibrá-lo.

3.1.4 A justiça negociada no processo penal americano

Definida como integrante do direito consuetudinário, a doutrina classifica o sistema americano como o de aplicação do direito a casos concretos, pois no *common law*, as normas jurídicas emergem do caso particular para o geral²⁷⁵. Sob esta mesma ótica, Marcos Paulo Dutra Santos alerta que, neste sistema, os operadores do direito têm como objetivo principal avaliar se as características do caso em julgamento correspondem ao determinado precedente judicial²⁷⁶.

Nos Estados Unidos da América, durante a história do direito naquele país, é possível dizer que não houve interesse em teorizar o direito de ação²⁷⁷. E, por consequência lógica, o exercício da ação penal pública se orienta pela discricionariedade dos promotores (*prosecutorial discretion*), que também orienta não só as atividades policiais, como as jurisdicionais, inclusive, nos casos da execução da pena aplicada. Esta discricionariedade decorre fundamentalmente de razões políticas e utilitaristas, vez que propicia o descarte de crimes irrelevantes, enfatizando os de grande repercussão.

Diante disso, Claudio José Langroiva Pereira argumenta que apesar da fixação federal

O modelo de consenso característico da lei italiana é o da *applicazione della pena su richiesta della parti*, ou seja, a aplicação de pena a pedido das partes, também denominada *patteggiamento*, prevista no Código de Processo penal Italiano como um processo especial, no título II, do livro VI, em seu artigo 444, I. Em apertada síntese, trata-se de procedimento especial, no qual o réu e o Ministério Público pedem ao juiz que aplique uma sanção de natureza substitutiva ou uma pena pecuniária, diminuída até um terço; ou ainda uma pena privativa de liberdade, quer isolada, quer conjuntamente com uma pena pecuniária, diminuída também até um terço, desde que a pena abstrata não ultrapasse os cinco anos de pena privativa. De outro prisma, desde os finais dos anos 70, a justiça da Alemanha realiza o denominado *Vergleiche*, ou seja, acordos informais, em que o réu, ao confessar o crime praticado, beneficia-se de uma contrapartida na pena que lhe será concretamente aplicada. Os acordos informais, como refere Schunemann, e como o próprio nome indica, são desprovidos de formalidade: o arguido predispõe-se a fazer uma confissão que servirá ao juízo como meio de prova geral para a sua culpabilidade. Após mais de trinta anos de existência de acordos informais, a lei germânica de 04 de agosto de 2009 veio reformar o Código de Processo Penal Alemão, fazendo constar expressamente o acordo criminal através da previsão legal do artigo 257 combinado com o artigo 142, os denominados *Urteilsabsprachen* ou acordos sobre a sentença em processo penal. Em Portugal, podemos citar dois modelos característicos de acordos criminais, quais sejam, o arquivamento em caso de dispensa de pena e a suspensão provisória do processo” (PAULA, Renato Tavares de. A justiça criminal negocial nos crimes de média gravidade no Brasil. Reforço efetivo da política criminal e incremento funcional da eficiência do processo. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 314, jan. 2019).

²⁷⁵ Não se pode deixar de lado as considerações de que “*common law* ou “direito comum” é originário de regras não escritas, que foram criadas inicialmente por juízes ingleses e lapidadas ao longo do tempo. É um sistema baseado no direito costumeiro”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – *civil law* e *common law*. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, out. 2009, pp. 53-62).

²⁷⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 30.

²⁷⁷ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 25.

de alguns delitos, os governos estaduais também têm independência para definir crimes e suas penas, circunstância que possibilitou o estabelecimento de 51 sistemas de justiça criminal diferenciados²⁷⁸.

Assim, se de um lado é promovida a despenalização, pontual e casuística de determinadas condutas, de outro, permite-se por meio da *plea bargaining*, a individualização da pena, de modo a resultar uma grande insegurança jurídica, já que os investigados de uma maneira geral podem receber do Estado tratamento diversificado²⁷⁹.

Ainda no que tange ao sistema penal norte-americano, o Poder Judiciário possui imensas restrições no seu âmbito de atuação.

Dessa forma, por exemplo, não pode agir quando os titulares da ação penal promovem o arquivamento. Essa discricionariedade, apesar de ser alvo de inúmeras críticas na doutrina americana, já foi objeto de análise na Suprema Corte, onde se entendeu que a liberdade da acusação é guiada por referências estritamente técnicas, gozando dos atos da presunção de correção. Em face do exposto, segundo a Corte Maior, seria possível apenas a terceiros interessados provarem a má-fé da acusação, ainda que baseados numa dúvida razoável quanto à correção de sua atividade²⁸⁰.

Rodrigo da Silva Brandalise afirma que nos Estados Unidos da América há dois modelos junto às cortes criminais: o *due process model* (devido processo) e o *plea bargain model* (negociação).²⁸¹

No primeiro está prevista a utilização de um sistema adversarial, pelo qual se propicia o embate entre as partes (Estado e acusado). O julgamento desta causa recai ao júri e/ou ao Poder Judiciário. Neste sistema, há plena e ampla produção probatória. Seu objetivo é analisar a conduta criminalmente tipificada, a condenação ou inocência, através de uma sentença. No segundo, o acusado criminalmente está a receber pena menor do que receberia se houvesse julgamento no modelo adversarial. Neste caso, a acusação opta pela certeza da condenação, ao refletir pela otimização dos recursos estatais destinados à persecução criminal, mesmo que isso signifique perder certa quantidade de pena prevista em lei.

E é exatamente sobre este modelo negocial, o procedimento de *plea bargaining*²⁸², e

²⁷⁸ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 109.

²⁷⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 31.

²⁸⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 32-33.

²⁸¹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 63.

²⁸² Tradução livre, acordo negociado.

os acordos correspondentes às *guilty pleas*²⁸³ quanto à sanção a ser imposta, que o presente trabalho vem analisar. Um dos principais aspectos é investigar em que medida isso contribuiu para a adoção deste sistema no direito brasileiro, tendo em vista a propositura da Lei n. 12.850/2013.

Primeiramente, importante salientar o contexto histórico. Desde a década de 1960, houve enorme aumento da quantidade de processos criminais nos Estados Unidos da América, combinado à despesa de tempo e dinheiro, com julgamentos completos de júris, de forma que permitiu ao *plea bargaining*³ se tornar o principal motor da efetividade da justiça penal americana.

Para Christopher Slobogin, o *plea bargaining* foi usado para resolver mais de 95% dos casos criminais do país²⁸⁴. A Suprema Corte Americana ainda afirmou em julgamento que o *plea bargaining* é um componente essencial à administração da justiça, de forma que, sem ela, o sistema criminal paralisaria, dado que todos os órgãos do Estado precisariam multiplicar o número de juízes e as instalações judiciais²⁸⁵.

Quanto à legitimidade, pode-se dizer que o *plea bargaining* se sujeita à iniciativa da acusação, nada impedindo, porém, que a defesa inicie as negociações. Neste sentido, para que a declaração de culpa ou de não contestação seja válida, é imprescindível resultar de vontade livre e consciente do acusado. Logo, a voluntariedade²⁸⁶ e a inteligência constituem os pressupostos de validade da negociação.

Em razão desses dois pressupostos, o magistrado tem o dever de indagar pessoalmente o acusado em audiência específica. A Suprema Corte norte-americana considera que a voluntariedade deve ocorrer de forma restritiva, de maneira que apenas haverá invalidade na declaração do acusado, se esta for obtida de maneira física ou emocionalmente coercitiva (violência ou ameaça) ou de má-fé (mediante a veiculação de promessas juridicamente

²⁸³ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 66.

²⁸⁴ SLOBOGIN, Christopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism, 57 *Wm. & Mary L. Rev.* 1505, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 01 out. 2019, p. 1.505.

²⁸⁵ BROOK, Carol A.; FIANNACA, Bruno; HARVEY, David; MARCUS, Paul; MCEWAN, Jenny; POMERANCE, Renee. A comparative look at plea bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand, and the United States. 57 *Wm. & Mary L. Rev.* 1147, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 01 out. 2019, p. 1.225.

²⁸⁶ Sobre a voluntariedade, a Suprema Corte já se manifestou no caso *Brady v. U.S.* (1970). Este precedente versou sobre um jovem, Brady, que havia sido acusado de extorsão mediante sequestro. Se ele fosse levado a júri poderia ser recomendada a pena de morte; se preferisse o julgamento por um Juízo monocrático, a pena máxima que poderia sujeitar-se seria a prisão perpétua. Inicialmente, o acusado escolheu o julgamento pelo júri, após, optou por declarar-se culpado, sendo condenado, pelo juízo singular, à pena de cinquenta anos de reclusão reduzida para trinta. Ele recorreu à Suprema Corte, a fim de invalidar sua declaração de culpa, alegando que ela não havia sido livre, mas fruto de coerção, representada pela previsão legal de lhe ser imposta a pena capital, caso escolhesse ir a júri. A Corte indeferiu o pedido, argumentando que sua declaração de culpa não foi coagida, mas, sim causada pela legislação, que prevê a pena de morte para a hipótese”. (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 38).

inviáveis de serem atendidas).

Há casos, porém, em que a manipulação de alternativas de imputação delituosas previstas na legislação é conduzida para convencer o acusado a aceitar o acordo. Nestes casos, o estratagema da acusação decorre para a manifestação de vontade consciente do acusado em entender o conteúdo e as consequências do pacto.

Assim, não basta que o acusado seja mentalmente saudável²⁸⁷. É fundamental que ele saiba o real significado da declaração de culpa ou de não contestação, conforme prevê a *Rule* 11, e deve estar completamente consciente da natureza da infração, dos efeitos dela decorrentes, se provir condenação criminal, bem como da exata compreensão das garantias processuais renunciadas (direito à defesa técnica, ao contraditório e a não autoincriminação).

No que tange ao direito de acesso ao suporte probatório que embasa a acusação, a Suprema Corte consolidou o entendimento de que se restringe às provas exculpatas, ou seja, favoráveis ao réu²⁸⁸. É necessário apenas que o acusado tenha plena convicção de que as garantias processuais serão renunciadas em razão do pacto, como o direito ao julgamento convencional, a não autoincriminação e ao contraditório²⁸⁹. Conforme observa Claudio José Langroiva Pereira, o acusado renuncia ao direito de confrontação com as testemunhas que fizerem declarações contra ele²⁹⁰.

Não há momento estipulado em lei para a negociação de *plea bargaining*. Apesar de ser extremamente raro, durante um julgamento, dadas as considerações preliminares envolvidas, as negociações podem fomentar a discussão do caso, com os ônus financeiros e de imagem envolvidos, além de incluir qualquer aspecto do caso como os fatos e a sentença²⁹¹.

O que há, na realidade, é uma mesa de negociações entre as partes sem qualquer mediador neutro, haja vista que é proibido ao Poder Judiciário interferir nas negociações, que

²⁸⁷ A Suprema Corte, no precedente *Godinez v. Moran* (1993) decidiu, por maioria, que o grau de discernimento exigível para validar uma declaração de culpa é o mesmo necessário para que o réu seja submetido a julgamento, nunca menor (*United States Supreme Court v. Godinez v. Moran*, 1993).

²⁸⁸ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 32.

²⁸⁹ “No caso *U.S. v. Bagley* (1985), a Suprema Corte declarou que o não acesso da defesa ao acervo probatório da acusação, mesmo às exculpatas, apenas vicia o negócio jurídico se o acusado provar que, na hipótese de ter tomado ciência dele, não teria pactuado, preferindo o julgamento convencional com todos os riscos inerentes. (...) “Apesar da posição da Suprema Corte, e dos termos da Regra Federal n.11, a jurisprudência tende a mitigar tal exigência, como se depreende do caso *U.S. v. Henry* (1991), em que o Tribunal do 7º Circuito Federal estabeleceu que, se o acusado tiver ciência de que a declaração de culpa importa em renúncia ao direito de ser submetido a julgamento clássico, seria desnecessário adverti-lo dos demais direitos daí decorrentes”. (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 43-44).

²⁹⁰ PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 109.

²⁹¹ BROOK, Carol A.; FIANNACA, Bruno; HARVEY, David; MARCUS, Paul; MCEWAN, Jenny; POMERANCE, Renee. A comparative look at plea bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand, and the United States. 57 *Wm. & Mary L. Rev.* 1147, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 01 out. 2019, p.1.147.

são reguladas pela *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 – Pleas* (Fed. R. Crim. p. 11).

No entanto, há casos em que as negociações podem começar antes do previsto pela *Rule 11*. Nestes casos, tal como a colaboração premiada, a acusação pode chegar à pessoa alvo de uma investigação, antes que quaisquer acusações sejam formalizadas, oferecendo-lhe benefício potencial em troca de cooperação contra outros investigados. Em síntese, a acusação estabelece que o investigado deva fornecer nomes ou outros dados sobre uma determinada organização criminosa, auxiliando, por exemplo, a elucidação do crime, através da gravação ambiental de uma conversa²⁹².

De acordo com o procedimento previsto na *Rule 11*, o acusado tem três alternativas: declarar-se culpado (*plea of guilty*), afirmar que não contesta a acusação, sem assumir a culpa (*plea of nolo contendere*), ou declarar-se inocente (*plea of not guilty*). No silêncio do acusado, entende-se que ele se declarou inocente (Fed. R. Crim, p. 11). A declaração de culpa (*plea of guilty*) implica condenação criminal com todas as circunstâncias dela decorrentes. Neste caso, o acusado ao declarar-se culpado, passa a ser réu e, nessa condição, recebe uma reprimenda mais leve, em detrimento de um julgamento, no qual, se condenado, assumiria o risco de receber pena mais rigorosa²⁹³.

Noutro prisma, tem-se, ainda, a declaração de culpa condicionada (*conditional plea*), pela qual o acusado não contesta a conduta a ele imputada, mas é discutida a legalidade de questões de cunho processual e de violação de garantias fundamentais que podem influenciar a própria condenação criminal²⁹⁴.

Neste caso, a culpa é veiculada depois de prévio consentimento da acusação, com a aprovação judicial, podendo ali encerrar, tanto na declaração de culpa (*plea of guilty*), como na de não contestação da acusação (*plea of nolo contendere*). Nesta última, o acusado não reconhece a culpa, mas opta por não impugnar a contestação. Neste sentido, a condenação criminal não constituirá título executivo à disposição da vítima, tratando-se de sentença penal condenatória com ônus limitados²⁹⁵.

Para Rodrigo da Silva Brendalise, portanto, a principal diferença entre a declaração de culpa e a declaração de não contestação é a consequência. Na primeira hipótese, produzirá

²⁹² BROOK, Carol A.; FIANNACA, Bruno; HARVEY, David; MARCUS, Paul; MCEWAN, Jenny; POMERANCE, Renee. A comparative look at plea bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand, and the United States. 57 Wm. & Mary L. Rev. 1147, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 01 out. 2019, p. 1164.

²⁹³ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 34.

²⁹⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 30.

²⁹⁵ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 35.

efeitos no juízo cível; na segunda, isso não ocorrerá, uma vez que inexiste a confissão²⁹⁶.

Importante destacar que, durante o debate preliminar entre acusação e defesa, as partes podem negociar a retirada de algumas acusações contra o réu. Assim, na declaração de não contestação, a liberdade conferida à promotoria revela que ela pode até recomendar ao juiz determinada condenação, ou ainda, segundo a *Rule 11*, aprovar a proposta de título condenatório veiculada pela defesa. O acusado fica ciente de que tal solicitação não vincula o juízo, o qual poderá decidir inclusive de forma mais gravosa. As partes poderão ainda transigir em condenação mais específica para o caso concreto.

Assim, *plea bargaining* consiste em mera sugestão de sentença, sendo o juízo livre para discordar. Uma vez acatada, o juízo deverá analisar a legalidade do acordo e se há suporte probatório suficiente para uma condenação criminal, caso contrário, o pacto será indeferido. O controle jurisdicional da transação, portanto, é restrito, pois o juízo não tem controle da atividade acusatória da promotoria.

Adverte Rodrigo da Silva Brandalise que a sentença permanece como ato do juiz, inclusive na fixação da pena, mas a regra é a observância dos termos do acordo. As acusações afastadas pela promotoria podem servir de agravantes no momento da fixação da pena.

Na hipótese de o acordo ser afastado, o juiz está livre para apreciar as provas colhidas²⁹⁷. No caso *Corbitt vs. New Jersey*, a Suprema Corte reconheceu a essencialidade dos acordos de sentença para o sistema americano, compreendendo que a ele se aplicam os princípios de contrato, especialmente porque o promotor deve cumprir com as promessas estabelecidas quando da sua celebração, assim como no que tange aos elementos de voluntariedade e de compreensão, o que deve ser aferido pelo juízo²⁹⁸.

3.1.4.1. *O plea bargaining*

Vimos que as altas taxas de criminalidade e as grandes despesas com os julgamentos justificavam a utilização do instituto de *plea bargaining* pelo sistema criminal norte-americano. Os objetivos estabelecidos seriam, portanto, múltiplos: retribuição, dissuasão, incapacitação e reabilitação.

Mas, de acordo com Christopher Slobogin, o objetivo da política criminal norte-

²⁹⁶ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 65.

²⁹⁷ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 72.

²⁹⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 75.

americana é de tão só punir os infratores, de acordo com a sua culpabilidade²⁹⁹. No entanto, quando se trata de *plea bargaining*, o autor destaca que para a negociação funcionar deve existir divergência significativa entre a sentença que dela resulta e a sentença que provém do julgamento³⁰⁰. Percebe-se, pois, que o *plea bargaining* exige que os acusadores estejam dispostos a buscar duas sentenças totalmente diferentes, sendo que, ao menos uma delas, será desproporcional à culpabilidade do réu.

Mas não se restringe a tal ponto. O cerne da preocupação também reside no fato de que, por meio de *plea bargaining* nos processos criminais, poucos acusados exercem o direito de permanecer em silêncio, testemunhar, confrontar acusadores ou ser ouvido por um júri durante um julgamento público. Ao contrário, as garantias constitucionais são vilipendiadas e de maneira comum incluem a renúncia ao direito à prova de desculpa, à assistência efetiva de advogado e o de apelar.

Assim, é fácil concluir que o instituto de *plea bargaining* envolve a irrestrita possibilidade de negociação pelos acusadores. É possível acarretar o reconhecimento de culpa por pessoas inocentes que, sob aspectos da crescente massificação do direito penal, o fazem em verdadeiras situações de desespero³⁰¹.

Christopher Slobogin afirma também que a negociação do delito, ao acarretar uma diferença entre a disposição negociada e a disposição ocorrida quando o réu opta pelo julgamento, não se justifica em um regime retributivo. Em contrapartida, o autor entende que *plea bargaining* tem respaldo em um sistema de justiça criminal voltado para a justiça preventiva, porque a negociação seria mais atraente aos réus, já que concentra em diferentes maneiras a redução de riscos, os quais provavelmente alguns serão mais atraentes do que enfrentar um julgamento³⁰².

O autor ainda destaca que o ideal, de fato, seria ter todos os casos devidamente julgados, com todas as garantias inerentes. Contudo, reconhece como um ideal não realista

²⁹⁹ SLOBOGIN, Christopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism, 57 *Wm. & Mary L. Rev.* 1505, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 01 out. 2019, p. 1.505.

³⁰⁰ SLOBOGIN, Christopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism, 57 *Wm. & Mary L. Rev.* 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 01 out. 2019, p. 1.505.

³⁰¹ Sobre este fato, vale a pena ressaltar o caso de Hayes vs. Bordenkircher. Neste precedente, a acusação afirmou a Paul Hayes, acusado de sua terceira ofensa (uma falsificação), que se ele não se declarasse culpado e aceitasse uma pena de cinco anos, ele enfrentaria um julgamento que exigiria a prisão perpétua. Hayes recusou o acordo, foi condenado e sentenciado à pena de morte". (SLOBOGIN, Christopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism, 57 *Wm. & Mary L. Rev.* 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 01 out. 2019, p. 1.505).

³⁰² SLOBOGIN, Christopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism, 57 *Wm. & Mary L. Rev.* 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 01 out. 2019, p. 1.505.

devido aos altos índices de criminalidade e o elevado custo dos processos nos EUA. Dessa maneira, conclui que é necessário as partes abandonarem o princípio de controle das provas e os juízes terem maior controle durante as negociações³⁰³. Com isso, em um julgamento ou em casos em que as partes negociam, todas as evidências devem ser apresentadas. Direitos que não são intrínsecos à *plea bargaining*, como o direito à defesa eficaz, nunca poderiam ser negociados.

Há intenso debate sobre *plea bargaining* na comunidade legal e entre o público em geral que envolve, basicamente, três fatos: a disparidade racial entre os condenados à prisão e aqueles que não são; em particular, nos casos que envolvem drogas, há uma enorme diferença entre os julgamentos feitos pelos juízes e os acordos pelos promotores; e o hábito de pessoas inocentes se declararem culpadas e serem condenadas à prisão em razão das ofertas de acordos feitos pelos promotores³⁰⁴.

No entanto, é possível dizer que os benefícios trazidos pela *plea bargaining* são discutíveis, já que entre a economia de recursos com julgamentos longos e o próprio interesse dos acusados em não se submeterem ao risco de um julgamento, está a ausência de controle judicial sobre as negociações que ensejam a ampla liberdade dos promotores de intimidarem os acusados, forçando-os a firmar os acordos.

Dessa forma, também é necessário que os juízes cumpram o papel de julgadores; os promotores não podem ter livre disposição para negociarem e fixarem penas a serem cumpridas pelos acusados³⁰⁵.

3.1.5 A justiça penal negocial no processo penal italiano

Por servir como inspiração ao Código de Processo Penal brasileiro, julgamos oportuno traçar as linhas gerais do ordenamento processual penal italiano, sobretudo as particularidades relativas ao exercício da ação penal. Tal como no Brasil, na Itália, a titularidade da ação penal pública é de exclusividade do Ministério Público, o qual se orienta pelo princípio da

³⁰³ SLOBOGIN, Christopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism, 57 *Wm. & Mary L. Rev.* 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 01 out. 2019, p. 1.505.

³⁰⁴ BROOK, Carol A.; FIANNACA, Bruno; HARVEY, David; MARCUS, Paul; MCEWAN, Jenny; POMERANCE, Renee. A comparative look at plea bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand, and the United States. 57 *Wm. & Mary L. Rev.* 1147, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 01 out. 2019, p. 1.189.

³⁰⁵ BROOK, Carol A.; FIANNACA, Bruno; HARVEY, David; MARCUS, Paul; MCEWAN, Jenny; POMERANCE, Renee. A comparative look at plea bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand, and the United States. 57 *Wm. & Mary L. Rev.* 1147, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 01 out. 2019, p. 1189.

obrigatoriedade, conforme previsão constitucional (artigo 112³⁰⁶) e do Código de Processo Penal Italiano³⁰⁷.

Percebe-se que, assim como no Brasil, o Ministério Público somente intenta a ação penal quando satisfeitos os pressupostos processuais, como a justa causa. Dessa maneira, em razão do princípio da obrigatoriedade, o órgão acusatório está impedido de desenvolver um juízo de oportunidade/conveniência quanto ao processamento da acusação. Emite-se, tão só, um juízo de legalidade e, presentes os requisitos, deve oferecer a denúncia³⁰⁸.

O fato é que, tal como vimos no exemplo norte-americano, o exercício da ação penal pode propiciar o entendimento de manutenção de ações que nem deveriam ser propostas, dada sua baixa repercussão na sociedade. Por este contexto, no processo italiano, é cada vez mais frequente a concepção de que o processo penal deveria ser guiado pela gravidade do injusto, em que a capacidade persecutória do Poder Judiciário e o contexto social no qual se insere o suposto acusado são circunstâncias fundamentais.

Assim, o Ministério Público, diante da crescente proliferação de normas penais incriminadoras, do aumento da criminalidade em determinados segmentos sociais, e da debilidade da polícia, sobrecarregado e compelido a fazer escolhas sobre quais infrações penais realmente merecem ser objeto de ação, tende a justificar a mitigação do princípio da obrigatoriedade, a fazer uma interpretação restritiva do artigo 112 da Constituição italiana, para argumentar pela não obrigatoriedade da norma de ação penal, com capacidade exclusiva, ainda que discricionariamente³⁰⁹. Para Marcos Paulo Dutra, trata-se, mais uma vez, de discurso efficientista, em busca de uma prestação jurisdicional mais eficiente³¹⁰.

O fato é que no sistema processual penal italiano, os procedimentos investigatórios incluídos na fase pré-processual, são presididos pelo Ministério Público italiano (Código de Processo Penal italiano, artigo 347), que é titular da polícia judiciária. Na prática, a maioria das atividades investigativas é delegada à polícia italiana (Código de Processo Penal italiano, artigo 370).

A intervenção judicial só ocorre quando existe a necessidade de produção antecipada de provas, prisões cautelares e fiscalização do exercício da ação penal pública. Concluídas as investigações, o órgão acusador oferece denúncia ou pede o arquivamento, que é submetido

³⁰⁶ Artigo 112. “O Ministério Público tem a obrigação de exercer a ação penal”. (Constituição da República Italiana, artigo 112).

³⁰⁷ Artigo 50, item 1. “O Ministério Público exerce a ação penal quando não subsistem os pressupostos para o pedido de arquivamento” (Código de Processo Penal italiano, artigo 50, item 1).

³⁰⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 52.

³⁰⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 52.

³¹⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 53.

ao juiz, tal qual nas hipóteses previstas no Código Processual Penal brasileiro.

Com a propositura da denúncia, inicia-se a ação penal, que segue o procedimento ordinário, cujo primeiro ato é a audiência preliminar (Código de Processo Penal italiano, artigo 416), oportunidade na qual o juiz receberá ou não a denúncia (Código de Processo penal italiano, arts. 425 e 429). Os procedimentos especiais são: o juízo abreviado e a aplicação consensual da pena, que é feito no momento processual reservado à audiência preliminar, e tem como finalidade principal evitar a instrução e o julgamento convencional; o juízo diretíssimo e o juízo imediato, que resultam no julgamento direto da causa, suprimindo a audiência preliminar; e o procedimento por decreto penal, monitorio, que consiste na imediata expedição do decreto condenatório, pautando-se, exclusivamente, nas peças de informação colhidas ao longo das investigações, sem oitiva do acusado, a quem se reserva apenas o direito à oposição, que, se exercido convola o procedimento monitorio em ordinário.

Pode-se dizer que a introdução do direito negocial no ordenamento jurídico-penal italiano deu-se por meio da Lei n. 497/1974, artigos 5º e 6º.

O artigo 5º elevou a pena do crime de extorsão mediante sequestro, e o artigo 6º estabeleceu uma atenuante para o participante do crime que ajudasse a vítima a readquirir a liberdade, sem o pagamento de resgate³¹¹.

No mesmo sentido, o Decreto-Lei n. 625/1979, convertido posteriormente com modificações na Lei n. 15/1980, prevê medidas urgentes para a tutela da ordem democrática e da segurança pública. O diploma criou, ainda, novas figuras delitivas ligadas ao terrorismo ou à inversão da ordem democrática, além de estabelecer no artigo 4º os benefícios de delação premiada, no caso do concorrente que, separando-se dos outros, esforça-se para evitar que a atividade delituosa seja levada a consequências posteriores, ou ajude concretamente a autoridade policial e a judicial na busca de provas decisivas à individualização ou à captura dos concorrentes.

Posteriormente, a Lei n. 304/1982 sobreveio basicamente para aumentar a quantidade das atenuantes estabelecidas na lei anterior e beneficiar condutas, não somente de colaboração ativa, mas também de simples dissociação do grupo criminoso, enquanto, neste mesmo ano, foi aprovada a Lei *Rognoni-La Torre*, que inseriu o crime de associação mafiosa no Código de Processo Penal italiano, artigo 416 b.

Segundo Walter Bittar, a partir de então começaram os debates para a extensão da

³¹¹ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 231.

delação a fatos relacionados à máfia. Foram introduzidas causas atenuantes aos acusados que colaborassem nos delitos de tráfico de entorpecentes. Com o assassinato do juiz Rosário Livatino e a pressão por parte dos magistrados da Sicília exigindo um combate mais eficaz aos grupos criminosos, o Decreto-Lei n. 8/1991 foi promulgado e convertido com alterações na Lei n. 82/1991³¹².

Walter Bittar declara, também, que a figura do colaborador na Itália é conhecida como *pentiti* (ou arrependido), ou “testemunha suspeita”, dado que também está envolvida com os fatos³¹³. Por tal circunstância, aliás, o Código de Processo Penal italiano (artigo 192, § 3º e 4º), exige que as declarações tenham valoração prudente e só serão definidas como provas se houver outros elementos confirmando a veracidade das informações prestadas.

Conforme observa o autor, a Suprema Corte italiana estabeleceu três fases para a valoração das declarações: i) deve ser verificada a credibilidade do colaborador; ii) deve ser analisada a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração de seriedade, como a precisão, coerência, constância e espontaneidade; e por último, iii) valora-se a existência e a consistência das declarações com o confronto das demais provas³¹⁴.

Em 2001, foram alteradas as regras referentes aos colaboradores da justiça (Leis n. 45/2001 e 63/2001)³¹⁵. A importância dessas mudanças está no fato de que a sua inobservância acarreta a inutilidade processual do documento. No caso de omissão ou de falsidade nas declarações, pode ser determinada a revogação da medida de proteção, dos benefícios penitenciários e a revisão do processo que concede a diminuição de pena. A Lei n. 45/2001 proíbe, também, os colaboradores da justiça, que acusem uma mesma pessoa, disporem de um

³¹² BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 233.

³¹³ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 233.

³¹⁴ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 234.

³¹⁵ A Lei n. 45/2001 trouxe o *verbale illustrativo*, o qual fixa os exatos termos e âmbito em que a declaração poderá ser utilizada: o legislador impõe tempo (prazo de 180 dias, a partir do momento em que o sujeito manifesta vontade em colaborar), forma e modo (resumo verbal e documentação integral mediante registro fonográfico ou audiovisual) de redação para a preparação do *verbale*, proibindo-se qualquer contato entre quem está prestando declarações e os demais colaboradores. A Lei n. 63/2001 traz previsões para balancear as exigências do contraditório na formação da prova, tutelar o direito de defesa do colaborador e impedir a total dispersão dos meios de prova adquiridos durante as investigações preliminares. Em razão disso, o legislador restringiu o direito ao silêncio do colaborador, de maneira a não repetir no debate as declarações anteriormente prestadas no que se refere aos crimes pelos quais responde. Contudo, em todos os outros casos, fica obrigado a responder todas as perguntas sobre a responsabilidade dos outros, assumindo, portanto, os deveres de testemunha. Quanto à utilização das declarações prestadas, no caso de divergirem em juízo das que constam do *verbale illustrativo*, afetam a credibilidade como testemunha. Quando as declarações não são confirmadas em juízo, elas são utilizadas de forma limitada. Na hipótese de o colaborador refutar, de forma voluntária, as declarações anteriores, elas são proibidas de serem utilizadas (BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 237).

defensor comum³¹⁶.

A negociação da colaboração, conforme o Código de Processo Penal italiano, ocorre de maneira abreviada, e é cabível em relação a qualquer delito. Diz-se que o acusado (que toma a iniciativa) pede o imediato julgamento, devendo fazê-lo antes de o juiz receber ou rejeitar a ação penal proposta pelo Ministério Público (Código de Processo Penal italiano, artigo 438, item 2). O acusado pode propor pessoalmente ou por meio de procurador com poderes especiais (Código de Processo Penal italiano, artigo 438, itens 1 e 3). Em ambas as situações, porém, o consentimento do Ministério Público é imprescindível. Tal qual no Brasil, o acusado renuncia às garantias processuais (em especial, contraditório e ampla defesa), mas concorda que o Poder Judiciário decida a demanda com base apenas nas peças de informação colhidas na fase investigatória (Código de Processo Penal italiano, artigo 438, item 1).

No entanto, para julgar procedente a pretensão punitiva estatal, em uma sentença penal condenatória, o juiz só pode condenar se houver suporte fático. Neste caso, o Código de Processo Penal italiano, artigo 422, item 2, concede ao acusado algumas vantagens, como a redução de 1/3 da pena e, caso seja cominada para o crime a pena de prisão perpétua, há substituição para a pena privativa de liberdade por 30 anos. Para realizar o procedimento é fundamental que o acusado manifeste-se livre e consciente de vontade, tal como verificado, porém, no direito norte-americano.

Marcos Paulo Dutra Santos entende que para adoção deste procedimento é necessária a iniciativa do Ministério Público, ainda na fase preliminar, alcançando tanto os crimes de ação penal pública, quanto os de iniciativa privada, a qual também depende do consentimento do querelante (Código de Processo Penal italiano, artigo 459, item 1).

Em ambos os casos, o juiz, para aprovar o procedimento, deve avaliar previamente sobre a legalidade, sobretudo se há suporte probatório suficiente para prolatar a sentença penal condenatória (provas da existência da autoria e de materialidade do crime; ausência de excludentes de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade). A rejeição do pedido de colaboração não importa em absolvição (Código de Processo Penal italiano, artigo 459, item 3).

Uma vez aprovada a proposta do Ministério Público pelo juiz, o acusado e o civilmente responsável indicado na proposta são notificados pessoalmente. Notificado, o réu poderá impugnar o decreto penal e indicar a observância de outro procedimento ou mesmo sugerir o *patteggiamento*³¹⁷ (Código de Processo Penal italiano, artigo 461, item 3). Se houver inércia,

³¹⁶ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 236.

³¹⁷ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 56.

o decreto penal será homologado pelo juízo como condenação criminal.

De acordo com Marcos Paulo Dutra Santos, as vantagens advindas do acordo são i) isenção de custas; ii) não imposição de penas acessórias; iii) não representação de título judicial em desfavor do imputado, posto inexistir confissão expressa de culpa; e, passados cinco anos, iv) se a condenação tinha como objeto um crime ou dois, se versava sobre contravenção, a infração penal é extinta, apagando-se todos os efeitos penais da sentença, exceto se o condenado cometer novo crime da mesma natureza³¹⁸.

De outro lado, há o procedimento de negociação da pena entre o Ministério Público e o réu denominado *patteggiamento*³¹⁹, que consiste na aplicação imediata de uma pena a pedido do acusado. Atualmente, o *patteggiamento* está previsto no Código de Processo Penal italiano (artigos 444-448), cujo objeto consiste em garantir a obtenção de uma pena mais branda. Dessa forma, o acusado autoriza a aplicação da pena restritiva de direitos, reduzida de até um terço, ou a pena privativa de liberdade, desde que reduzida de até um terço não ultrapasse cinco anos de detenção, cumulativa ou não com pena pecuniária (Código de Processo Penal italiano, artigo 444, item 1).

Não há o que se diga em reconhecimento expresso de culpa, mas sim uma admissão implícita de culpa, sem qualquer repercussão jurídica, como ocorre com a suspensão condicional do processo e a transação penal. Portanto, assim como no direito brasileiro, não constitui título executivo em favor da vítima, sequer eficaz no âmbito administrativo (Código de Processo Penal italiano, artigo 445, item 1).

Nesta hipótese, o acusado pode externar vontade expressa ou por meio de procurador com poderes especiais (Código de Processo Penal italiano, artigo 446, item 3), seja na audiência oral ou anteriormente por escrito (Código de Processo Penal italiano, artigo 446, item 2). É fundamental consignar que a negociação tem lugar até mesmo na fase investigatória, desde que o Ministério Público reconheça tal necessidade, de forma que o juiz designará audiência para apreciá-la (Código de Processo Penal italiano, artigo 447, item 1). Diz-se, no entanto, que a decisão que a defere tem natureza de sentença penal condenatória (Código de

³¹⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 57.

³¹⁹ A introdução do *patteggiamento* no sistema jurídico italiano ocorreu através da Lei n. 689/1981, artigo 77, quando o sistema processual vigente ainda era o inquisitório. Tal lei ficou conhecida como *Legge di depenalizzazione*. De acordo com Roberto Angelini, o artigo 77 prevê que o acusado, antes do começo do julgamento, poderia pedir ao juiz, caso o crime fosse punível em até dois anos de prisão, a aplicação de uma multa ou da medida da *libertà controllata*. Se o juiz concordasse (e o Ministério Público também), o arguido evitava o julgamento, o juiz declarava a extinção do processo e determinava a sanção substitutiva e a sua duração. Esse benefício, porém, não se podia obter mais que uma vez e, por isso, a sentença de extinção do processo por *patteggiamento* precisava ser anotada no registro criminal. (ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no direito italiano (o chamado *patteggiamento*). **Revista Julgar**, Coimbra n. 19, 2013. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 24 abr. 2019).

Processo Penal italiano, artigo 445, 1bis), por isso, é fundamental a necessidade óbvia de justa causa³²⁰.

Da mesma forma que o procedimento anterior, o papel do juiz consiste em controlar a legalidade do procedimento, além de avaliar a conveniência da pena pactuada à luz da conduta delituosa aparentemente cometida. O Código de Processo Penal italiano ainda afirma que cabe ao juiz observar a proporcionalidade entre a pena proposta e a imputação dirigida ao réu (Código de Processo Penal italiano, artigo 444, item 2). Em caso de análise, deve verificar as necessidades de prevenção geral, como também os limites impostos pela gravidade do fato e a culpabilidade do agente.

Tal modalidade implica em renúncia ao direito de recorrer. No entanto, em caso de a transação ser proposta exclusivamente pelo réu e autorizada pelo juiz, independentemente de concordância do Ministério Público (Código de Processo Penal Italiano, artigo 446), este poderá apelar da sentença (Código de Processo Penal italiano, artigo 448, item 2, primeira parte).

A abrangência do *patteggiamento* não se estende a toda e qualquer infração penal, tampouco a todo acusado. Ela ocorre no procedimento ordinário (durante a audiência preliminar) e nos ritos diretíssimo e imediato (antes de iniciada a audiência de instrução e julgamento), antecedendo, ainda, a apreciação do mérito pelo juízo (Código de Processo Penal italiano, artigo 446, item 2; artigo 448, item 1).

Em todos os casos, porém, observa-se que, apesar de a colaboração não integrar o rol de situações atenuantes a pena no Código de Processo Penal italiano, o artigo 62 deixa claro que o juiz pode considerar circunstâncias diversas que também justificariam a diminuição de pena. Com isso, a colaboração premiada é propagada como condição essencial à celebração dessas transações penais³²¹. Logo, quando da ausência de dispositivo especificando o benefício oriundo de determinada atenuante, era comum aplicar o artigo 65 do Código de Processo Penal italiano³²², pelo qual a prisão perpétua é substituída pela pena de reclusão, de 24 anos, e as

³²⁰ Conforme destacam William Pizzi e Mariangela Montagna: “Para proteger a independência dos juízes, a regulamentação legal da barganha impõe que, antes de aceitar o acordo, o julgador examine o lastro probatório para verificar a possibilidade de absolvição ao réu, ainda que ele tenha aceito a negociação”. (PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 429-466, 2004, p. 443). ”.

³²¹ BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália. Uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 88, jan.-fev. 2011.

³²² Segundo Luigi Ferrajoli, [...] por meio destes procedimentos é de fato introduzido no nosso ordenamento o discutido instituto da colaboração premiada com a acusação. Com o agravante de que ela não foi codificada abertamente, mediante a previsão de uma circunstância atenuante, mas de forma sub-reptícia, por meio de um mecanismo idôneo a incentivar os procedimentos acordados e desencorajar o juízo ordinário, com todo o seu sistema de garantias; que ela não é mais uma medida excepcional, conjuntural e limitada a determinados tipos de procedimentos, mas sim um novo método processual codificado para todos os processos; que, enfim, o benefício da pena não será concedido por um juiz no curso de um juízo público, mas pela própria acusação no curso de uma transação destinada a desenvolver-se em segredo. (FERRAJOLI, Luigi.

demais admitem redução de até um terço. Porém, com a promulgação da Lei n. 45, de 13 de fevereiro de 2001, artigo 6º, foi previsto que a colaboração seja caracterizada como atenuante especial.

Por isso, para ser aplicada, deve-se reunir notícias e provas que permitam reconstruir o fato em julgamento, além da revelação de outros crimes de maior gravidade e de grupos criminosos, a captura de delinquentes e a apreensão de bens decorrentes das infrações penais (Lei n. 82/1991, artigo 16-*quarter*, item 1, cumulado com o artigo 16-*quinqies*, item 1).

A colaboração ainda pode ser feita em favor do condenado que decida colaborar com o sistema da justiça, em troca de benefícios como o livramento condicional e a prisão domiciliar (Lei n. 82/1991, artigo 16-*nonies*, item 1).

3.1.6 A justiça negocial na Alemanha

Já conhecemos nos capítulos anteriores, de forma geral, as inspirações do legislador brasileiro ao instituir o direito premial como regra para implementar a colaboração processual. Notadamente, tomado pelos ensinamentos da legislação norte-americana e italiana, o legislador brasileiro procurou adaptar o sistema processual brasileiro à necessidade de implementar técnicas de obtenção de prova capazes de permitir um maior enfrentamento à criminalidade econômica.

Outro país que merece destaque no sistema de direito premial é a Alemanha³²³. Isto porque, no direito alemão, a discussão sobre a colaboração decorre da Lei de Entorpecentes e do Código Penal Alemão, inicialmente no §46b. Ali, verifica-se que o legislador teve o objetivo de oferecer um incentivo ao acusado para ajudar a esclarecer ou ainda impedir o cometimento de um delito³²⁴.

Assim, conforme destaca Robert Pest:

certas estruturas criminosas impenetráveis e caracterizadas por altas medidas de conspiratividade poderiam ser desvendadas, porquanto o legislador avaliou que os órgãos de persecução penal, agindo somente com medidas “externas” de investigação,

Direito e razão: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2014).

³²³ Pode-se dizer que o modelo processual penal alemão foi o pioneiro na regulamentação de hipóteses de oportunidade, entendida esta como mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública mesmo nas hipóteses de presença de justa causa. Ver: "O atual rol de exceções dos §§ 153 e 154 do Código de Processo Penal alemão constitui uma regulação taxativa dos rompimentos da regra da obrigatoriedade da acusação. Dessa forma, o já muitas vezes mencionado princípio da oportunidade está parcialmente introduzido no Código de Processo Penal alemão. Por intermédio desse princípio, a persecução penal é tornada dependente das ponderações de finalidade, especialmente daquelas de caráter político e econômico". (ART, Gunther; TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 196).

³²⁴ PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. Tradução de Luís Henrique Machado. **RDU**, Porto Alegre, v. 13, n. 74, 2017, pp. 30-51, mar.-abr. 2017, p. 3.

sem contar com o apoio de um dos integrantes da organização, não obteriam as informações necessárias sobre graves delitos.³²⁵

Apesar deste propósito, tal qual no Brasil, o instituto também foi alvo de críticas. Na Alemanha, discutiu-se, em demasia, o âmbito da atuação da colaboração premiada ser restrito a crimes mais graves. Para o Pest, assim como no Brasil, a “barganha dos órgãos de persecução estatal com o agente criminoso, algo indigno de um Estado de Direito, tendo em vista que a principiologia constitucionalmente consagrada está ancorada em penas justas e adequadas, não pode ser simplesmente comercializada³²⁶.”

O fato é que, conforme as observações de Máximo Langer:

(...) as delações premiadas, alemã, italiana, argentina e francesa, diferem substancialmente entre si por causa das decisões dos legisladores em cada um desses países, das diferentes maneiras em que a prática foi introduzida, e pela resistência gerada. Dadas as diferenças entre essas delações premiadas, a adoção de alguma forma de *plea bargaining* nestas jurisdições pode produzir diferentes transformações ou efeitos em cada jurisdição. Portanto, a potencial influência da *plea bargaining* americana em jurisdições de *Civil Law* poderá não ser que os sistemas de *Civil Law* irão gradualmente se parecer com o sistema legal americano, mas sim que eles poderão começar a divergir entre si em aspectos em que, até muito recentemente, eles têm sido relativamente homogêneos. Em outras palavras, o efeito paradoxal da influência norte-americana sobre os procedimentos penais da tradição *Civil Law* pode não ser a americanização, mas sim a fragmentação e a divergência dentro do *Civil Law*³²⁷.

Pode-se sustentar, portanto, que ao contrário da Itália, a Alemanha não teve a pretensão de importar práticas do *common law* de resolução de conflitos mediante acordos sobre a pena³²⁸.

Se na Itália, o ponto de partida foi a promulgação de um novo Código Processual em 1988, no país germânico, a virada do processo penal ocorreu silenciosamente e sem intervenção do Poder Legislativo, através de acordos informais, sem respaldo legal, abreviando processos e formalizando condenações criminais não documentadas³²⁹.

³²⁵ PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. Tradução de Luís Henrique Machado. **RDU**, Porto Alegre, v. 13, n. 74, 2017, pp. 30-51, mar.-abr. 2017, p. 4.

³²⁶ PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. Tradução de Luís Henrique Machado. **RDU**, Porto Alegre, v. 13, n. 74, 2017, pp. 30-51, mar.-abr. 2017, p. 04.

³²⁷ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. **Delictae**, Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 17 set. 2019.

³²⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XLIX, n. 147, p. 13-33, sep.-dic. 2016.

³²⁹ “El derecho a ofrecer pruebas está regulado de manera muy extensa y complicada en el ordenamiento procesal penal alemán, lo cual en manos de un buen defensor puede llegar a ser un arma que ponga en apuros y bajo presión a un juez. Es así que el Juez conjuntamente con el defensor (y negociando con el ministerio público) acuerdan recortar o incluso eludir el ofrecimiento de pruebas; y así cuando se logra la conciliación, el defensor promete renunciar a sus derechos de impugnación y al mismo tiempo el juez le promete una reducción de la pena, la cual ya fue negociada con anterioridad fuera de la sala de audiencias”. (HASSEMER, Winfried. **La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal: la medida de la Constitución México**: Ubijus Editorial, 2009, p. 21).

Conhecidos por *Absprachen*³³⁰, os acordos consistiam no acusado oferecer sua confissão em troca de o juiz garantir uma redução de pena ou até determinada suspensão. A garantia dos acordos residia, tão só, na confiança entre as partes³³¹.

No entanto, começaram a surgir diversos questionamentos, especialmente no tribunal, de forma que o Ministério Público era obrigado a formalizar a acusação por outros crimes, quando havia se comprometido a não fazê-lo, além da necessidade de informar aos demais acusados as negociações levadas a efeito com um corréu³³².

Assim, com o objetivo de harmonizar a prática dos acordos com os princípios do processo penal, a jurisprudência alemã tratou de estruturar as práticas negociadoras a partir de 1997, quando a decisão paradigmática do Tribunal Supremo Federal (BGH)³³³ fixou requisitos para os acordos criminais³³⁴ que, de forma geral, abrangem: i) a impossibilidade de a confissão justificar qualquer condenação; ii) publicidade das negociações; iii) voluntariedade; iv) proibição de renúncia ao direito ao recurso.

Já em 2009, sobrevém alteração legislativa no Código de Processo Penal (StPO, §257c³³⁵), o qual introduz o mecanismo de abreviação do processo, que praticamente não alterou o procedimento validado pela jurisprudência. Posteriormente, em 2013, o Tribunal Federal Constitucional Alemão (BverfG)³³⁶ confirmou a constitucionalidade abstrata da legislação mencionada: “(...) se atendidas na prática, as limitações previstas respeitam as garantias essenciais aos acusados e as premissas do processo penal germânico”³³⁷. Debruçando-se sobre requisitos e condições de validade dos pactos, a Corte Constitucional assentou: “(a) a

³³⁰ Fernando Fernandes alerta que este termo era mais utilizado por aqueles que combatiam os acordos informais, em contrapartida a “Vergleichen” ou “Verständigung”, eram apontados como eufemismos ao primeiro (FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 416).

³³¹ Vale dizer que o acusado não se declara culpado como no *plea bargaining*, mas formaliza sua confissão e esta é valorada pelo Tribunal como prova importante (embora não única) para a condenação. De acordo com Fernando Fernandes, “(...) por um lado implica uma aceitação plena ou limitada da acusação pelo inculcado, por outro, uma transigência na medida da pena pelo Ministério Público e Tribunal, contentando-se com uma sanção moderada, cuja medida se encontra num nível inferior àquele que se costuma atribuir ao delito concreto”. (FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 417). Além das fortes objeções acerca da própria compatibilidade dos acordos com o processo penal alemão e seus pilares constitucionais, a doutrina também atacava a ausência de transparência do processo de negociação. (TULKENS, Françoise. *Justiça negociada*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 697).

³³² DIAS, Leandro. Los acuerdos en derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Pensar el Derecho**, Buenos Aires, año 4, n. 6, pp. 195-244, 2015, pp. 208-209.

³³³ Oito anos mais tarde, em 2005, houve nova decisão ratificando a anterior.

³³⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XLIX, n. 147, pp. 13-33, sep./dic. 2016, pp.23.

³³⁵ “Nos casos adequados e conforme as regras dos seguintes parágrafos, o tribunal pode acordar com as partes a respeito do andamento e do resultado do processo”.

³³⁶ BverfG, 2BvR 2628/10, de 19/03/2013, parágrafos 1-132.

³³⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XLIX, n. 147, pp. 13-33, sep.-dic. 2016, pp. 27.

confissão deve submeter-se à regra de corroboração, ou seja, ser confirmada por outras provas, (b) o réu deve ser previamente informado do conteúdo do acordo e de suas consequências, e (c) as negociações devem ser públicas e documentadas nos autos do processo”.

No modelo alemão, as partes podem negociar e acordar sobre questões processuais e penais, uma vez que não há limites objetivos ou subjetivos à realização do *Absprachen*, que poderá abarcar negociações sobre o resultado do processo referente a crimes de qualquer natureza e gravidade, além dos atinentes a réus primários ou reincidentes. Aliás, o § 257c, 1 da StPO dispõe que “nos casos adequados” o tribunal e as partes poderão firmar acordos, sendo até objeto de crítica da doutrina, posto que não especifica tais casos, não se vinculando, portanto, a um direito subjetivo do acusado³³⁸.

Aliás, adverte Rodrigo da Silva Brandalise³³⁹, podem ser incluídos nos acordos diversos temas polêmicos: i) a colaboração premiada; ii) a desqualificação da acusação e questões atinentes à pena, como iii) a (des)necessidade da custódia; iv) admissão de provas/evidências tendentes a abreviar o processo, dentre outras. O acordo criminal, conforme prevê o §261 do StPO, não pode assegurar ao réu pena determinada, mas sim o montante máximo cabível, considerando a personalidade do acusado, da vítima e as circunstâncias do delito (princípio da culpabilidade).

De forma geral, pontuamos três importantes diferenças em relação ao sistema americano. Assim, ao invés do modelo estadunidense, os acordos alemães não tratam de *guilty pleas*, mas de verdadeiras confissões³⁴⁰, de forma que se torna mais fácil provar os fatos imputados através da confissão, com o acordo encurtando o processo³⁴¹.

Uma segunda diferença seria o fato de que, durante as negociações, o acusado já dispõe do acesso ao conteúdo da investigação preliminar, onde há revelação das provas produzidas, daí o acusado ter melhor conhecimento da demanda, diversamente do sistema estadunidense.

Um terceiro ponto, talvez o fundamental, reside no fato de que o juiz presidente da instrução é normalmente ativo, e de forma contundente participa nestes acordos e

³³⁸ ROLON, Dario Nicolas. Los acuerdos en el proceso penal según la Corte Constitucional Alemana, **Revista de Derecho Penal y Criminología**, año IV, n. 2, pp. 104-120, mar. 2014, p. 111. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar>. Acesso em: 16 set. 2019.

³³⁹ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 88.

³⁴⁰ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 80.

³⁴¹ Isso não implica que a confissão isoladamente possa servir como prova da condenação.

negociações³⁴². Segundo Máximo Langer, o juiz da instrução e a defesa, por representação do acusado, são os principais atores nas negociações.

Em razão destas diferenças, para Máximo Langer, é incorreto dizer que o mecanismo do *plea bargaining* estadunidense foi implementado na Alemanha, uma vez que há diferenças substanciais, as quais impedem a adoção do modelo da América do Norte. Na verdade, para que houvesse a criação do direito premial, dado que não havia poderes para mudar oficialmente outros aspectos do processo penal alemão, não foi incluído o conceito de *guilty plea*, de forma que o “juiz é um jogador ativo e mais poderoso no processo”³⁴³.

O procedimento da celebração do acordo ocorre em audiência, em atenção aos princípios da oralidade e da publicidade, com a advertência e orientação do réu acerca do alcance e das consequências de seu ato voluntário (§ 257c, 5), havendo, ainda, a possibilidade de recurso³⁴⁴.

3.1.7 O direito premial no processo penal brasileiro

Analizadas as bases políticas e econômicas que culminaram na utilização da delação premiada como meio de contenção da criminalidade e como o direito premial é utilizado nos Estados Unidos da América e na Itália, cabe entender como a justiça penal negociada foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro.

A discussão se dá em torno da tensão entre os princípios da obrigatoriedade com o da oportunidade. Segundo Claudio José Langroiva Pereira, “no direito brasileiro, o problema está em se reconhecer que, como já foi mencionado, podem subsistir sob um mesmo sistema, todavia de forma descompensada, o princípio da obrigatoriedade e o da oportunidade”³⁴⁵.

Assim, sob o preceito da justiça negocial, não se trata de um fenômeno muito recente. Pelo contrário. Para Marco Antonio Marques da Silva, foi com o advento da Lei dos Juizados Especiais³⁴⁶ que se introduziu a hipótese de justiça penal negociada. O fato é que, atualmente,

³⁴² LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o delito, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 17 set. 2019.

³⁴³ LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o delito, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 17 set. 2019, p. 82.

³⁴⁴ ROLON, Dario Nicolas. Los acuerdos en el proceso penal según la Corte Constitucional Alemana, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, n. 2, pp. 104-120, mar. 2014, p. 111. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar>. Acesso em: 16 set. 2019.

³⁴⁵ PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 63.

³⁴⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 59-60.

essa realidade foi ganhando corpo no Brasil, porque o Poder Judiciário brasileiro está “enforcado” pela quantidade de demandas que lhes são apresentadas³⁴⁷.

Contudo, a Lei n. 9.099/1995 oferece a possibilidade da justiça negociada apenas aos crimes de menor potencial ofensivo, vez que o próprio escopo da lei seria coibir o aumento dessa criminalidade. Ela trouxe, portanto, a possibilidade da transação penal e da suspensão condicional do processo. Enquanto a primeira seria literalmente uma proposta, em que se impõe ônus não maiores que a pena de forma imediata, sem importar na mácula de condenação e na abertura de um processo propriamente dito, na segunda, o representante do Ministério Público oferece condições vantajosas ao então investigado, denotando que realmente é um negócio jurídico.

Antigamente, discutia-se muito se a proposta era uma discricionariedade do Ministério Público ou se, do contrário, era um direito subjetivo do réu, que pode ser sustentado como direito subjetivo³⁴⁸. Isso, por si só, já demonstra a interferência da lógica processual penal brasileira na justiça negocial, ou seja, é um fenômeno de dupla-influência.

Sobre o tema, Renato Tavares de Paula pontua:

Note-se, no entanto, que mencionado acordo criminal é circunscrito às hipóteses de “menor potencial ofensivo”, ou seja, crimes que violem bens jurídicos de valor diminuto. Assim, são apenas beneficiários potenciais desses acordos os indivíduos que cometeram infrações penais de menor potencial ofensivo, as quais, para os efeitos desta Lei, são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, como previsto no artigo 61 da Lei n. 9.099/95³⁴⁹.

O incremento dessa atual lógica negociada se deu apenas com a Lei n. 12.850/2013, que, não só alargou o instituto da colaboração premiada, como também delimitou sua utilização como método de obtenção de prova em relação aos outros acusados.

Portanto, diz-se que a justiça penal negocial abrangeu dois universos da criminalidade: os dois extremos, a pequena e a grande, de forma que a criminalidade comum estaria fora do escopo da justiça penal negociada.

Em todo caso, temos ainda a colaboração premiada, que realmente potencializou a lógica negocial do processo penal brasileiro, conferindo ao Ministério Público a capacidade de oferecer condições negociais bem diversas às até então existentes. Buscou-se, com tal lógica,

³⁴⁷ PAULA, Renato Tavares de. A justiça criminal negocial nos crimes de média gravidade no Brasil. Reforço efetivo da política criminal e incremento funcional da eficiência do processo. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 314, jan. 2019.

³⁴⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 707.

³⁴⁹ PAULA, Renato Tavares de. A justiça criminal negocial nos crimes de média gravidade no Brasil. Reforço efetivo da política criminal e incremento funcional da eficiência do processo. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 314, jan. 2019.

não somente “desafogar” o Poder Judiciário, mas viabilizar uma melhora na elucidação da criminalidade complexa, ao mesmo tempo em que, conforme verifica Renato Tavares de Paula, a justiça negociada pode ou não vincular o júízo, sendo um grande perigo para o réu visto que a colaboração premiada tem como o pressuposto a confissão do acusado, enquanto os institutos despenalizadores não os têm³⁵⁰.

Desta forma, entende-se que o papel do magistrado em eventual procedimento negocial é verificar a legalidade do acordo no momento de sua homologação, fazendo o mesmo para resguardar os direitos fundamentais do acusado³⁵¹. Assim, caso o acordo não seja homologado, é possível sustentar que o juiz estaria contaminado pelo que tomou conhecimento em virtude deste acordo. A melhor solução será a suspeição do magistrado com eventual julgamento realizado por outro julgador³⁵².

³⁵⁰ MATOS FILHO, Renato de Souza. Do mensalão à Lava Jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no processo penal. In: **Boletim IBCCrim**, 302, jan. 2018. Como destaca Renato, “*A colaboração premiada não requer necessariamente a barganha, mas caso aquela seja realizada sem esta, o Juiz ou tribunal poderá deixar de conceder quaisquer benefícios ao condenado, principalmente em casos relacionados a organizações criminosas (vide Lei n. 12.850/13). Isso acontece porque somente o acordo de colaboração anteriormente homologado pelo Juiz (§ 7º do artigo 4º) vinculará a sentença (ou acórdão) às suas cláusulas negociais, as quais apenas podem ser alteradas ou desconsideradas pela judicatura em caso de irregularidade, ilegalidade, vício de vontade (artigo 171 do Código Civil) ou inadimplemento contratual (§ 11º do artigo 4º); assim entendeu, aliás, o Supremo Tribunal Federal na “Questão de Ordem na Petição 7074” (validação das delações de executivos da JBS), em 29/06/2017.*

A Lei n. 12.850/13, destarte, foi importante ao prever esse procedimento prévio de homologação do acordo pelo Juiz, capaz de garantir verdadeira segurança jurídica, mas a barganha e tal acordo entre o imputado e a promotoria já eram realizados desde a década de 90, tendo em vista o artigo 8º da Lei n. 8.072/90, dos crimes hediondos e equiparados, ainda que não houvesse naquela época, enfatize-se, real garantia de validade do acordo de colaboração firmado, o qual podia ser revisto ou simplesmente recusado pelo Poder Judiciário, à luz dos princípios da persuasão racional e da inafastabilidade da jurisdição.

(...) Todavia, no caso específico da transação penal e da suspensão condicional do processo, não se vislumbra uma necessária colaboração do imputado, o que nos leva a concluir que a barganha pode também existir sem a “colaboração premiada”, sendo, pois, dois institutos independentes e harmônicos.

Importa esclarecer ainda que, embora a Lei n. 12.850/13 seja especial, direcionada à debelação de organizações criminosas, o rito procedimental e processual nela previsto pode ser usado analogicamente no processo pertinente a outros crimes em geral, haja vista a lacuna legal atualmente existente, que deve ser devidamente colmatada em benefício do investigado/réu/condenado”(MATOS FILHO, Renato de Souza. Do mensalão à Lava Jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no processo penal. In: **Boletim IBCCrim**, 302, jan. 2018).

³⁵¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise da expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 138.

³⁵² SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 238.

4 A COLABORAÇÃO PREMIADA

Vimos outrora, que a lógica negocial não se trata de elemento recente somente no processo penal brasileiro. É uma tendência para tornar o processo penal mais célere, no qual o oferecimento de recompensas a denunciante de atividades ilícitas se torna uma poderosa arma no combate à criminalidade organizada. Juan Carlos Ortiz Pradillo pondera que este tem sido o procedimento do Estado com maior eficiência para a obtenção de informações desde o direito romano³⁵³.

O abandono das classes mais tecnicistas de investigação e repressão nasce de uma

perspectiva de prevenção e gerenciamento do risco penal, no que se convencionou chamar de Justiça Penal Colaborativa; onde de se simplesmente defender a inocência frente ao processo penal, conduz-se a investigação por novas abordagens do regime de informação na Justiça Penal, com consequências nem sempre desejáveis às liberdades pessoais³⁵⁴.

Conforme assinala Anabela Miranda Rodrigues, “a justiça negociada (...) reforça a ordem jurídica estadual. Ao tornar mais consensual, mais rápida e mais eficaz a reação social, reforça a sua função simbólica”³⁵⁵. Modernas técnicas de investigação são idealizadas para que o sistema processual penal possa dar respostas efetivas aos interesses da sociedade. Assim, nascem de um lado a celeridade e a concessão de prêmios para impulsionar esse novo “sistema”.

Neste contexto, a justiça penal negociada – conceito trazido pela *common law*, sobretudo o norte-americano – foi introduzida no Brasil na década de 1990 e, desde então, tem estendido seus tentáculos sob diversas formas.

Primeiro, de forma mais contundente na Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) e, por último, quando da instituição da colaboração premiada, enquanto veículo de produção probatória dirigida para obter informações privilegiadas sobre o funcionamento de uma criminalidade organizada³⁵⁶, ao passo que se concede ao colaborador um prêmio por sua atuação. Sobre este aspecto, Frederico Valdéz Pereira afirma que o prêmio deve ser “compreendido como um mal menor imposto ao indivíduo que, depois do cometimento de uma

³⁵³ ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada em España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, pp. 39-70, jan.-abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.3>. Acesso em: 26 out. 2019.

³⁵⁴ DINIZ, Eduardo Saad. Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa. In: DINIZ, Eduardo Saad; CASAS, Fabio; COSTA, Rodrigo de Souza (org.) **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015.

³⁵⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Celeridade e eficácia**: uma opção político-criminal. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra: Coimbra, 2003, pp. 39-67.

³⁵⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 81.

conduta punível pelo direito penal, realiza contraconduta colaborativa destinada a diminuir ou elidir a pena prevista para o ilícito originariamente cometido”³⁵⁷.

Neste aspecto, de uma forma geral, o instituto é alvo de críticas que abrangem tanto as várias questões em aberto acerca de seu *modus operandi*, especialmente pela forma como foi estabelecido pela Lei n. 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, mas também em relação à sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, naquilo que se refere especificamente ao sistema processual penal³⁵⁸.

À vista deste estudo, a colaboração premiada representa uma forma de instrumentalização de política criminal surgida a partir de um influxo relativo de maior eficiência no cumprimento das funções do sistema jurídico-criminal. Sob então paradigmas constitucionais, o tal influxo deve respeitar a irrenunciável tradição da prevalência dos direitos e garantias do processo penal, sobretudo tratando-se de uma vertente do Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras, para que tal instrumento seja analisado sob a ótica do ordenamento jurídico penal, deve obedecer ao valor fundamental da tutela da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal. São questões imprescindíveis, posto que a realidade revela que um acordo de colaboração premiada requer inúmeras discussões que, se alienadas, podem comprometer várias ofensas aos direitos e garantias do réu, seja colaborador ou delatado, de maneira a ferir drasticamente a tutela da dignidade humana, valor este intransponível.

Por este prisma, portanto, a partir da fundamentação político-criminal da colaboração premiada, analisaremos neste capítulo o regramento legal, o conceito, a competência, os sujeitos e o procedimento recém estabelecidos pela Lei n. 12.850/2013, enquanto expressão da justiça consensual no âmbito processual penal, para, ao final, apresentar vertentes necessárias na busca da efetivação máxima de garantias fundamentais na perspectiva do réu delatado, representadas aqui, de maneira geral, pelo contraditório, pela ampla defesa e pela presunção de inocência.

4.1 Regramento legal

A discussão na doutrina e na jurisprudência é mais proeminente na vigência da Lei n. 12.850/2013, quando sob a égide da Operação Lava Jato, foram constatados esquemas de

³⁵⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada** – legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 27.

³⁵⁸ Segundo Jacinto Coutinho e Edward de Carvalho, o o instituto ganha impulso também pela mídia, especialmente por meio de vazamento das informações. (COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, ano VI, n. 22, abr.-jun., 2006, p. 76).

corrupção envolvendo diversas esferas do poder governamental. Mas, evidentemente, o instituto da colaboração premiada não é recente.

No Brasil, a primeira previsão normativa foi apontada nas Ordenações Filipinas (1603-1867), a qual estipulava a necessidade de um livro específico para anotações das delações relacionadas aos crimes de falsificação de moeda³⁵⁹. Ainda neste contexto, destaca-se a ocorrência da colaboração processual utilizada pelo coronel Joaquim Silvério dos Reis, durante a Inconfidência Mineira, que, em troca de benefícios, como o perdão de suas dívidas com a Coroa Portuguesa, delatou o movimento e os colegas participantes, dentre os quais Joaquim José da Silva Xavier, apontando-o como chefe do movimento e condenando-o à morte por enforcamento pelo crime de lesa-majestade³⁶⁰.

No período do Regime Militar, também foi utilizado o instituto da colaboração para identificar e investigar aqueles que não concordavam com as ações governamentais. Medidas ou ações de inteligência foram usadas contra investidas terroristas, milícias e grupos ou organizações paraestatais que atuavam em desacordo com a política vigente de segurança nacional.

Sob a justificativa do avanço da criminalidade, houve a estipulação legislativa de premiar o participante da quadrilha que apontasse os demais componentes visando desmantelá-la, conforme observado pelo artigo 8º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/1990. Mais tarde, a partir da Lei n. 9.034/1995, houve a instituição, embora tímida, do instituto da colaboração premiada no que tange ao artigo 6º. Já com a Lei n. 9.807/1999, o instituto ganhou maiores regras, disciplinado pelos artigos 13 a 15 do mesmo diploma.

Não obstante tais regramentos, os legisladores também optaram por prever regras que garantiam o prêmio ao réu que colaborasse efetivamente com a investigação e o processo.

Pode-se citar, brevemente, oito hipóteses específicas contidas em legislação esparsas, nas quais há garantia de recompensa àqueles que fornecem informações contundentes sobre coautores específicos: nos crimes hediondos (artigo 8º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/1990), extorsão mediante sequestro (artigo 159, § 4º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.269/1996), crimes contra o sistema financeiro nacional (artigo 25º, § 2º, da Lei n. 7.492/1986, com redação dada pela Lei n. 9.080/1995), crimes contra a ordem econômica e tributária (artigo 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990, com redação dada pela Lei n. 9.080/1995), a atrair espécie própria de cooperação premiada, quando atrelados à formação de cartel, aplicável

³⁵⁹ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil** – evolução histórica. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 100.

³⁶⁰ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil** – evolução histórica. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 101.

também aos delitos licitatórios e à associação criminosa (artigos 86 e 87 da Lei n. 12.529/2011), lavagem de capitais (artigo 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998, com redação dada pela Lei n. 12.683/2012), entorpecentes (artigo 41 da Lei n. 11.343/2006) e organização criminosa (artigo 4º da Lei n. 12.850/2013).

Diversamente do ocorrido com os institutos da negociação penal, da transação penal e da suspensão condicional do processo, a depender da hipótese do fato criminoso e a extensão do auxílio do colaborador, a colaboração premiada permitia, via regramento legal, perdão judicial, como causa extintiva da punibilidade, *ex vi* do artigo 4º, *caput*, da Lei n. 12.850/2013 (crime organizado), do § 5º do artigo 1º da Lei n. 9.613/1998 (lavagem de dinheiro), do artigo 87, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 12.529/2011 (crimes de cartel), além do artigo 13 da Lei n. 9.807/1999; ou ainda, causa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando houver configuração de organização criminosa ou lavagem de dinheiro; causa de fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, se estiver relacionada ao crime de lavagem de capitais, ou de progressão de regime, na hipótese de organização criminosa, considerado o artigo 4º, § 5º da Lei n. 12.850/2013; pode ser entendida, ainda, como causa de redução da pena, sempre na fração de um a dois terços, presente em todas as hipóteses de delação premiada, exceto a pertinente à organização criminosa, em que o redutor é de até dois terços, de forma que se admita ainda a diminuição da reprimenda, em até metade, após a sentença penal condenatória, neste caso, atuando como incidente de execução penal, provisória ou definitiva (artigo 4º, § 5º, da Lei n. 12.850/2013).

Aliás, reconhecendo justamente os efeitos da colaboração premiada após a sentença, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do *habeas corpus* n. 127.483, manifestou-se:

(...) havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas ‘as medidas adequadas para encorajar’ formas de colaboração premiada (artigo 26.1 da Convenção de Palermo) e para ‘mitigação da pena’ (artigo 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador (...) ³⁶¹.

Por isso, a colaboração premiada se projeta na punibilidade do agente colaborador, no âmbito da aplicação da pena, podendo ainda ocorrer nos efeitos secundários de uma condenação criminal.

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-8-2015, DJe 4-2-2016.

Durante tal avanço legislativo, portanto, o instituto não abandonou sua essência. Foi cada vez mais normativizado como formas processuais previstas para impulsionar investigações em troca de redução de pena. Justamente, por este contexto, a Lei n. 12.850/2013, em seus artigos 4º ao 7º, tratou de definir, ao menos, regras mais claras para compatibilizar a necessidade deste meio de investigação moderno ao processo penal vigente. Sobre este tema, detalharemos mais adiante.

4.2 Conceitos, denominação, terminologia e natureza jurídica

Em primeiro lugar, importante distinguir o termo ‘colaboração premiada’ de ‘delação premiada’. Em síntese, a colaboração processual ou premiada implica em prestar informações, com o fim de obter alguma forma de benefício individual. Já a delação premiada³⁶² necessariamente resulta em denunciar outros participantes de uma organização ou seu *modus operandi* em troca de algum benefício. Sustenta-se, portanto, que a colaboração não implica necessariamente em delação. Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva afirmam que colaboração premiada é gênero e delação premiada, espécie.

No que tange ser premiada ou processual, Cezar Bitencourt e Paulo Busato³⁶³ afirmam que as expressões se equivalem, haja vista que o emprego da palavra “colaboração processual ou premiada” visa apenas disfarçar certa conotação antiética. Isso porque, independentemente das peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos, as expressões invocadas para definir tal instituto se baseiam na assunção da falência estatal para combater a criminalidade organizada³⁶⁴.

De toda a forma, conforme a avaliação de Cibele Benevides Guedes da Fonseca, a colaboração ou delação premiada pode ser definida como a “técnica especial de investigação que estimula a contribuição feita por um coautor ou partícipe de crime em relação aos demais, mediante o benefício, em regra, de imunidade ou garantia de redução da pena ou de concessão de liberdade³⁶⁵”.

³⁶² O nome delação passa a ideia de que, sendo alguém flagrado cometendo um delito, bastaria ao agente entregar o crime cometido por outrem, trazendo uma carga negativa de ordem ideológica e ética ao instituto, marcando posição de cunho pernicioso, além de não servir para identificar corretamente o conteúdo do instrumento; tampouco se enquadra na sua natureza e razão de ser, que abrange condutas cooperativas destinadas ao esclarecimento de delitos, à individualização dos seus autores ou à forma de atuação de organização criminosa, e ainda à recuperação total ou parcial do produto do crime, sem que haja a imputação de fatos a terceiros em duas dessas situações (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada** – legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 31-32).

³⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.

³⁶⁴ MANDARINO, Renan Posella. **Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). Unesp, Franca, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/143920>. Acesso em: 18 mar. 2019, p. 151.

³⁶⁵ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 5.

Sobre sua natureza jurídica, não há dúvidas de que se trata de um instituto de natureza processual penal, posto que integra processualmente fatores redutores de pena, desde que satisfeitos os critérios legais. Portanto, trata-se de um instituto de natureza personalíssima, cujo resultado funda-se na eficiência, de forma a se produzir o almejado êxito em investigações criminais.

Atualmente, o instituto está disciplinado no sistema jurídico brasileiro, de forma mais objetiva, através dos dispositivos da Lei n. 12.850/2013. Ali, é definido como um meio de obtenção de prova³⁶⁶ surgido através de um ato processual negocial, conforme sustentam Fredie Didier Jr. e Daniela Bonfim:

a colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição de interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado. (...) cuida-se, ainda, de contrato bilateral e oneroso³⁶⁷.

Em sentido diverso, ao entender que o Ministério Público não cede absolutamente nenhum direito ou bem seu, assinalam Humberto Dalla e José Roberto Mello Porto que “a colaboração premiada se trata de espécie de negócio jurídico *sui generis*, onde não seria de se falar em negócio jurídico propriamente dito, porque os celebrantes não podem predeterminar algo que não é de sua alçada³⁶⁸”, dado que a eficácia do acordo há de ser conferida pelo juiz, quando da sentença. Nesse sentido, ainda que seja considerado um negócio jurídico, ou seja, um contrato bilateral, o objeto da colaboração premiada pode se tratar de convenções processuais e materiais, nas quais poderão ser discutidas as garantias processuais relacionadas ao processo, como também o não exercício de determinadas garantias constitucionais, como o da não autoincriminação.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por intermédio do *habeas corpus* 127.483/2015, em julgado de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, sustenta:

a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente em lei como meio de obtenção de prova, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo penal criminal, atividade de natureza processual, ainda que agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração³⁶⁹.

³⁶⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

³⁶⁷ DIDIER Jr. Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada: natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público**, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 62, out.-dez. 2016.

³⁶⁸ DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. Os benefícios legais da colaboração premiada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, pp. 107-144, jan.-abr. 2018.

³⁶⁹ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26-08-2015, DJe 180, 10-09-2015.

Podemos compreender a colaboração premiada como um acordo, no qual o investigado negocia com a autoridade competente o recebimento de vantagens em troca de fornecer informações, documentos e outros elementos hábeis a apontar a dinâmica de funcionamento e de composição da organização criminosa a que pertencia.

A finalidade, portanto, é procurar conhecer e obter as provas contundentes para processar e julgar o crime organizado.

É como sustentam Paulo Wunder e Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: “visa a colaboração, então, alcançar algo diverso e além do simples reconhecimento da participação daquele agente na atividade ilícita, embora sem a sua contribuição fosse muito difícil a obtenção desses resultados pela usual investigação”³⁷⁰.

Não há processo na colaboração premiada. Muito embora seja esta uma afirmação um tanto radical, sua interpretação deve ser feita à luz do que consideramos como processo judicial. Evidentemente não existe possibilidade de se concretizar uma colaboração sem procedimento administrativo, sob a presidência de autoridade pública, com a formalidade de registros e o respeito à legalidade, seja na forma da própria lei instrumentalizadora da colaboração premiada no sistema jurídico brasileiro, seja na forma dos institutos jurídicos que regem a atuação de todos os agentes do Estado, do devido processo legal penal e, por evidente, a Constituição Federal de 1988.

Ocorre que a colaboração premiada não produz somente efeitos durante o negócio jurídico processual formulado entre o investigado e a autoridade competente. A sua finalidade principal decorre da participação do investigado ao longo da ação penal, fato que reflete diretamente na eficácia do negócio jurídico formulado.

Em outras palavras, é dizer que a colaboração premiada só será efetiva e eficaz se, em juízo, perante o contraditório e a ampla defesa (dos demais corréus), o colaborador puder cumprir com o compromisso negociado e, efetivamente, apontar e esclarecer sobre a participação dos demais membros da organização criminosa, indicando e apresentando provas que sustentam e corroboram tal acusação, tornando-se verdadeiro assistente de acusação ou uma espécie de “agente privado” a serviço do Estado.

A propósito, vale dizer que, no sistema jurídico brasileiro, as declarações dos colaboradores durante a ação penal têm verdadeiro conteúdo probatório de eficácia relativa. A

³⁷⁰ WUNDER, Paulo; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Colaboração premiada: justa causa para quê? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 148, pp. 283-318, 2018.

aferição da sua importância cabe ao juiz, no decorrer da ação penal competente, juntamente com outras circunstâncias e provas.

Neste contexto é aferida a credibilidade das palavras do colaborador/delator, junto às provas colhidas durante a fase investigatória e processual, de forma a conferir uma certa natureza à colaboração premiada. Gustavo Henrique Rigni Ivahy Badaró reconhece:

colaboração premiada é, tanto um meio de prova, no que diz respeito às declarações do colaborador e, portanto, diretamente valoráveis pelo Juiz, quanto um meio de obtenção de prova, a partir da necessidade de que sejam descobertos e levados ao processo outros elementos de corroboração da declaração hétero-incriminadora³⁷¹.

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo Busato afirmam que a colaboração premiada deve “situar-se, (...) em um patamar de mero indício probatório, o qual não sendo reforçado por outros elementos de convicção, não pode gerar, ele somente, qualquer classe de sustentáculo para a condenação”³⁷².

4.3 Competência e juiz natural

No que tange aos contornos da homologação, o ponto fundamental reside em quem seria a autoridade competente para realizar este ato processual, dado que a homologação reside no controle da regularidade, da legalidade e da voluntariedade do ato, devendo, portanto, ser vinculada perante o juiz natural. Isto porque, o Supremo Tribunal Federal, ao visar maior estabilidade ao instituto, atestou, nos autos do *habeas corpus* n. 127.483:

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.

Dessa indeclinabilidade do dever estatal, conforme aponta Máira Beauchamp Salomi, “decorre a importância de se obter a devida homologação do acordo, perante órgão judicial competente, com vistas a que referida decisão judicial produza seus regulares efeitos, conferindo eficácia ao acordo”³⁷³.

³⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Rigni Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do artigo 4º da Lei n. 12.850/13. *Revista Jurídica Consulex*. v. 443, 2015, p. 136 *apud* WUNDER, Paulo de A. **Justiça penal negociada: o processo penal pelas partes**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 113.

³⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

³⁷³ BEAUCHAMP SALOMI, Máira. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de. **Colaboração premiada**. São Paulo: RT, 2017, p. 153.

O Manual da Estratégia Nacional de Combate ao Crime Organizado e Lavagem de Ativos (ENCCLA) é contundente ao afirmar:

(...) deverá encaminhar, pessoalmente em caráter sigiloso, em invólucro lacrado e indevassável, os autos do acordo de colaboração à Vara para a qual foi distribuído o inquérito (cuja distribuição deve ser sempre prévia, a exemplo do que ocorre com os pedidos de quebra de sigilos e de interceptações telefônicas e telemáticas), a fim de que o Magistrado determine a sua autuação, registro e distribuição por dependência ao inquérito policial³⁷⁴.

Contudo, uma das principais dificuldades ao se estabelecer a competência para lidar com o acordo é a questão do foro privilegiado por prerrogativa de função.

Na Operação Lava Jato, no âmbito da Petição n. 5244, o Supremo Tribunal Federal fixou sua competência, em razão de autoridades com prerrogativa de foro perante aquela Corte. Segundo a cláusula fixada naquele acordo, os termos valerão em todo foro e instância que lhes fosse inferior, restando desnecessária a homologação perante outras instâncias³⁷⁵.

Ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, André Luís Callegari e Raul Marques Linhares afirmam que, caso sejam citadas, em colaboração premiada celebrada em instância superior, pessoas não detentoras de foro privilegiado por prerrogativa de função, os autos devem ser desmembrados e remetidos ao juízo competente.

Similar efeito tem a situação na qual, em âmbito de acordo de colaboração celebrado em instância inferior, é delatada pessoa que possui prerrogativa de foro, devendo ser encaminhados os autos ao juízo competente, o qual também deve realizar uma nova homologação do acordo.

Entende-se, contudo, que não necessariamente o tribunal deva julgar os agentes envolvidos que não possuam a prerrogativa de foro³⁷⁶.

Ressalva-se, ainda, que a própria verificação da existência de foro privilegiado por prerrogativa de função pode trazer complexidades. Afinal, de acordo com o julgado do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem da Ação Penal 937, “foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”. Portanto, em decorrência dos delitos praticados precisarem apresentar ligação com as funções desempenhadas, há uma avaliação subjetiva a ser realizada.

³⁷⁴ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>. Acesso em: 13 jul. 2019, pp. 9-10.

³⁷⁵ Acordo de colaboração firmado entre a Procuradoria Geral da República e Alberto Youssef (Cláusula 17, parágrafo único).

³⁷⁶ CALLEGARI, André Luis; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada**: lições práticas e teóricas – de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 86.

Assim, é possível que um magistrado de primeiro grau entenda que, mesmo sendo citado alguém com prerrogativa de foro, o feito continue sob sua competência, pois os crimes não estariam relacionados ao cargo.

Posteriormente, a instância superior poderia reconhecer a incompetência da inferior, fazer novamente o juízo de homologação, e encontrar vícios no acordo, anulando-o. Considerando que o feito poderia estar em estágio avançado, ou até mesmo já julgado, observa-se novamente alta insegurança jurídica.

De toda a forma, pode-se dizer, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, que “a competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador, que não sejam conexos com os fatos objeto da investigação matriz, dependerá do local em que consumados, da sua natureza e da condição das pessoas incriminadas (prerrogativa de função)”.

Desta maneira, a Corte firmou posição:

(...) ainda que válidos os elementos de informação trazidos pelo colaborador, relativamente a outros crimes que não sejam objeto da investigação matriz, há que se ressaltar que o acordo de colaboração, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência. Vale dizer: ainda que o agente colaborador aponte a existência de outros crimes e que o juízo perante o qual foram prestados seus depoimentos ou apresentadas as provas que corroborem suas declarações ordene a realização de diligências (interceptação telefônica, busca e apreensão etc.) para sua apuração, esses fatos, por si sós, não firmam sua prevenção.

Dessa maneira, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça, diz-se:

a existência de declarações, por colaborador, em acordo de colaboração premiada e nas quais há menção a nome de autoridade com foro por prerrogativa de função, não tem o condão de firmar a competência do órgão hierarquicamente superior quando se refira a fatos distintos daqueles objetos de investigação, como no caso dos autos.

Esta a razão pela qual se conclui que, em se tratando de fatos criminosos diversos sobre localidades também diferentes, há necessidade de dupla decisão homologatória, ou seja, do juiz que inicialmente acolheu a proposta de colaboração, como daquele que está constitucionalmente associado para julgar e processar aquele fato delatado.

4.4 Atores

4.4.1 O colaborador/delator

Após o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.508 pelo Supremo Tribunal Federal, o ponto de maior tensão foi analisar as funções de cada parte nos

processos de colaboração premiada. Isto porque, de acerto, para a realização da justiça criminal negocial, as ações devem ser essencialmente delimitadas a partir das funções constitucionais submetidas a cada órgão.

Nesse sentido, analisaremos o papel de cada personagem, além de indicar inúmeras tensões envolvendo um direito à colaboração, por exemplo. Aqui, serão verificados os direitos e as garantias fundamentais do colaborador, as funções do Ministério Público e do delegado de polícia, a atuação do magistrado e, principalmente, os direitos e garantias concedidos ao acusado delatado.

A colaboração premiada, enquanto declaração, nada mais é do que depoimento de um corréu revelador de indícios de autoria e de materialidade criminosa, que, por si só, não serve à condenação de quem quer que seja. A Lei n. 12.850/2013 é expressa, em seu artigo 3º, ao defini-la como instrumento de obtenção de provas, assim como o são a ação controlada, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas e o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, previstos nos incisos do referido artigo. Trata-se de meio extraordinário para chegar a provas no que diz respeito a delitos praticados.

A questão cinge-se, portanto, na identificação do colaborador. Para este trabalho, pode ser colaborador aquela pessoa física que comete crimes omissivos ou comissivos.

Nesse sentido, o acusado, como potencial colaborador, é o elemento central do procedimento negocial, conforme argumenta Vinicius Gomes de Vasconcellos:

o acusado, potencial colaborador, é o elemento central do mecanismo negocial. Todo o sistema é desenvolvido a partir da sua importância. Por um lado, o Estado apresenta seu interesse para suprir insuficiências e dificuldades investigativas, oferecendo-lhe benefícios em troca de sua cooperação para obtenção da confissão e de seus privilegiados conhecimentos. Por outro, os demais imputados temem a atuação abusiva do colaborador, pressionado por arbitrariedades estatais ou por intenções ilegítimas de obter a melhora de sua situação a qualquer custo, inclusive com incriminações não fundamentadas. Observa-se, então, uma forte tensão entre o direito do delator ao benefício (se presentes os seus pressupostos e requisitos), o que é incentivado pela postura estatal, e a proteção do direito de defesa e do contraditório aos demais imputados³⁷⁷.

Logo, por consequência da segurança jurídica do acordo, a justiça criminal negocial deve garantir ao réu colaborador segurança em âmbito jurídico destinada a assegurar previsibilidade na sua conduta, de modo que a prestação de efetiva cooperação resulte no benefício acordado, na efetividade no cenário processual, de forma a criar mecanismos para evitar ao máximo indevidas pressões que corrompam a sua voluntariedade para aceitar ou não

³⁷⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, pp. 81-82.

o acordo; e, sob o aspecto extraprocessual, garantindo sua integridade física em relação a eventuais ameaças³⁷⁸.

Justamente por isso, em seu artigo 5º, a Lei n. 12.850/2013 estabeleceu mecanismos que visam efetivar essa segurança, de forma a tratar o tema como medidas de proteção à figura do colaborador, tal qual ocorre com as vítimas e as testemunhas (Lei n. 9.807/1999).

Porém, o ponto maior de tensão reside na questão de se qualquer acusado pode requerer o direito à colaboração premiada.

Parcela considerável da doutrina³⁷⁹ sustenta que o oferecimento da proposta de acordo é um ato discricionário do proponente, o que afastaria a sua concepção de se tratar de direito subjetivo do acusado ao acordo³⁸⁰. Sua justificativa reside no fato de que o proponente deve verificar a adequação da colaboração ao caso em concreto à luz da estratégia investigativa e da persecução penal, sem ao menos deixar de lado a repercussão do fato³⁸¹. É como afirma o manual de colaboração premiada da ENCCLA³⁸² ao sustentar categoricamente a não obrigatoriedade da autoridade policial e/ou do Ministério Público a oferecer a colaboração³⁸³.

Em que se pese tal argumentação, relevante o posicionamento de Vinicius Gomes de Vasconcellos:

a lógica da justiça criminal negocial, para reduzir (o quanto e se for possível) as possibilidades de abusos, deve se pautar por critérios objetivos e previstos na lei, o que finda por vincular a decisão do promotor, como membro do Ministério Público. Nesse sentido, cumpre, inclusive, ressaltar a necessidade de estabelecimento de normativa interna ao órgão acusatório, com a determinação de orientações firmadas pelos órgãos superiores do Ministério Público, de modo a uniformizar a atuação de seus membros.³⁸⁴

Assim, se no caso concreto forem atendidos os critérios previstos na Lei n. 12.850/2013, não se permite a discricionariedade da decisão de se recusar a colaboração ao acusado, salvo se a colaboração não for efetiva.

³⁷⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 82.

³⁷⁹ SOUZA, Mariana Mei de. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016, p. 52.

³⁸⁰ “Não se trata o instituto em exame de um direito do imputado, mas sim de um meio de prova extraordinário, que por ter o potencial de violar garantias constitucionais, deve ser reservado àquelas situações tidas pela lei como de maior reprovabilidade penal e complexidade”. (LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p. 180). Ver também: COURA, Alexandre C.; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 105, v. 969, jul. 2016, pp. 151-152.

³⁸¹ SOUZA, Mariana Mei de. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016, p. 52.

³⁸² Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>. Acesso em: 09 ago. 2019.

³⁸³ Nesse sentido, poder-se-ia identificar a quebra do princípio da indisponibilidade/obrigatoriedade da ação penal.

³⁸⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 82.

Assim, igualmente ao ocorrido no direito penal premial, pensa-se que a postura do acusador em relação ao aceite ou à recusa do acordo não é discricionária, mas vinculada aos pressupostos e aos requisitos legalmente definidos.

A decisão de não oferecer o direito ao pretense colaborador, portanto, deverá ser motivada, podendo ser controlada internamente no órgão ministerial ou externamente pelo judiciário. Para esta concepção, se a negativa for considerada ilegítima, medidas deverão ser tomadas pelo julgador para assegurar o direito do colaborador ao acordo e, ao mesmo tempo, o benefício, se e somente se a colaboração for efetiva e o caso compatível com os critérios de admissibilidade.

4.4.2 O Ministério Público e o Delegado de Polícia

O artigo 4º, § 6º, da Lei n. 12.850/2013, não deixa dúvidas de que

o Juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Assim, sob *prima facie*, tanto o delegado de polícia quanto o Ministério Público possuiriam legitimidade para propor o acordo. Vinicius Gomes de Vasconcellos ressalta que o termo proponente decorre do sentido de caracterizar o polo do ator público acusatório da delação. Não há qualquer impedimento para que o primeiro contato, visando às negociações para eventual acordo, se dê pela defesa³⁸⁵. Há quem sustente ainda, como Mariana Mei de Souza³⁸⁶, que determinados casos, especialmente na revisão da decisão do promotor, quando da ocorrência de exceção à regra da obrigatoriedade da ação penal, que os sistemas de controle interno, como as Câmaras de Revisão do Ministério Público, reforcem ou não o entendimento do promotor do caso.

De certo, a questão do ator fundamental à colaboração premiada, após o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 5.508 pelo Supremo Tribunal Federal, deixou ainda mais tensão no debate de quem será o responsável para propor o acordo. Alguns afirmam, tendo em vista que o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública, que somente

³⁸⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 82.

³⁸⁶ SOUZA, Mariana Mei de. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016, p. 64.

ele poderia negociar e propor acordos de natureza penal³⁸⁷. Em regra, e na prática, o acordo será proposto pelo titular da ação penal, o representante do Ministério Público³⁸⁸, desde que o mesmo esteja estritamente vinculado aos pressupostos e requisitos legalmente definidos. Isto significaria que não há espaço para discricionariedade.

Porém, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 5.508, decidiu-se, por maioria, que a formulação de proposta de colaboração premiada pela autoridade policial como meio de obtenção de prova não interfere na atribuição constitucional do Ministério Público de ser titular da ação penal e de decidir sobre o oferecimento da denúncia. Assim, é constitucional a possibilidade de delegados de polícia realizarem acordos de colaboração na fase de persecução penal³⁸⁹.

Afirma-se, com base neste entendimento, que o delegado pode figurar como agente capaz de obter informações sobre a vontade do acusado em colaborar e, quando necessário, iniciar as negociações.

É conforme destaca Frederico Valdez Pereira, que a partir de raciocínio semelhante aos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux, afirma “a autoridade policial poderá iniciar as tratativas direcionadas a verificar o interesse na colaboração e, em seguida, representar ao membro do Ministério Público para que este conduza a formalização do acordo, encaminhando-o para a postulação judicial³⁹⁰”.

4.4.3 O juiz

Vimos nos capítulos anteriores que os princípios do juiz natural e da imparcialidade jurisdicional são alguns dos principais dogmas do Estado de Direito. Isto porque, sob o prisma de uma Constituição Federal que apresenta significativos direitos e garantias fundamentais, o Estado deve, à luz da persecução penal, preservar todos os direitos inerentes a um julgamento justo ao acusado. Nesse sentido, sobretudo quando ocorreu a divulgação dos diálogos entre o magistrado da Operação Lava Jato e os membros da Força Tarefa da Procuradoria da República

³⁸⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**, v. 4, 2013, p. 14; BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 122-124; FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa C. V. C. **Colaboração premiada**: contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, pp. 146-154; PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 856-858; DEMERCIAN, Pedro H. A colaboração premiada e a lei das organizações criminosas. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 9, n. 1, jan.-jun. 2016, pp. 75-76.

³⁸⁸ Aqui, leia-se aquele que ora tem prerrogativa de função, ou ainda aquele que tem delegação para tanto, conforme cláusula 16 do acordo homologado na Petição 5.244 do Supremo Tribunal Federal.

³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.508, Min. Rel. Marco Aurélio, Ata n. 18, de 20/06/2018. DJE n. 125. Divulga 22-06-2018.

³⁹⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada** – legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 132.

no Paraná, uma das questões cruciais reside no fato de qual seria a função daquele julgador num cenário de justiça criminal negocial, ao sugerir acordos de colaboração com um ou outro corréu.

Com efeito, a lei é clara e estabelece burocraticamente que a atuação do juiz deve ser formal³⁹¹, de maneira a não participar das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo³⁹². O magistrado deve tão somente homologá-lo se comprovadamente regular, legal e voluntário, desde que seja, de qualquer forma, ouvido o colaborador, na presença de seu advogado. Dessa forma, o juiz, conforme afirma Vinicius Gomes de Vasconcellos, “precisa se consolidar como um ator garantidor das regras do devido processo e dos direitos fundamentais dos acusados, conforme orientação constitucional e convencional”³⁹³. Dessa forma, diz-se que o papel do juiz é de proeminência quando da homologação e do sentenciamento. Ou seja, é nesta fase que o magistrado deve vincular-se aos termos do acordo anteriormente homologado.

Se, por qualquer forma, o magistrado atuar diretamente na negociação ou, ainda, na escolha de um determinado agente que seria capaz de obter uma maior eficácia colaborativa, sustenta-se que tal situação

acarreta violação à sua imparcialidade e à presunção de inocência do acusado em razão de discussões sobre o lastro probatório existente no momento inicial da instrução e da situação do réu no processo, além de intensificar o poder de coerção estatal para forçar a realização da barganha³⁹⁴.

Posto que, conforme afirma Bernd Schünemann,

(...) deve ser estatuída uma incompatibilidade entre o Juiz que conduz o procedimento de acordo e aquele que, em caso de o acordo não ser aceito, conduzirá a audiência de instrução e julgamento. Apenas nesse caso o acusado pode estar seguro de que possui

³⁹¹ Vide artigo 4º, §§ 6º e 7º da Lei n. 12.850/2013; DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Justiça consensual e tutela dos direitos individuais. **PHRONESIS** – Revista do Curso de Direito da FEAD, n. 4, jan.-dez., 2008, p. 72; LOPES JUNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 118.

³⁹² COURA, Alexandre C.; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 105, v. 969, jul. 2016, pp. 150-151; TORTATO, Moacir R. O papel do juiz na delação premiada. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-Grossense**, v. 5, jan.-dez. 2017, p. 302. Além de questionável em suas premissas, superada a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal em julgado anterior à Lei n. 12.850/2013, que afirmava a não configuração de violação à imparcialidade do magistrado em caso de intervenção probatória em procedimento de delação premiada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 97.553/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16-06-2010).

³⁹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise da expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCrim, 2015, p. 136.

³⁹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise da expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCrim, 2015, p. 138; ROSA, Alexandre M. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 294; SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014, p. 66; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 219.

a faculdade de recusar a oferta de acordo sem qualquer efeito psicológico-processual negativo³⁹⁵.

O papel do magistrado é tão só a validação da negociação, conforme observa Alexandre Moraes da Rosa³⁹⁶, de maneira que nem mesmo caberia ao juiz avaliar o mérito das declarações do colaborador³⁹⁷. Cabe, por outro lado, conforme acentuou Antônio Santoro, a realização de um juízo prévio de tipicidade para homologar a proposta de colaboração premiada³⁹⁸, de forma a existir, ao menos, verossimilhança daquilo que o colaborador apresenta aos investigadores³⁹⁹. De todo modo, considerando a possibilidade de tensionamento entre o posicionamento e a tentação do juiz em querer incidir nas declarações do colaborador, Vinicius Gomes Vasconcellos entende que seria ideal o juiz homologador ser distinto do juiz que realizará o sentenciamento⁴⁰⁰.

Outro ponto de destaque sobre a atuação do julgador reside na possibilidade ou impossibilidade de o juiz, no momento da sentença, vincular-se aos termos do acordo homologado⁴⁰¹. Em alinhamento ao posicionamento do Manual da ENCCLA⁴⁰², Gustavo Henrique Rigni Ivahy Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini⁴⁰³ afirmam: “mesmo com o

³⁹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 238.

³⁹⁶ ROSA, Alexandre M. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 287.

³⁹⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**, v. 4, 2013, p. 24.

³⁹⁸ SANTORO, Antônio E. R. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei n. 12.850/2013. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação premiada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, pp. 464-465.

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127.483/PR, Trib. Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-08-2015, p. 119. Sobre o tema, alguns sustentam que a tal verossimilhança pode contaminar o juiz, quando da decisão homologatória, ao passo que poderia haver o contato com os elementos probatórios. Nesse sentido, são os ensinamentos de Heloisa Estellita. (ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. **Boletim IBCCrim**, v. 17, n. 202, set. 2009, p. 3; DEL CID, Daniel. A homologação dos acordos de colaboração premiada e o comprometimento da (justa) prestação jurisdicional. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 23, n. 275, nov. 2015, p. 16; FEROLLA, Guido; FRANCISCO NETO, João. As mazelas da colaboração premiada. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação premiada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, pp. 180-181; MARTINELLI, João Paulo O. Delação premiada: uma realidade sem volta. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação premiada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 241.

⁴⁰⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 96; SANTORO, Antônio E. R. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei n. 12.850/2013. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação premiada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 468; AMORIM, Adriana Pinheiro. Perspectivas da delação premiada: limites e desafios. In: **IASP/CIEE**. Aspectos penais controversos da colaboração premiada. São Paulo: IASP, 2016, pp. 339-340; DEL CID, Daniel. A homologação dos acordos de colaboração premiada e o comprometimento da (justa) prestação jurisdicional. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 23, n. 275, nov. 2015, p. 17.

⁴⁰¹ Adverte Antonio Scarance Fernandes que a vinculação do juiz ao acordo é a tendência nas legislações europeias continentais sobre mecanismos consensuais (FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005, p. 258).

⁴⁰² Disponível em: www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view. Acesso em: 13 jul. 2019, pp. 9-10.

⁴⁰³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 170.

posicionamento do Ministério Público no sentido de que a colaboração foi efetiva para a persecução penal, o Juiz poderá entender de maneira diversa e deixar de aplicar os seus efeitos jurídicos”⁴⁰⁴.

Nesse sentido, portanto, a homologação do acordo não geraria direito subjetivo algum aos pactuantes – seja ao colaborador, seja ao delegado de polícia ou ao Ministério Público. Diversamente, entretanto, parcela considerável na doutrina entende que, se cumpridas as cláusulas e realizada a efetiva colaboração, o julgador deve conceder o benefício máximo consentido pelas partes, de forma a ficar vinculado ao acordo no momento da sentença⁴⁰⁵.

E, por tal razão, o juiz sentenciante fica vinculado ao acordo homologado, ainda que por outro magistrado, podendo, apenas, ser revisto por outro magistrado em grau superior quando se discutir a legalidade ou a anulabilidade do ato de homologação. É o que observam José Gomes Canotilho e Nunes Brandão:

homologando o acordo, o Juiz não se limita a declarar a sua validade legal, mas também, de certo modo, assume um compromisso em nome do Estado: ocorrendo a colaboração nos termos pactuados e sendo ela eficaz, em princípio devem ser outorgadas ao réu colaborador as vantagens que lhe foram prometidas⁴⁰⁶.

A vinculação se direciona ao mínimo do benefício a ser concedido pelo juiz, ao passo que, concretamente pode ser determinada redução de pena maior. Vale acrescentar que não impõe em condenação necessária ao colaborador, já que há necessidade de corroboração por outras provas⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 454; RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. In: **Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal**. Estudos de processo penal. São Paulo: Scortecci, 2011, p. 183; TASSE, Adel El. Delação premiada. **Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, v. 3, n. 5, pp. 269-283, 2006, p. 280; D’URSO, Luiz Flávio B. Delação premiada: proibição para quem está preso. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 11, n. 66, 2015, p. 65; SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 84.

⁴⁰⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 63; OSÓRIO, Fernanda C.; LIMA, Camile E. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei n. 12.850/2013. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo (org.). **Processo penal e garantias**. Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 161; PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada – legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 147; MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**, v. 4, 2013, pp. 30-31; GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 283; MARQUES, Antonio S. P. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 60, 2014, p. 55; JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação premiada**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 35.

⁴⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, ano 25, pp. 133-171, jul. 2017, p. 150.

⁴⁰⁷ “Caso ao final da persecução penal não se tenha obtido prova suficiente para condenar o imputado colaborador – ou seja, não obstante tenha ele confessado, não se tenha conseguido provar materialidade e autoria – deve, em virtude do *in dubio pro reo*, ser decretada a absolvição, uma vez que a confissão não possui valor absoluto, devendo ser corroborada pelas demais provas do processo, nos termos do artigo 197, do Código de Processo penal”. (LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p. 97). A propósito, na Itália, como destaca Vinicius Gomes de Vasconcellos, em decisão da Corte Constitucional, afirmou-se que o acordo não afasta a responsabilidade do juiz de ponderar sobre a culpabilidade do

A despeito da atuação do juiz, é possível discutir a natureza da decisão que avalia a efetividade do instituto da colaboração premiada. Isto porque, após a homologação e a execução de seus termos na fase processual, o juiz analisará durante a sentença a efetividade da colaboração prestada pelo imputado, de forma a que, se houver a cooperação efetiva, nos termos acordados, configura-se direito subjetivo do colaborador ao prêmio⁴⁰⁸. A propósito, o Supremo Tribunal Federal decidiu no *habeas corpus* n. 127.483: “caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiais estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial⁴⁰⁹”. E, por efetividade, não se confunda com uma obrigação de resultado. Conforme sublinha Walter Bittar, “se está diante de um direito subjetivo do delator que não pode ser conectado a um eventual insucesso dos investigadores ou acusadores⁴¹⁰”, salvo quando existir previsão de resultado ou cláusula de efetividade acordada.

Desta forma, se cumpridos integralmente os termos firmados no acordo de colaboração premiada, ao juiz não cabe alternativa a não ser conceder os benefícios nele previstos, aos quais se vinculou com a decisão de homologação⁴¹¹. Posição contrária é a de Marcos Paulo Dutra, o qual afirma que o juiz não é necessariamente obrigado a conceder aquele prêmio firmado no acordo homologado, podendo conceder outro mais bem adequado ao caso concreto⁴¹².

delator diante da presunção de inocência. (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 15, jan.-jun. 2015, p. 446).

⁴⁰⁸ BITTAR, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). **Delação premiada**. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 181; BRITO, Michelle B. **Delação premiada e decisão penal**: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 31; PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada** – legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 146; GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 249; MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**, v. 4, 2013, p. 31; SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 83; MATTOS FILHO, J. Mauricio C.; URANI, Marcelo F. Aspectos críticos da colaboração premiada. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe C. (org.). **Delação premiada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 331; PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 871; BECHARA, Fábio R.; SMANIO, Gianpaolo. Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira. **Caderno de Relações Internacionais**, v. 7, n. 13, ago.-dez. 2016, p. 288. Conforme Marcos Paulo Dutra Santos, “o colaborador terá direito público subjetivo à premiação, mas a benesse é de escolha privativa do Juízo, afinal as partes não podem negociar o que não dispõem – pena e perdão judicial submetem-se à reserva de jurisdição”. (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, jan.-abr. 2017, p. 154). Tal posição, contudo, é contraditória, pois esvazia por completo o direito subjetivo por ela afirmado, ao passo que o julgador poderia conceder uma redução ilusória, alegando estar respeitando tal direito.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-08-2015, p. 63.

⁴¹⁰ BITTAR, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). **Delação premiada**. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 181.

⁴¹¹ “(...) uma vez reconhecido em concreto o preenchimento dos requisitos da colaboração, servindo os depoimentos do agente para subsidiar a atuação da autoridade policial ou do órgão de acusação no juízo criminal, cumprindo o colaborador com os compromissos assumidos anteriormente, o agente passa a ter direito subjetivo à concessão do benefício, não podendo haver aí discricionariedade ao Ministério Público ou ao magistrado”. (PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada** – legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 146).

⁴¹² SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 83-84.

Aliás, importante frisar que o juiz deve fundamentar adequadamente a escolha de um ou outro benefício para a real incidência, posto que, conforme afirma Maria Elizabeth Queijo,

não são admissíveis expedientes e mecanismos legais tendentes a sujeitar a incidência dos benefícios ao arbítrio da autoridade, com base na avaliação subjetiva da colaboração prestada pelo acusado ou mesmo de sua personalidade, gravidade e repercussão do fato, porque se revestem de caráter insidioso⁴¹³.

4.4.4 Os corréus delatados

O ponto de maior tensão deste trabalho reside inicialmente nestes questionamentos que serão melhor desenvolvidos posteriormente. Em linhas gerais, deve-se analisar, neste momento, a posição dos corréus delatados. Ao mesmo tempo em que são definidos como terceiros, ora alheios ao acordo firmado entre o colaborador e o órgão acusatório, é fato que são verdadeiramente alvos da imputação da acusação.

Justamente por isso, por ocuparem posicionamento ainda nebuloso, são os primeiros a sofrerem as consequências da versão apresentada pelo colaborador. Embora exista o direito ao confronto pelos coimputados, especialmente, no que tange ao exame das declarações, há diversas questões que incidem maior análise, sobretudo como o direito ou não de impugnação na formalização do acordo, ou ainda as garantias constitucionais que restringem a publicidade.

De toda a forma, para que possamos cindir a análise a este capítulo, cuidamos apenas de especificar como a lei confere aos corréus a preservação de garantias que teriam enfoque na presunção de inocência.

Conforme visto em capítulos anteriores, o acordo de colaboração premiada, assim como sua negociação e homologação, deve ser realizada entre as partes processuais, cada qual na sua esfera de atribuição. Estas fases devem se dar à luz da Lei n. 12.850/2013 sigilosas até o momento de recebimento da denúncia, quando do caso em discussão. Dessa forma, subentende-se que os coacusados somente poderão conhecer as declarações do colaborador a partir do início formal da ação penal.

Entretanto, esta não tem sido a regra. Discute-se cada vez mais qual seria a implicância de, por exemplo, a divulgação pública dos termos de colaboração antes mesmo da existência da homologação judicial ou, ainda, quando havendo homologação judicial, sem ainda a propositura de denúncia, torna-se pública a versão apresentada pelo colaborador.

⁴¹³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 258.

Ao analisar a possibilidade da impugnação de um acordo de colaboração premiada, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* n. 127.483 sustentou que o acordo de colaboração, enquanto negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado, não atinge diretamente sua esfera jurídica. Para a Corte Constitucional, não existe repercussão na esfera jurídica do coacusado, no momento inicial da colaboração, restando inviável a impugnação do acordo, por falta de interesse e legitimidade⁴¹⁴:

(...) a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas – o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração⁴¹⁵.

Até então afirmava a Corte Constitucional que a formalização e a homologação do acordo não acarretava prejuízo aos corréus, dado que o julgador não ingressaria no mérito da questão e não conferiria idoneidade às declarações do delator; os coacusados poderiam exercer suas defesas posteriormente, no contraditório judicial sobre as declarações ou provas indicadas pelo colaborador; as declarações do delator não seriam provas suficientes para fundamentar, por si só, a condenação; e que eventual desconstituição do acordo não acarretaria consequências a terceiros, ou seja, não impediria a valoração de eventuais provas produzidas em prejuízo dos corréus, de maneira que não há interesse na impugnação do pacto.

Ocorre que, recentemente, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes⁴¹⁶ salientou a necessidade de o Tribunal Constitucional rever sua posição:

apesar de ser um negócio jurídico personalíssimo, Gilmar Mendes salientou que o acordo acarreta impactos gravosos em eventuais corréus delatados, bem como em interesses coletivos da sociedade, em razão dos benefícios concedidos. Para ele, o fato de os acusados poderem se defender das alegações dos delatores não esvazia a necessidade de controle da legalidade do acordo. Em caso de ilegalidade manifesta, frisou o relator, o Judiciário deve agir.

⁴¹⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 130. Vale dizer que o Supremo Tribunal Federal inadmitiu Ação Popular que pretendia o reexame da homologação. Conforme a decisão, “o Supremo Tribunal Federal – por ausência de previsão constitucional – não dispõe de competência originária para processar e julgar as ações populares a que se refere o artigo 5º, LXXIII, da Carta Política, ainda que ajuizadas contra os seus próprios Ministros, ou o Procurador-Geral da República, ou o Ministério Público Federal, ou, até mesmo, quando promovidas contra qualquer outro órgão ou autoridade, inclusive o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e os Tribunais Superiores da União”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Dec. Mon. na Med. Caut. na PET 7.054/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08-06-2017).

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127.483/PR, Trib. Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-08-2015, p. 40. Ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgReg. na Rcl 21.258/PR, 2ª T., Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15-03-2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 3.983/DF, Trib. Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 03-03-2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 3.979/DF, 2ª T., Rel. Min. Teori Zavascki, j. 27-09-2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Dec. Mon. *Habeas Corpus* 144.426 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07-06-2017; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Dec. Mon. no *Habeas Corpus* 144.652 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12-06-2017.

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal>. Acesso em: 13 set. 2019.

Justamente por tal circunstância, embora não seja considerado elemento de prova apto a incriminar os corréus delatados, José Joaquim Gomes Canotilho e Nuno Brandão afirmam:

na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idóneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada⁴¹⁷.

Aliás, neste sentido, a afirmação do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio durante os debates da votação do *habeas corpus* n. 127.483:

Articula-se que a denúncia teria surgido em face da delação. Então se pode, realmente, ver o interesse jurídico na impugnação do ato que implicou a homologação do acordo. (...) Em tese, pode haver o interesse em impugnar o objeto da delação, desde que tenha servido para ofertar a denúncia⁴¹⁸.

Sem a possibilidade de impugnação do acordo pelos corréus, destaca Vinicius Gomes de Vasconcellos, na prática, o acordo se tornará inquestionável, posto que as partes pouco zelarão pela sua regularidade formal, desde que satisfeitos os benefícios obtidos⁴¹⁹.

Justamente por se efetivar a proteção a direitos fundamentais e vedar premiações ilícitas pelo Estado ao colaborador, é imprescindível, em favor da legalidade dos atos do Estado, que seja possível a impugnação do acordo de colaboração premiada pelos corréus, de forma que estes possam exercer o contraditório e a ampla defesa posteriormente, até mesmo durante o processo, com a produção em contraditório da prova indicada pelo colaborador, apontando possibilidade de requerimento e declaração de ilicitude de elementos probatórios, impondo sua inadmissibilidade e, por consequência, seu desentranhamento⁴²⁰.

Isto, porque,

o fato de que uma prova necessitará de elementos de confirmação e, portanto, não poderá fundamentar, por si só, a condenação, de nenhum modo autoriza a valoração de provas ilícitas. Não importa se sua relevância é reduzida, provas obtidas ilicitamente (por coações, promessas ilegais ou acordos abusivos) deverão ser excluídas do processo, maculando a imparcialidade do julgador que eventualmente

⁴¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, ano 25, pp. 133-171, jul. 2017, p. 146.

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127.483/PR, Trib. Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-08-2015, p. 71.

⁴¹⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 99 *apud* SOUZA, Mariana Mei de. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016, pp. 64-65.

⁴²⁰ DIDIER Jr., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada: natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público**, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 62, out.-dez. 2016, p. 170.

tiver contato com suas informações. A ilicitude de uma prova não pode acarretar consequências somente no âmbito da sua valoração, mas ocasionar o seu desentranhamento completo⁴²¹.

Assim, conforme afirma Gilson Dipp⁴²², “o ato de homologação, conquanto em princípio meramente formal, como todo ato judicial que de alguma forma produz efeitos jurídicos, poderá ser submetido à discussão em recurso cabível tanto nas instâncias ordinárias quanto na via excepcional”, de forma que tal possibilidade de impugnação do acordo tem como objetivo assegurar a igualdade de condições aos delatores em semelhantes situações⁴²³.

Além da impugnação e da disponibilidade do acordo, outra circunstância relacionada ao delatado no processo decorrente de colaboração premiada surge do direito de confronto sobre as declarações do colaborador ou do exercício do contraditório sobre eventuais provas indicadas pelo delator.

Nesse sentido, Andrey Borges Mendonça ressalta “o colaborador deve se submeter a essa ‘prova de fogo’, sendo certo que o contraditório é uma das melhores formas de se descobrir, se não a verdade, ao menos que o colaborador está mentindo ou omitindo parte dos fatos”⁴²⁴.

O Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* n. 127.483 sustenta: “não resta dúvida, portanto, de que o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador, seja na audiência de interrogatório, seja em audiência especificamente designada para esse fim”⁴²⁵. Por esta razão, inclusive, já há posicionamento firmado aduzindo pela consequente nulidade do ato judicial que não contar com a possibilidade de perguntas ao colaborador pelos delatados⁴²⁶.

4.5 Os pressupostos e as fases

De uma forma geral, sustenta-se que os pressupostos e as fases do procedimento da colaboração premiada não estão bem delimitados pela Lei n. 12.850/2013. Isto porque, tendo em vista as inúmeras discussões sobre o procedimento de propositura da colaboração, a

⁴²¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 77.

⁴²² DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei**. Brasília: IDP, 2015, p. 30, nota 39.

⁴²³ SILVA, Marcelo R. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan.-abr. 2017, p. 309.

⁴²⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. 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. 238.

⁴²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. 127.483/PR, Trib. Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-08-2015, p. 45.

⁴²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 641; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127.483/PR, Trib. Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-08-2015, p. 45.

Procuradoria Geral da República lançou, em meados de 2018, uma Orientação Conjunta estabelecendo limites, parâmetros e procedimentos que serviriam de instrumentos a garantir o controle das informações e a segurança jurídica do acordo⁴²⁷.

Por certo, tanto nesta Orientação Conjunta, quanto na Lei, a preocupação em descrever os atos e as formas do mecanismo negocial propiciou às partes o espaço para reduzir as indevidas discricionariedades e eventuais brechas para arbitrariedades, de forma a assentar uma mínima estruturação do procedimento de colaboração.

Porém, conforme se observa na prática, o Ministério Público Estadual, por se tratar de órgão de atuação difusa nos Estados, não tem adotado o mesmo procedimento, no que tange à Orientação Conjunta, de maneira que tal sistemática ainda não é plenamente adotada pelos órgãos de persecução penal. De toda a forma, o procedimento de colaboração premiada não impede que o acordo possa ser firmado após a sentença, ou seja, em qualquer tempo, desde a investigação preliminar – durante o inquérito policial ou procedimento de investigação criminal – até a execução penal, após o trânsito em julgado da sentença (artigo 4º, § 5º, Lei n. 12.850/2013).

Para Andrey Borges de Mendonça⁴²⁸ pouco importa a fase processual em que se encontram os fatos. O fundamental é que a colaboração seja efetiva, razão pela qual a estruturação do procedimento da colaboração premiada no processo penal brasileiro permite analisar em diversas opções, etapas e atos, conforme o momento em que se iniciem as negociações e se formalize o acordo.

O fato é que em procedimento mais usual, a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem sido utilizada com mais frequência na fase investigatória. Visando propulsionar investigações até então não descobertas, este procedimento mais usual permite que as negociações e até a formalização do acordo ocorram em etapas pré-processuais, nas quais as provas que instrumentalizarão eventualmente a ação penal devem ser colhidas pelos órgãos de persecução penal. Nesse sentido, é correto dizer que tanto a colaboração, como as provas, ficam submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa, de maneira a propiciar aos corréus delatados a plena discussão sobre a imputação do colaborador.

Assim, o procedimento usual da colaboração premiada se dá em quatro diferentes níveis: negociações, formalização e homologação do acordo, colaboração efetiva e produção

⁴²⁷ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

⁴²⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. 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. 238.

probatória do conteúdo prestado e, ao final, no caso da sentença, a concretização do benefício, quando o juiz sentenciante reputa válida e eficaz a colaboração do delator.

Em linhas gerais, a etapa das negociações envolve a participação exclusiva das partes, exceto do juiz. É o momento em que são discutidas as obrigações impostas e as renúncias assumidas pelo pretense colaborador. São avaliadas as informações prestadas pelo colaborador em seu momento inicial, ou seja, se de um lado a acusação deve obter dados para se certificar das informações prestadas ali, por outro, o colaborador deve demonstrar que dispõe de informações que podem ensejar interesse do órgão de persecução, sem revelar tudo neste momento.

É o que afirma a Orientação Conjunta ao estabelecer que à defesa incumbe instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos e todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração⁴²⁹. Importante consignar que esses depoimentos prévios não podem ser considerados meios de provas, pois são produzidos sem respeito ao contraditório e para finalidade diversa da judicial.

Por esta razão, é comum que, no início das negociações, seja lavrado um termo de confidencialidade que antecede a entrega dos relatos/anexos das informações do pretense colaborador e a oitiva informal do pretense colaborador, conforme afirma a Orientação Conjunta n. 1/2018, item 4.2.

Também é comum, conforme a Orientação, item 12.1, por cautela, formalizar-se um “pré-acordo”, no qual o acusador pede amostras ao delator das informações incriminatórias, mas compromete-se a não as utilizar em seu prejuízo. Para Andrey Borges de Mendonça, “para que o réu/investigado colaborador não fique em situação desconfortável, enquanto o acordo não for formalizado, o membro do Ministério Público não deve utilizar, em hipótese alguma, os elementos e provas apresentados nestas reuniões preliminares pelo colaborador em seu desfavor”⁴³⁰.

É possível, porém pouco usual, que o colaborador esteja presente em todos os atos da colaboração premiada, inclusive aqueles de negociação. Principalmente nas fases mais avançadas, deve-se impedir tratativas ocultas entre advogado e Ministério Público. É o que observa Albert Alschuler:

(...) um acusado que souber do resultado das negociações indiretamente nunca poderá ter a certeza de que seu advogado o representou adequadamente. Inclusive, o réu pode

⁴²⁹ Item 13 da Orientação Conjunta n. 01/2018.

⁴³⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. 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. 238.

suspeitar que seu advogado tenha se omitido deliberadamente, especialmente quando for representado por defensor público⁴³¹.

Vinicius Gomes Vasconcellos destaca a existência do Projeto de Lei n. 4.078/2015 destinado a tornar públicos todos os atos da negociação envolvendo as partes, de forma a gravar todos os expedientes, com o intuito de evitar que haja algum tipo de indução ou coercibilidade. A alteração ocorreria no § 13 do artigo 4º da Lei n. 12.850/2013, que impõe a gravação de todos os atos da colaboração, ampliando-se ao momento das tratativas⁴³².

A segunda fase é aquela que foi considerada como a grande inovação legislativa no sistema de colaboração. Definida como a fase de homologação e de formalização, trata-se da etapa que conduz a maior segurança jurídica aos envolvidos, no qual se estabelece com clareza os limites do acordo, permite a formalização da voluntariedade, resulta numa maior transparência e clareza ao juiz, às partes e aos órgãos superiores.

A formalização do acordo sempre deverá ocorrer por meio de um termo escrito, redigido e aceito pelas partes. Conforme o artigo 6º da Lei n. 12.850/2013, tal documento deverá conter:

I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Há necessidade, ainda, de existir uma completa descrição dos fatos e imputações realizadas a partir dos relatos apresentados pelo colaborador. Nesse sentido, afirma Márcio Anselmo:

como melhor técnica, recomenda-se a adoção de dois documentos, um primeiro deles contendo o acordo propriamente dito e um segundo, na forma de anexos ou tópicos, em que o colaborador relata os fatos que tem conhecimento de interesse para a investigação ou que possam indicar a prática de crimes⁴³³, cujo objetivo se torna em direcionar as investigações e eventual manutenção de sigilo.

No termo de acordo, é consenso que as partes signatárias devem apresentar objetivamente a descrição dos fatos trazidos pelo delator e as potenciais abrangências que podem resultar deste meio de obtenção de prova.

⁴³¹ ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining. *Yale Law Journal*, v. 84, n. 6, pp. 1.179-1.314, maio 1975, p. 1.135. (Tradução livre).

⁴³² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 79.

⁴³³ ANSELMO, Márcio A. **Colaboração premiada**. O novo paradigma do processo penal brasileiro – doutrina e prática. A visão do delegado de polícia. Rio de Janeiro: Mallet, 2016, p. 79.

É preciso, portanto, que as partes especifiquem no contrato quais serão as condições e os critérios para posterior análise da efetividade da cooperação, conforme reitera o Ministro do Superior Tribunal Federal Gilmar Mendes na medida cautelar da Reclamação Constitucional n. 23.030:

A lavratura do termo de acordo é feita com base no até então negociado pelas partes. O colaborador revela, em linhas gerais, o que sabe e pretende relatar e as partes negociam os benefícios correspondentes. Mas o efetivo relato do que o delator sabe, em todos os seus detalhes, será, ao menos em regra, feito após a conclusão do negócio jurídico processual em um ou mais depoimentos. Daí se infere que o termo de acordo de colaboração deve conter a suma do que será delatado, mas não necessariamente os pormenores.

Igualmente, conforme destaca a Orientação Conjunta, inclusive, no Capítulo IV, no termo de acordo deverão ser apontados os prêmios prometidos ao colaborador em troca de seu apoio na persecução penal. Aí, impõe-se a delimitação precisa e concreta dos benefícios, de maneira a estabelecer critérios objetivos para vincular o julgador e posterior verificação da efetividade da atuação do delator, sem deixar de lado, aliás, medidas específicas para proteger o colaborador e sua família, conforme as disposições da Lei n. 9.807/1999.

Reduzido a termo, e obtido o consenso das partes, deverá ser encaminhado ao julgador para homologação, nos termos do § 7º do artigo 4º:

Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao Juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

Neste contexto, portanto, o juiz deverá realizar uma audiência preliminar para inquirir o pretenso colaborador, de forma a analisar os requisitos da colaboração processual. Assim, cumpre o juiz em tão só a legalidade e a regularidade do acordo para fins de homologação.

Sobre este aspecto, vale transcrever o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

(...) nessa atividade de delibação, o Juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores⁴³⁴. (...) a homologação judicial do acordo de colaboração premiada não significa, em absoluto, que o Juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa⁴³⁵.

⁴³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127.483/PR, Trib. Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-08-2015.

⁴³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127.483/PR, Trib. Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-08-2015.

É conforme afirma Gustavo Henrique Rigni Ivahy Badaró, “o Juiz não se limitará a analisar aspectos formais ou vícios de vontade, podendo também apreciar aspectos relacionados ao cabimento do acordo e os efeitos propostos⁴³⁶”, em completa alusão ao que dispõe o § 8º do artigo 4º da Lei n. 12.850/2013.

Pode-se dizer, portanto, que a atividade homologatória “não pode ser demasiadamente rasa, a ponto de deixar passar acordos que careçam de condições de validade; mas, por outro lado, não pode ser demasiadamente profunda, a ponto de permitir que o juiz assuma o papel das partes ou faça um pré-julgamento do caso”⁴³⁷. Assim, nos termos do § 8º do artigo 4º da Lei n. 12.850/2013: “o Juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”.

Por isso, desde que o acordo se caracterize como uma manifestação das partes ou ainda efetivo cumprimento das condições previstas na Lei n. 12.850/2013, o julgador poderá não homologar o acordo, vedando a concessão estatal de prêmios pela eventual colaboração, se não atendidos os pressupostos de admissibilidade e os requisitos de validade para sua realização.

Não há previsão legal de recurso para esta decisão negativa.

No entanto, entendemos tal qual Vinicius Gomes de Vasconcellos que “pela ausência de previsão legal, aventar-se-ia a possibilidade de correção parcial⁴³⁸”, podendo, ainda, o colaborador recusar os termos da colaboração que não forem homologados pelo juízo, conforme afirmam Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato⁴³⁹.

A propósito, em caso de readequação do acordo (artigo 4º, § 8º da Lei n. 12.850/2013), filiamos ao alerta de Vinicius Gomes de Vasconcellos é importante, posto que “a alteração dos termos negociados entre acusador e réu pode acarretar a desvirtuação do instituto negocial” razão pela qual “pensa-se que a interpretação do dispositivo deve ser restritiva”⁴⁴⁰.

⁴³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Rigni Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do artigo 4º da Lei n. 12.850/13. **Revista Jurídica Consulex**. v. 443, 2015, p. 36 *apud* WUNDER, Paulo de A. **Justiça penal negociada: o processo penal pelas partes**. Dissertação (Mestrado em Direito). 132 f. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 113.

⁴³⁷ SOUZA, Mariana Mei de. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016, p. 52.

⁴³⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 89. Apoia-se neste pensamento: MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**, v. 4, 2013, p. 25.

⁴³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

⁴⁴⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 93. Ver também: JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: ESPINEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação premiada**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 36.

Dessa forma, filiamos ao seu pensamento: sob pena de violação ao princípio da imparcialidade do juiz, em caso de benefícios ilegais ou inconstitucionais, o acordo deve ser recusado, intimando-se as partes para eventuais emendas e submissão de nova proposta⁴⁴¹.

Feita a coleta dos acordos e, conseqüentemente, realizada a homologação pelo juízo competente, está estabelecido o cenário prévio da colaboração processual, no qual, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, os relatos iniciais apresentados pelo colaborador são encaminhados às investigações.

É o que delineia Andrey Borges Mendonça:

Uma vez homologado o acordo, inicia-se a fase de sua execução, ou seja, o colaborador irá prestar sua efetiva colaboração com a persecução penal. É o momento em que o colaborador irá pôr em prática a sua contribuição, executando e dando início ao cumprimento do acordo formalizado e homologado⁴⁴².

Ao final, com a propositura da ação penal, a concretização do benefício é o segundo momento, em que o juiz atua neste procedimento. Após a etapa inicial do mecanismo negocial, com a formalização e a homologação do acordo, realiza-se sua execução que, ao final, será valorada pelo juiz. Cabe ao magistrado analisar e efetivar a colaboração, permanecendo vinculado aos termos do acordo homologado, de forma a tornar objetiva a colaboração. Ao juiz cabe, tão só, fundamentar especificamente de que forma a colaboração foi efetiva, concedendo ao acusado um ou outro benefício já estipulado no acordo.

Assim, considerando tratar-se, para efeitos deste trabalho, de direito subjetivo do acusado, havendo o efetivo cumprimento das condições estabelecidas em Lei, a concessão dos benefícios, desde que fundamentada, pode ser passível de controle por órgãos do Poder Judiciário, conforme veremos adiante.

Existem ainda duas hipóteses de colaboração pós início processual: a ocorrida após o início do processo e a firmada após a sentença de primeiro grau. Nessas fases, as mesmas regras do procedimento anterior devem ser utilizadas, inclusive no que tange à publicidade. · Dessa forma, somente após a homologação do acordo, com a conseqüente delimitação do tema à causa em processamento, deve-se dar publicidade ao acordo. Do contrário, permanece hígida a regra do sigilo.

Eventualmente, no caso de o acusado manifestar-se em seu interrogatório pela possibilidade de aderir a uma colaboração processual, nos filiamos ao posicionamento de

⁴⁴¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 110.

⁴⁴² MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**, v. 4, 2013, p. 26.

Vinicius Gomes de Vasconcellos: “deverá ser possibilitada a reabertura da instrução, para produção de eventuais provas novas e reinterrogatório dos corréus”, sob pena de infração aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido, portanto, há necessidade de as declarações prestadas pelo pretenso colaborador estejam vinculadas a um conteúdo colaborativo, ou seja, à luz do que já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. Não é suficiente “para a concessão do benefício da colaboração premiada, se o imputado não adotou postura cooperativa, mantendo sua defesa com alegação de inocência⁴⁴³”.

Portanto, em caso de a colaboração estar submetida a algum recurso, como o de apelação criminal, ressalta-se que se aplica a regra de competência àquele específico juízo, no qual está submetida a demanda processual. Para tanto, nesta hipótese, aplicam-se as demais regras previstas no procedimento anterior, exceto na produção de prova já colhida em primeiro grau.

Pouco usual, porém autorizada pela Lei n. 12.850/2013, a colaboração premiada na execução penal emerge dúvidas. Isto porque, ao contrário do estabelecido em Lei, a colaboração premiada na execução penal, com absoluta razão, conforme pontua Gilson Dipp, apresenta-se como “extrema relativização da coisa julgada”⁴⁴⁴.

Desta forma, entende-se ser inviável a aplicação do referido dispositivo após o trânsito em julgado, já que “não é possível, que uma vez fixada a pena, transitada em julgado a sentença, um acordo de colaboração premiada possa implicar a afetação desta coisa julgada”, o que evidentemente esvaziaria a efetividade do instituto⁴⁴⁵.

⁴⁴³ “A utilização de parte das declarações do réu, no *decisum* condenatório, para se comprovar a autoria do mandante do crime não é circunstância, por si só, eficiente para caracterizar o direito ao benefício da delação premiada, que reclama do acusado a colaboração e a cooperação não demonstradas na hipótese”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. 114.648/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza Moura, j. 26-04-2011).

⁴⁴⁴ DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei**. Brasília: IDP, 2015, p. 19.

⁴⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 129-130. Em sentido contrário: FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Qual o meio processual para requerer a delação premiada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória? **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano VI, n. 36, fev.-mar., 2006, p. 236; SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n.12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 64-65; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 105.

5 COLABORAÇÃO E AS GARANTIAS DO ACUSADO NO PROCESSO

5.1 A posição processual do delator na ação penal

Vimos outrora, que a colaboração premiada pode ser entendida como uma espécie de concretização de justiça negociada⁴⁴⁶, posto que torna, não só, a justiça mais célere e eficaz à reação social, como também pode propiciar uma impressão de efetivas respostas à sociedade, no que concerne ao combate ao crime organizado. Num outro contexto, ainda, diz-se que a colaboração premiada tem duplo enfoque, posto que, ao tempo em que permite ao colaborador uma célere solução, ao delatado surge um novo componente, além das partes processuais tradicionais, que merece análise da sua capacidade probatória.

Neste sentido, nasce a importância de se estudar quais seriam as garantias do delatado no processo penal oriundo ou que contém um réu colaborador. Para efeitos deste estudo, deixa-se de lado as análises quanto à (des)obrigatoriedade da ação penal em desfavor do réu colaborador⁴⁴⁷ e o tema do compartilhamento de provas, em relação a outros órgãos do Poder Judiciário, já que tratam de circunstâncias a serem desenvolvidas sob outro prisma.

Para o presente, a análise ao capítulo será a partir do pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, fundamentais para o exercício da paridade de armas e a concretização de um processo penal minimamente acusatório.

Sob este prisma, um primeiro ensaio deve ser feito. Pergunta-se: qual é o momento processual em que o corréu colaborador deve ser ouvido e, sobretudo, diante do julgamento do

⁴⁴⁶ Pode-se dizer que a inserção de técnicas de investigação colaborativas demonstra um movimento de americanização do sistema penal brasileiro, onde a estrutura do processo penal brasileiro vem se alinhando bastante às perspectivas da *common law*. No que tange à delação, é bastante evidente a aproximação com o instituto do *plea bargaining*. Essa assimilação ao modelo americano relata uma tendência expansionista dos espaços de consenso no processo penal brasileiro pelos projetos de reforma legislativa, conforme se verifica no PL 8.045/2010 e no PLS 236/2012, respectivamente, os novos Códigos de Processo Penal e Penal, além do Pacote Anticrime do Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro. Estes projetos, em síntese, apresentam dispositivos que ampliam as práticas negociais entre acusação e defesa para obtenção do reconhecimento de culpabilidade. O Pacote Anticrime e o PLS 236/2012 instituem a possibilidade da barganha e ampliam a possibilidade de colaboração com a justiça. O PL 8.045/2010 propõe um “procedimento sumário” para crimes com pena máxima de até oito anos. A justificativa de todos é que os mecanismos negociais denotam uma ampla tendência internacional em matéria penal de aceleração e diversificação processual, que visa à celeridade na resolução dos casos ou a introdução de opções alternativas à necessidade de realização do procedimento ordinário com respeito às regras do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

⁴⁴⁷ Mesmo que o dispositivo regulado pela § 4º do artigo 4º da Lei n. 12.850/2013 preveja que: “Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I – não for o líder da organização criminoso; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo”, pode-se dizer que tal circunstância fere substancialmente o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, não comportando guarida constitucional. Além disso, considerando que o colaborador tem o dever de denunciar todos os fatos criminosos em que se envolveu, pode-se sustentar, de alguma forma, que ao confessar o crime indica à acusação as provas que podem ser obtidas.

habeas corpus n. 157.627 da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, qual deve ser a ordem de alegações finais para as partes no processo penal.

Como um primeiro ponto, vale destacar que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos do *habeas corpus* n. 157.627 acolheu a tese defensiva ao afirmar que o corréu delatado deve apresentar alegações finais por último, pois o delator tem uma posição processual com carga acusatória⁴⁴⁸.

Para a Segunda Turma, portanto, a apresentação de memoriais em prazo comum representaria uma violação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que não possibilitaria ao delatado confrontar a manifestação incriminatória. Inclusive, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, no *habeas corpus* n. 166.373, confirmou a tese da Segunda Turma e entendeu que o acusado delatado deve apresentar suas alegações finais após o acusado delator⁴⁴⁹.

Não há dúvidas sobre o acerto da decisão do Tribunal Constitucional, em que pese inexistir previsão adequada na lei sobre o tema. O colaborador atua como verdadeiro assistente de acusação, já que, com base em suas declarações, o Ministério Público formulou sua tese acusatória,

Porém, considerando o alcance da garantia da ampla defesa e do exercício do contraditório pleno, a instrumentalidade constitucional do processo penal, sobretudo diante dos dogmas do sistema acusatório, estas circunstâncias nos permitem conduzir à interpretação de que não só nas alegações finais o corréu colaborador deve ser o primeiro a se manifestar.

Por tal lógica, tendo em vista que para o corréu colaborador o objetivo é, tão só, a defesa intrínseca de sua liberdade⁴⁵⁰, através da incriminação de outras pessoas, seu depoimento assume uma espécie de acusação qualificada, um papel de testemunha. Não é assistente de acusação e nem mesmo corréu.

De maneira sucinta, Afrânio Silva Jardim destaca “(...) o ‘delator’ assume a indiscutível posição de réu, com todos os direitos, deveres e ônus processuais. Nada obstante, no que diz respeito à pretensão punitiva deduzida pelo autor, o ‘delator’ atuará como um assistente da acusação contra os demais corréus”⁴⁵¹. Ora, não é processualmente um assistente,

⁴⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 157.627/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, j. 27-08-2019.

⁴⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 166.373/PR, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. 02-10-2019.

⁴⁵⁰ Antagonismo evidente do resultado da condenação.

⁴⁵¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Réu delator funciona como espécie de assistente de acusação trazida pelo MP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-02/afranio-silva-jardim-reu-delator-atua-assistente-acusacao>. Acesso em: 01 out. 2019.

em razão de clara proibição disposta no artigo 270 do Código de Processo Penal brasileiro⁴⁵², mas atua como se fosse.

Frederico Valdez Pereira afirma que o regime processual do delator deve ser concebido, tendo em vista sua natureza peculiar. Ou seja, na sua visão, está numa posição intermediária entre o exame testemunhal e o interrogatório de corréu⁴⁵³.

O colaborador, conforme destacaram Alaor Leite e Luís Greco, é simplesmente delator, cuja especificidade circunscreverá as fronteiras da sua posição jurídico processual, sobretudo, diante de seu interesse no processo⁴⁵⁴. O colaborador, portanto, é um sujeito híbrido, que, como tal, ora serve como circunstância incriminatória trazida pela acusação e para comprovar sua tese, e/ou como exercício da defesa do prêmio que lhe foi prometido no acordo de colaboração.

Neste sentido, portanto, ao assumir o consenso criminal, o colaborador assume o papel de assistente na produção probatória da tese acusatória, podendo, até, ser beneficiado em seu acordo com cláusulas de recompensa⁴⁵⁵.

Na Espanha, Juan Carlos Ortiz Pradillo afirma que a atual corrente jurisprudencial espanhola admite a possibilidade de se adaptar analogicamente com a confissão tardia. Apesar disso, sustenta que é necessário efetivar-se o direito de defesa e o contraditório dos delatados, não só aos depoimentos, como também a todo elemento decorrente da colaboração premiada⁴⁵⁶.

Assim, neste sentido, filiamos ao posicionamento de Aury Lopes Junior e Vitor Paczek⁴⁵⁷, no qual o corréu delator deve ser inquirido, inclusive, não só antes dos demais corréus, como também, antes, das testemunhas de defesa, posto que “impõe-se um encargo ilegal à defesa, que é a perda de uma chance probatória. É a imposição da perda da chance de fazer a contraprova da hipótese acusatória”, dado que o delatado não poderá produzir contraprovas, através de testemunhas de defesa, do alegado em audiência pelo corréu delator.

Se, por alguma razão, o réu colaborador foi ouvido somente no interrogatório, sobre o prisma da instrumentalidade do processo penal, resta clara a configuração de constrangimento ilegal, passível de saneamento através de *habeas corpus*.

⁴⁵² BRASIL. Código de Processo Penal. “Artigo 270. O co-réu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público.”

⁴⁵³ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada** – legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 199.

⁴⁵⁴ LEITE, Alaor; GRECO, Luís. **O status processual do corréu delator**. Disponível em: <https://www.jota.info>. Acesso em: 01 out. 2019.

⁴⁵⁵ Apesar disso, entendemos que é inconstitucional a previsão deste tipo de cláusula.

⁴⁵⁶ PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. **Los delatores en el proceso penal**. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la justicia. Madrid: Wolter Kluwer, 2018, p. 281.

⁴⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. **Corréu-delator tem que ser ouvido antes das testemunhas de defesa**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-27/limite-penal-correu-delator-ouvido-antes-testemunhas-defesa#_ftn1. Acesso em: 01 out. 2019.

5.2 A questão do sigilo dos termos de colaboração

Como se viu, a colaboração premiada é meio de obtenção de prova e, como tal, instrumento de investigação. Tratando deste contexto assume, tal qual outros meios de obtenção de prova, fundamental caráter sigiloso, em completa oposição à regra da publicidade.

Por esta razão, considerando as possibilidades de tensões com as regras do direito processual penal vigente, a Lei n. 12.850/2013 estabeleceu expresse regramento no que se refere à publicidade dos acordos de colaboração, ao determinar de maneira contundente que a publicidade só será conferida quando ocorrer o que define o artigo 6º, § 3º da Lei n. 12.850/2013, ou seja, quando houver o recebimento da denúncia pelo magistrado.

Visando proteger o colaborador e não frustrar as medidas investigativas decorrentes do acordo de colaboração premiada, a legislação infraconstitucional busca garantir a efetividade da cooperação e o demasiado incentivo à realização de acordos. Neste sentido, nos termos do artigo 7º da mesma Lei, o pedido de homologação será distribuído de maneira sigilosa, ficando restrito às partes que participaram do acordo e o juiz.

A propósito, vale dizer que o Manual do ENCCLA estabelece a mesma lógica de publicidade e sigilo:

Reduzidos a termo, as declarações e o acordo serão autuados em apartado, sob sigilo, e não devem ser apensados ao inquérito policial, nem nele mencionados. (...) Até o recebimento da denúncia, apenas podem ter acesso aos autos da colaboração, além do delegado de polícia, o Ministério Público e o juiz, o próprio colaborador e o seu advogado constituído, o qual deve ter procuração específica para acesso ao procedimento.

Por questão lógica, em caso de colaborações processuais no curso da ação penal, pensa-se que a regra prevista no § 3º do artigo 7º deve ser relativizada, de maneira que se deve determinar a abertura do sigilo logo após a homologação.

Não obstante tal circunstância, pensa-se, como também destaca Vinicius Gomes de Vasconcellos, à luz do precedente do Supremo Tribunal Federal, Reclamação Constitucional n. 24.116/SP, que o sigilo do acordo de colaboração e dos atos de cooperação não deve ser oponível ao delatado, posto que existe autorização expressa na Lei n. 12.850/2013, de forma que o acesso do defensor do delatado em atos de colaboração pode ser concedido, exceto os elementos de prova que se referirem a diligências em andamento⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 243 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 24.116/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13-12-2016. Sobre o tema,

Deve o magistrado avaliar a possibilidade de estas diligências serem frustradas por ação do delatado. Por lógica da Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal, segundo Andrey Borges de Mendonça, é necessário que “as declarações incriminatórias do colaborador, pertinentes com aqueles autos, tenham sido disponibilizadas para a defesa”⁴⁵⁹, desde o recebimento da denúncia ou, nos casos de colaboração intercorrente e tardia, com antecedência prévia razoável à audiência.

Se os depoimentos prestados pelo colaborador dizem respeito à ação penal proposta, nos termos do Agravo Regimental na Reclamação Constitucional n. 22.009, não há dúvidas de que a defesa deva ter acesso a eles. O Supremo Tribunal Federal definiu posicionamento de que deve ser efetivada a publicidade dos acordos que apresentem relação com os fatos ali denunciados. Do contrário, em caso de colaboração premiada sob inúmeros outros fatos delituosos, a publicidade sofrerá restrições, de acordo com a existência ou não de ação penal proposta sobre aquele tema.

Na mesma linha, em casos de colaborações envolvendo diversos fatos e pessoas, como as relacionadas a um grupo empresarial, por exemplo, o próprio Supremo Tribunal Federal, nos autos do Inquérito n. 3.983, salientou:

(...) 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.

Por isso filiamos ao posicionamento de Andrey Borges de Mendonça, no qual o réu delatado deve ter acesso aos depoimentos e elementos do acordo que dizem respeito à imputação penal, não todos os termos que eventualmente forem prestados pelo colaborado. A seleção deve ser realizada pelo juiz da causa⁴⁶⁰, o que, de fato, conforme destaca Flavio Cruz, poderia apresentar riscos para a efetividade da ampla defesa⁴⁶¹, já que não se poderia confiar na aferição sobre o mérito da causa pelo magistrado, naquele momento processual.

importante ainda analisar: 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. jan.-abr. 2017, pp. 179-180.

⁴⁵⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. 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.

⁴⁶⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. 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.

⁴⁶¹ CRUZ, Flávio A. *Plea bargain* e delação premiada: algumas perplexidades. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Curitiba, v. 1, n. 2, dez. 2016, p. 196.

Pensa-se, nesta linha, que o ideal seria facilitar o acesso amplo à defesa a todos os termos produzidos pelo colaborador. Entretanto, considerando que possa existir vazamentos e até a exposição do colaborador em outras frentes de investigação – visto que o depoimento do colaborador é meio de prova – à vista da segurança jurídica da apuração, é factível que, neste momento, não se franqueie o completo acesso aos demais termos referentes a outros fatos e investigações. Se no curso da instrução criminal restar consignado que o magistrado não permitiu acesso aos termos de colaboração que, de alguma forma, foram utilizados na ação penal, impugnável a decisão que não o autorizou, caracterizada por flagrante constrangimento ilegal, sanável por *habeas corpus*.

De toda a forma, apesar de a Lei considerar o sigilo fundamental na colaboração premiada, como condição de exercício do direito de defesa e do contraditório, é claro que se impõe o acesso pelos delatados ao (contrato) termo do acordo e às eventuais declarações prestadas preliminarmente pelo delator, juntamente com os elementos de prova trazidos por ele. Nos dizeres de Jorge Figueiredo Dias, é a publicidade do acordo de forma a permitir seu conhecimento e seu eventual controle em sede recursal que permite o exercício do contraditório e da ampla defesa⁴⁶².

Se houver negativa, é cabível Reclamação Constitucional, posto que se caracteriza afronta à Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece o direito de acesso às investigações pelos advogados, conforme o precedente Agravo Regimental na Reclamação Constitucional n. 21.258:

(...) com fundamento na Súmula Vinculante n. 14 do Supremo 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 ditos⁴⁶³.

Tal circunstância é extremamente relevante a partir da qual se permite admitir que todos os elementos relacionados aos fatos imputados ao delatado, ainda que em fase de investigação concluída, devem estar submetidos ao contraditório e à ampla defesa, devendo permanecer acessíveis, inclusive, para efeitos de impugnação, como veremos adiante. Aliás, o exercício da ampla defesa e do contraditório se revela também no acesso integral às declarações

⁴⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 72.

⁴⁶³ De maneira mais restritiva, no Ag. Reg. na PET 6.164, afirmou-se: “enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos ficam sujeitos a estrito regime de sigilo”, de modo que “assegurado o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei n. 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante n. 14”.

documentadas e aos elementos trazidos pelo colaborador na constância do seu acordo e com relação a estes fatos, sem qualquer possibilidade de redução ou escolha, como ocorre em casos de interceptação telefônica. Não há possibilidade de cortar vídeos ou inserir tarjas pretas, por exemplo.

Da mesma forma, é possível sustentar que a determinação de sigilo para a colaboração premiada na fase de investigações preliminares também impede o compartilhamento com outros órgãos de apuração, em especial, as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI).

Ou seja, se não há divulgação formal do termo do acordo ou das declarações eventualmente prestadas, por ocasião das denúncias propostas, conforme esclarece 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 sigilo⁴⁶⁴.

De toda a sorte, o acesso aos termos da colaboração também apresenta um duplo sentido. Na medida em que se permite à defesa do delatado acessar completamente todos os termos da colaboração a que lhe diga respeito nos fatos imputados, por outro lado, não cabe, segundo o Superior Tribunal de Justiça, impedir a sua divulgação. De acordo com a decisão da Corte Especial no Agravo Regimental na Ação Penal n. 843/DF,

(...) falece à parte recorrente legitimidade para impugnar o levantamento do sigilo do Acordo de Colaboração Premiada firmado entre o Ministério Público Federal e terceiro, seja porque dele não é parte, seja porque o Acordo em questão é negócio jurídico processual personalíssimo, cujo segredo existe apenas em prol do colaborador e não de delatados⁴⁶⁵.

Com todo o respeito à Corte, filiamos ao posicionamento de Vinicius Gomes de Vasconcellos que, além de questionar a impossibilidade de impugnação do acordo, elucida que tal circunstância poderia violar a presunção de inocência e a intimidade⁴⁶⁶. De fato, a imputação oriunda de um colaborador afeta não só o interesse às investigações, como também a necessidade de o delatado se defender. Nesse sentido, portanto, em caso de vazamento de depoimento de colaborador, antes mesmo da instauração da ação penal, é factível que o delatado requeira a manutenção do sigilo das investigações.

⁴⁶⁴ DIPP, Gilson. A “**delação**” ou **colaboração premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015, p. 33.

⁴⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na APn 843/DF, Corte Especial, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 07-12-2016.

⁴⁶⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 237.

A problemática da intimidade, aliás, somente foi alvo de constatação como direito do colaborador. Isto porque, um dos motivos da necessidade de restrições à publicização da colaboração é proteger o imputado que se dispôs a cooperar com a investigação penal, haja vista tratar-se de um dever de importância do próprio Estado⁴⁶⁷, conforme destacam a Convenção de Palermo (artigo 24º), a Lei n. 9.807/1999 (artigo 7º) e a Lei n. 12.850/2013 (artigo 5º).

Desta forma, no bojo da investigação criminal, é dever do magistrado vedar o acesso às informações referentes ao local de residência e demais circunstâncias pessoais do colaborador, haja vista que isso não tem afetação a qualquer exercício da ampla defesa e ao contraditório do corréu delatado.

Por outro lado, embora Marcelo Batlouni Mendroni⁴⁶⁸ sustente que caberá ao juiz estipular o âmbito do anonimato das informações sobre o réu colaborador, para ser resguardado o direito de defesa dos corréus delatados é imprescindível conhecer a identidade do colaborador, visto que somente assim se possibilita um efetivo confronto às suas declarações, com a devida percepção sobre suas relações com o fato imputado, de modo a, inclusive, aventar-se eventuais motivos de suspeição. Portanto, inadmissível o depoimento ou as declarações de forma anônima, conforme argumenta Gustavo Badaró⁴⁶⁹.

Até porque, como destacou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* n. 127.483, “não resta dúvida, portanto, de que o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador, seja na audiência de interrogatório, seja em audiência especificamente designada para esse fim⁴⁷⁰”.

É, no contexto de sua eficiência, como afirma Diego Fajardo de Maranhã Leão, a coexistência harmoniosa da função prática do instrumento enquanto veículo de aplicação da sanção com sua função de garantia do acusado contra violações indevidas de sua esfera de liberdade⁴⁷¹. Será suficiente o processo que souber conjugar de modo ótimo essa dúplici necessidade.

Desta forma, para haver o exercício da ampla defesa e do contraditório, é imprescindível o pleno direito ao confronto na colaboração premiada, com a produção da prova testemunhal em audiência pública. A defesa deverá ter presenciado tal ato e à frente do julgador

⁴⁶⁷ AMODIO, Ennio. **Processo penale, diritto europeo e common law**. Dal rito inquisitorio al giusto proceso. Milano: Giuffrè, 2003, p. 260. (tradução livre).

⁴⁶⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado**. Lei n. 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014, p. 57.

⁴⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 174.

⁴⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 127.483/PR, Trib. Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-08-2015.

⁴⁷¹ SOUZA, Diego Fajardo de Maranhã Leão. **O anonimato no processo penal**. Proteção à testemunha e o direito à prova. Dissertação. (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010, p. 16.

da causa, além do compromisso de dizer a verdade, conforme estabelecido em suas cláusulas negociadas, demonstrar verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal, de maneira a possibilitar a inquirição de todas as circunstâncias desfavoráveis ao delatado.

Ademais, conforme reesalta Andrey Borges de Mendonça, “o legislador não disciplinou aqui hipótese de ‘testemunho anônimo’ (...) os atingidos pelo acordo possuem direito de ter acesso ao acordo e, portanto, saberão quem foi o colaborador, pois esse assina o termo e terá seu nome identificado⁴⁷²”.

Outro ponto que merece análise no que tange ao depoimento do colaborador cinge-se ao direito ao silêncio do colaborador.

Isto porque, é condição do acordo através do § 14 do artigo 4º da Lei n. 12.850/2013, que: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

Por certo, se, por um lado os corréus delatados têm direito ao confronto, com a possibilidade de questionar as declarações do delator, por outro, se tratando do delator corréu, seria possível sustentar seu direito ao silêncio e o de optar por não responder a tais questionamentos, impedindo, assim, o efetivo contraditório sobre suas afirmações.

Tal circunstância, aliás, foi objeto de análise na doutrina que considera inconstitucional a imposição legal de renúncia ao direito à não autoincriminação, com a qual filiamos, justamente porque existe a possibilidade de retratação ao acordo pelo delator, isto é, mesmo após prestar as primeiras declarações, o colaborador poderia querer rescindir o acordo e manter o silêncio⁴⁷³.

Assim, segundo avaliação de Aury Lopes Junior, o colaborador continua amparado pelo direito ao silêncio, podendo recusar respostas que possam ser prejudiciais. Para tanto, sustenta que, “em relação às perguntas que digam respeito às imputações que está fazendo, o silêncio alegado deve ser considerado no sentido de desacreditar a versão incriminatória⁴⁷⁴”.

Pode-se considerar, portanto, numa visão holística, aplicável à normativa atual do processo penal, que se o colaborador não responder às perguntas dos corréus, no exercício do direito ao confronto e em relação aos fatos a eles imputados, as declarações prestadas quando do acordo estarão fragilizadas, dado que impedem a respectiva valoração na fundamentação de eventual condenação.

⁴⁷² MENDONÇA, Andrey Borges de. 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.

⁴⁷³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 259.

⁴⁷⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 642.

Pois, é como destaca, em semelhança ao pensamento de Antonio Scarance Fernandes: “a solução das questões levantadas não pode ser alcançada com desprezo às garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo, assim, inadmissível o testemunho⁴⁷⁵”.

5.3 A valoração da colaboração no processo penal

Vimos que, objetivamente, a Lei n. 12.850/2013 disciplina minimamente a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova⁴⁷⁶, através do ato processual negocial. Da mesma forma, Fredie Didier Jr. e Daniela Bonfim sustentam:

a colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição de interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado. (...) cuida-se, ainda, de contrato bilateral e oneroso⁴⁷⁷.

Em sentido diverso, ao entender que o Ministério Público não cede absolutamente nenhum direito ou bem seu, assinalam Humberto Dalla e José Roberto Mello Porto que “a colaboração premiada é espécie de negócio jurídico *sui generis*. Não se falaria em negócio jurídico propriamente dito, porque os celebrantes não podem predeterminar algo que não é de sua alçada⁴⁷⁸”, dado que a eficácia do acordo há de ser conferida pelo juiz, quando da sentença.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do *habeas corpus* n. 127.483/2015, em julgado de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, firmou posicionamento:

a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente em lei como meio de obtenção de prova, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo penal criminal, atividade de natureza processual, ainda que agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração⁴⁷⁹.

É possível compreender, portanto, que a colaboração premiada é nada mais do que um acordo, pelo qual o investigado negocia com a autoridade competente o recebimento de vantagens em troca de fornecer informações, documentos e outros elementos hábeis a apontar a dinâmica de funcionamento e a composição da organização criminoso a que pertencia.

⁴⁷⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 85.

⁴⁷⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁴⁷⁷ DIDIER Jr., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada: natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público**, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 62, out.-dez. 2016.

⁴⁷⁸ DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. Os benefícios legais da colaboração premiada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, pp. 107-144, jan.-abr. 2018.

⁴⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, j.26-08-2015, DJe n. 180, 10-09-2015.

A finalidade, portanto, é procurar conhecer e obter as provas contundentes para processar e julgar o crime organizado, conforme sustentam Paulo Wunder e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: “visa a colaboração, então, alcançar algo diverso e além do simples reconhecimento da participação daquele agente na atividade ilícita, embora sem a sua contribuição fosse muito difícil a obtenção desses resultados pela usual investigação”⁴⁸⁰.

Pode-se dizer que não há processo na colaboração premiada.

Muito embora seja esta uma afirmação radical, sua interpretação deve ser feita à luz do que consideramos como processo judicial.

Evidentemente não há possibilidade de se concretizar uma colaboração sem procedimento administrativo, sob a presidência de autoridade pública, com a formalidade de registros e o respeito à legalidade, seja na forma da própria lei instrumentalizadora da colaboração premiada no sistema jurídico brasileiro, seja na forma dos institutos jurídicos que regem a atuação de todos os agentes do Estado, do devido processo legal penal e, por evidente, a Constituição Federal de 1988.

Ocorre que a colaboração premiada não produz somente efeitos durante o negócio jurídico processual formulado entre o investigado e a autoridade competente. A sua finalidade principal decorre da participação do investigado no decorrer da competente ação penal, fato que reflete diretamente na eficácia do negócio jurídico formulado.

Em outras palavras, a colaboração premiada só será efetiva e eficaz se, em juízo, perante o contraditório e a ampla defesa (dos demais corréus), o colaborador puder cumprir com o compromisso negociado e, efetivamente, apontar e esclarecer sobre a participação dos demais membros da organização criminosa, indicando e apresentando provas que sustentam e corroboram tal acusação, tornando-se verdadeiro assistente de acusação ou ainda uma espécie de “agente privado” a serviço do Estado.

Assim, enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, é possível sustentar que os depoimentos prestados pelo colaborador constituem meio de prova, que se mostrarão hábeis se houver elementos extrínsecos à sua formação capazes de corroborá-los.

Nesse sentido, no sistema jurídico brasileiro, as declarações dos colaboradores durante a ação penal têm verdadeiro conteúdo probatório de eficácia relativa. A aferição da sua importância cabe ao juiz, no decorrer da ação penal competente, juntamente com outras circunstâncias e provas. Neste contexto, é aferida a credibilidade das palavras do

⁴⁸⁰ WUNDER, Paulo; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Colaboração premiada: justa causa para quê? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 148, pp. 283-318, 2018.

colaborador/delator, juntamente com as provas colhidas durante a fase investigatória e processual, de forma a conferir certa natureza à colaboração premiada.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró reconhece:

[a] colaboração premiada é, tanto um meio de prova, no que diz respeito às declarações do colaborador e, portanto, diretamente valoráveis pelo Juiz, quanto um meio de obtenção de prova, a partir da necessidade de que sejam descobertos e levados ao processo outros elementos de corroboração da declaração hétero-incriminadora⁴⁸¹.

Cezar Roberto Bittencourt e Paulo Busato sintetizam que a colaboração premiada deve “situar-se, (...) em um patamar de mero indício probatório, o qual não sendo reforçado por outros elementos de convicção, não pode gerar, ele somente, qualquer classe de sustentáculo para a condenação”⁴⁸².

Paulo Wunder e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, apoiando-se no conceito de indícios trazido por Maria Thereza de Assis Moura, sustentam:

as declarações do agente colaborador, por expressa previsão legal, não podem configurar o *factum probans*, pois, como vimos, não devem ser reconhecidas, isoladamente, como prova, ou seja, não são inquestionáveis e indúvidas. Nesse sentido, a palavra do colaborador pode caracterizar apenas uma daquelas chamadas circunstâncias que, agregadas ao *factum probans*, permitem a conclusão acerca do *factum probandum*.⁴⁸³

A relatividade da palavra do colaborador também permite que a mesma sirva de elemento componente de um sentimento “onde se denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições”⁴⁸⁴, com sua eficácia ligada à construção de circunstâncias, que poderiam contribuir com a realização de um raciocínio indutivo na formação da culpa dos demais agentes da organização criminosa, mas sempre atreladas a uma prova.

⁴⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do artigo 4º da Lei n. 12.850/13. **Revista Jurídica Consulex** v. 443, 2015, p. 136 *apud* WUNDER, Paulo de A. **Justiça penal negociada: o processo penal pelas partes**. Dissertação (Mestrado em Direito). 132 f. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 113.

⁴⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de organização criminosa: Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

⁴⁸³ WUNDER, Paulo; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Colaboração premiada: justa causa para quê? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 148, pp. 283-318, 2018, p. 292.

⁴⁸⁴ MITTERMAYER, C.J.A. **Tratado das provas em direito criminal**. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008, p. 295.

Relacionado a este fator, justamente por estar associada à outra prova já produzida, a própria disposição literal do artigo 4º, § 16, da Lei n. 12.850/2013⁴⁸⁵ confere à colaboração premiada, enquanto meio de prova, eficácia relativa, já que ainda é necessário o elemento de convicção corroborante para a condenação do delatado.

Aliás, sobre a questão da valoração, a jurisprudência italiana⁴⁸⁶ tem considerado que o controle sobre a valoração da declaração do colaborador deve se situar em três etapas. A primeira delas, relacionada à sua credibilidade, ou seja, à credibilidade de quem fala. No segundo aspecto estaria correlacionado à coerência e à verossimilhança da narração, para, por fim, relacionar-se aos chamados elementos extrínsecos, isto é, qual é a circunstância da declaração do colaborador, quando da reconstrução dos fatos e no descobrimento da verdade processual, de forma a perquirir se existe confirmação em outros elementos de prova.

Os dois primeiros são de análise *intrínseca*, ou seja, são subjetivos em relação ao declarante, e, na mesma linha, podem ser objetivos se se relacionarem com o conteúdo da declaração. Já o terceiro, é um *requisito extrínseco*, específico do controle das declarações incriminatórias de corréu, isto é, da delação premiada⁴⁸⁷.

Conforme assegura Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, a valoração do elemento intrínseco subjetivo deve se basear em um juízo unitário e complexo, considerando a pessoa do delator, com vistas a sua personalidade, e deve ser lastreada para descobrir se há a inexistência de um lucro pessoal, que pode ser resumido na ausência de animosidade, inimizade ou ódio do corréu delatado⁴⁸⁸.

Por isso o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a necessária rejeição de denúncias, quando embasadas tão somente em relatos de colaboradores premiados, sem elementos indiciários mínimos para dar suporte material à imputação.

Desde 12 de setembro de 2017, a questão é discutida pelo Ministro da Corte, Dias Toffoli. Ao apresentar seu voto em dois Inquéritos Policiais (n. 3.980 e n. 4.118), o Presidente do Supremo Tribunal Federal expôs reflexões sobre a ausência de justa causa para a ação penal, nos casos em que inexistem elementos extrínsecos de corroboração da colaboração, onde fez consignar: “a necessidade de existência de justa causa funciona como mecanismo para impedir,

⁴⁸⁵ BRASIL. Lei n. 12.850/2013. “Artigo 4º (...) 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

⁴⁸⁶ FERRUA, Paolo. La prova nel processo penale: profili generali. In: FERRUA, Paolo; MARZADURI, Enrico; SPANGHER, Giorgio (coord.). **La prova penale**. Torino: Giappichelli, 2013, p. 39.

⁴⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do artigo 4º da Lei n. 12.850/13. **Revista Jurídica Consulex** v. 443, 2015, p. 136.

⁴⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do artigo 4º da Lei n. 12.850/13. **Revista Jurídica Consulex** v. 443, 2015, p. 137.

em hipótese, a ocorrência de imputação infundada, temerária, leviana, caluniosa e profundamente imoral”.⁴⁸⁹

A Suprema Corte brasileira, durante o julgamento do Inquérito n. 4.074, por maioria de votos, rejeitou denúncia pautada exclusivamente em depoimento de colaboradores, nos termos do proferido no voto anterior do Ministro Dias Toffoli, contando com contribuições dos demais Ministros sobre o tema⁴⁹⁰.

O alinhamento com a referida posição se sustenta no fato de que, se os depoimentos de colaboradores não podem conduzir à condenação, quando não estiverem embasados por outras provas, também não devem autorizar a instauração de ação penal. Deve prevalecer o princípio da justa causa para o prosseguimento da persecução criminal como mecanismo para impedir imputações infundadas.

Nessa linha, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, ao acordar com a tese, privilegiou o princípio da presunção de inocência:

a desconfiança com os atos de colaboração decorre da presunção de inocência, a qual como regra probatória e de julgamento impõe à acusação o ônus de provar a culpa, além da dúvida razoável, reproduzindo provas contra terceiros que o delator obtenha a remissão de suas penas, ou seja, um ânimo de autoesculpação ou de eterno-inculpação.⁴⁹¹

No mesmo julgamento foi tratada a questão da convergência entre depoimentos de colaboradores e documentos produzidos de forma unilateral pelo próprio delator, como anotações e planilhas, os quais igualmente não têm o condão de ensejar a justa causa para a ação penal, devendo ser apresentadas provas externas que atestem a veracidade dos depoimentos prestados.⁴⁹²

Ainda sobre a análise que tem sido proporcionada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, a Segunda Turma vem apresentando posicionamento firme quanto à ausência de justa causa em denúncias lastreadas tão somente na palavra de colaboradores premiados, sem revestimento de provas idôneas de corroboração, privilegiando o princípio constitucional do *in dubio pro reo* em todas as fases do processo penal⁴⁹³.

⁴⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 3983, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 3-3-2016, DJe 12-5-2016.

⁴⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4074, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Public 17-10-2018 – Ata n. 154/2018. DJE n. 221, Public 16-10-2018.

⁴⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Inq. 4074, Rel. Min. Edson Fachin, j. 14-8-2018, pendente de publicação. Transcrição livre do julgamento.

⁴⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Inq. 4074, Rel. Min. Edson Fachin, j. 14-8-2018, pendente de publicação. Transcrição livre do julgamento.

⁴⁹³ “INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO (ARTIGO 317, § 1º, E ARTIGO 1º, § 4º, DA LEI N. 9.613/98, C/C OS ARTS. 29 E 69 DO CP). DENÚNCIA. PARLAMENTARES FEDERAIS. SUPOSTO ENVOLVIMENTO EM ESQUEMA DE CORRUPÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS RELACIONADO À DIRETORIA DE ABASTECIMENTO DA PETROBRAS. VANTAGENS INDEVIDAS. SUPOSTOS RECEBIMENTOS NA FORMA DE

Esta questão já foi consolidada na legislação italiana, sobre o tema delação/colaboração, segundo a qual os depoimentos devem ser sempre confrontados com as declarações do “acusado conexo”, além de serem ponderados em conjunto com outros elementos de prova aptos a atestar sua credibilidade. Por exemplo, o Código Processual Penal da Itália, em seu artigo 192, *como* 3, proíbe a utilização das declarações caso não estejam amparadas por outros elementos de prova, inutilizando-as.

Ao contrário da lei brasileira, em que se impede que as colaborações cruzadas (*mutual corroboration*) sejam utilizadas unicamente para fundamentar um decreto condenatório⁴⁹⁴, na lei italiana admite-se que o elemento de corroboração possa ser constituído por outra delação, desde que as declarações acusatórias sejam convergentes, intrinsecamente atendíveis e realmente autônomas entre si⁴⁹⁵.

DOAÇÕES ELEITORAIS OFICIAIS, POR INTERMÉDIO DE EMPRESAS DE FACHADA E EM ESPÉCIE. IMPUTAÇÕES CALCADAS EM DEPOIMENTOS DE RÉUS COLABORADORES. AUSÊNCIA DE PROVAS MINIMAMENTE CONSISTENTES DE CORROBORAÇÃO. *FUMUS COMMISSI DELICTI* NÃO DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. DENÚNCIA REJEITADA (ARTIGO 395, III, CPP) COM RELAÇÃO AOS PARLAMENTARES FEDERAIS, COM DETERMINAÇÃO DE BAIXA DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU QUANTO AO NÃO DETENTOR DE PRERROGATIVA DE FORO. 1. A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria (Inq. n. 3.719/DF, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 29/10/14). 2. Na espécie, encontra-se ausente esse substrato probatório mínimo que autoriza a deflagração da ação penal. 3. Se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade. 4. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 5. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*. 6. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. 7. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (artigo 4º, § 16, da Lei n. 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. 8. Como não há prova do conhecimento da suposta origem ilícita dos valores, não subsiste a imputação de corrupção passiva e fenece, por arrastamento, a de lavagem de capitais. 9. Não obstante, em sua contabilidade paralela, os colaboradores premiados tenham feito anotações pessoais que supostamente traduziriam pagamentos indevidos aos parlamentares federais, uma anotação unilateralmente feita em manuscrito particular não tem condão de corroborar, por si só, o depoimento do colaborador, ainda que para fins de recebimento da denúncia. 10. Se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular dele próprio emanada não pode servir, por si só, de instrumento de validação. 11. Denúncia rejeitada quanto aos parlamentares federais, nos termos do artigo 395, III, do Código de Processo Penal, com determinação de baixa dos autos ao primeiro grau para as providências que se reputarem pertinentes em relação ao denunciado sem prerrogativa de foro.”

⁴⁹⁴ “Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. Sendo uma hipótese de grande chance de erro judiciário, a gestão do risco deve ser orientada em prol da liberdade. Neste, como em outros casos, deve se optar por absolver um delatado culpado, se contra ele só existia uma delação cruzada, a correr o risco de condenar um delatado inocente, embora contra ele existissem delações cruzadas.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do artigo 4º da Lei n. 12.850/13. *Revista Jurídica Consulex* v. 443, 2015, p. 138).

⁴⁹⁵ GREVI, Vittorio. Le “dichiarazioni rese dal coimputato” nel nuovo Codice di Procedura Penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, out.-dez. 1991, p. 1.179. Em sentido contrário, não admitindo da corroboração recíproca: NOBILI, Massimo. *La nuova procedura penale*. Bologna: Editrice Bologna, 1989, p. 315; VERRINA, Gabriele. *Valutazione probatoria e chiamata di correo*. Torino: Giappichelli, 2000, p. 109; DELL’ANNA, Tiziana. L’esame del coimputato in reato connesso e la chiamata di correo. In: GAITO, Alfredo (coord.). *La prova penale*. v. II. Torino: Utet, 2008, p. 576.

De toda a forma, imperioso destacar que a colaboração representa apenas uma circunstância em que, sendo um fato conhecido e provado, possa ser formada uma tese, um indício. Assim, segundo Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Fernando da Costa Tourinho Filho, para que “alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada; que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade”⁴⁹⁶.

A palavra do colaborador, sem qualquer elemento externo que sustente sua provável aptidão, não possui condição específica para isoladamente sustentar uma ação penal em desfavor do delatado. Ela deverá estar associada a um elemento amparado por outra prova já existente, a fim de que, se possa, no mínimo, completar um indício, conforme sustenta Fernando da Costa Tourinho Filho:

Para que seja possível o exercício do direito de ação penal, é indispensável que haja, nos autos do inquérito, ou nas peças de informação, ou na representação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios, mais ou menos razoáveis, de que o seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção⁴⁹⁷.

Desta forma, considerando a questão exposta no início deste trabalho, pensamos que os depoimentos do colaborador, enquanto dispostos no processo de colaboração premiada, por possuírem carga indiciária de especial interesse da acusação, jamais poderão ser utilizados como fundamento específico para a prolação de sentenças, e até decisões interlocutórias como as de recebimento da denúncia e de cautelares, em geral, salvo se, para estas últimas, houver alguma prova de corroboração às declarações prestadas pelo colaborador.

Os colaboradores deverão ser ouvidos, como já exposto, antes das testemunhas de defesa, no início da instrução, imediatamente após a decisão de recebimento da denúncia, de forma a propiciar aos delatados complementarem uma ou outra testemunha defensiva posteriormente.

5.4 A anulação do acordo de colaboração

Para efeitos deste trabalho, outro ponto de tensão diz respeito à anulação do acordo de colaboração, que como um negócio jurídico pode ser rescindindo por qualquer uma das partes ou ainda impugnado. Expliquemos.

⁴⁹⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2001, p. 222.

⁴⁹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v.1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 445.

Quanto às hipóteses de rescisão, cremos não existir dúvidas.

Como todo contrato, o acordo de colaboração premiada estipula obrigações para ambas as partes que, se não estiverem satisfeitas com a efetividade das cláusulas ali acordadas, podem a qualquer momento rescindir o acordo, conforme o afirmado no §10, do artigo 4º, da Lei n. 12.850/2013: “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

O ponto de maior tensão é quanto à (im)possibilidade de corréus delatados impugnarem os acordos de colaboração de delatores⁴⁹⁸. E, sobre isso, exporemos a seguir.

Diante da complexidade do negócio jurídico personalíssimo, é natural haver a possibilidade de o acordo de colaboração premiada ser rediscutido, haja vista que ele é meio de obtenção de prova, que se enquadra em semelhança às interceptações telefônicas.

Por tal razão, há necessidade de cumprimento de aspectos formais no que tange à sua concretização, visto que o acordo deve obediência aos requisitos de regularidade, voluntariedade e legalidade que serão analisados pelo juiz no momento de sua homologação (artigo 4º, §§ 7º e 8º) – fase de prelibação, que não se confunde com a fase de apreciação dos termos do acordo e de sua eficácia, a qual ocorrerá por oportunidade da primeira sentença e nas sentenças subsequentes, se for o caso (artigo 4º, §§ 7º e 11º). É o que afirmam Élzio Vicente da Silva e Denisse Dias Rosas Ribeiro ao destacarem que os pressupostos são balizas para a competência do juízo e atribuição do negociador, já que conferem admissibilidade e finalidade ao uso da colaboração⁴⁹⁹.

Pensamos, na linha deste trabalho, que se existir algum vício de vontade nestes requisitos, os corréus delatados poderão impugnar o acordo.

Isto porque o juiz, como garantidor da aplicação máxima da lei e da Constituição Federal, deve, ao não participar da negociação, exercer a função de garantidor da legalidade das condições e das cláusulas do contrato. O controle, ainda que sem avançar no teor dos fatos narrados ou dos termos de depoimentos prestados pelo colaborador, está evidentemente sujeito à legalidade, o que impõe a não homologação de acordo com objeto indeterminado ou ilícito, como também de certas cláusulas que, por exemplo, não passem pelo filtro constitucional.

⁴⁹⁸ O Supremo Tribunal Federal entende que “(...) por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento (...)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 127.483/PR, Trib. Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-08-2015).

⁴⁹⁹ SILVA, Élzio Vicente da; RIBEIRO, Denisse Dias Rosas. **Colaboração premiada e investigação**: princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana. Barueri: Novo Século, 2018, p. 221.

Por isso, Andrey Borges de Mendonça afirma que, em um caso extremo, “caso se demonstre que a prisão foi utilizada para tal fim, haverá inadmissibilidade da colaboração premiada como um todo, por ausência de voluntariedade (requisito necessário da colaboração)”, de modo que “as palavras do colaborador não serão admissíveis e o meio de obtenção de prova e as provas obtidas a partir deste serão ilícitas⁵⁰⁰”.

Ora, se com relação à interceptação telefônica não há dúvidas sobre a possibilidade de impugnar a decisão que a autorizou, analisando, inclusive, a sua ilicitude e a contaminação das demais provas, não há sentido em impedir que a colaboração, enquanto disciplinada como meio de obtenção de prova, não esteja submetida às regras de impugnação, nulidade e ilicitude.

Até porque, como afirmam Fredie Didier Jr. e Daniela Bonfim, “a ausência de disciplina específica sobre as hipóteses e o meio de invalidação da decisão judicial de homologação, ainda que esta já tenha sido acobertada pela coisa julgada, não significa que a sanção da invalidação não lhe possa ser aplicada⁵⁰¹”, e se houver qualquer espécie de objeto indeterminado ou ilícito, além de certas cláusulas que, por exemplo, não passem pelo filtro constitucional, pensamos, na linha deste trabalho, que se deve impor a inutilização, dado o respeito às garantias constitucionais do processo e consequentemente às regras do devido processo penal, expressão máxima de proteção aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.

Nesta toada, portanto, se existir qualquer tipo de violação a normas legais, constitucionais ou convencionais, e, principalmente na afetação as garantias constitucionais da legalidade, imparcialidade jurisdicional e/ou da afetação às regras do sistema acusatório, neste trabalho, sustenta-se que é ilegal a realização da colaboração premiada, maculando-se o acordo firmado e eventuais elementos probatórios dele derivados, pouco importando o conteúdo prestado pelo colaborador em sede de depoimentos, haja vista que “a invalidação das decisões homologatórias e, se for o caso, do seu conteúdo, significará a extinção do(s) ato(s) impugnado(s) do mundo jurídico e dos efeitos jurídicos que tenham sido dele(s) decorrente(s)”⁵⁰².

Logo, se existirem situações relacionadas à ausência de cumprimento dos pressupostos para admissão do acordo, como, por exemplo, a carência de necessidade da negociação; a

⁵⁰⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. 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. 253.

⁵⁰¹ DIDIER Jr., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada: natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público**, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 62, out.-dez. 2016.

⁵⁰² DIDIER Jr., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada: natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público**, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 62, out.-dez. 2016.

desproporcionalidade da colaboração face a pouca gravidade do fato; a manifesta inconsistência das declarações iniciais do imputado e a ausência de corroboração preliminar; a inexistência de complexidade na investigação que justifique o instituto premial; a violação à voluntariedade ou à inteligência do imputado por falta de esclarecimentos sobre sua situação processual e seus direitos; manifesta imprecisão na subsunção típica dos fatos narrados⁵⁰³, é possível entender viável a possibilidade de impugnação do acordo, com a consequente anulação das provas ali produzidas em decorrência^{504 505}.

Da mesma forma, Mariana Lauand defende:

A colaboração processual obtida ilicitamente – vale dizer, por meio de coação física ou psíquica, ou com a utilização de qualquer subterfúgio que comprometa o discernimento do imputado colaborador, tal como o oferecimento de vantagens ilegítimas, a indução a erro, a utilização de mentiras e a produção de provas fictícias – torna o meio de prova inadmissível. Caso, ainda assim, venha a ser admitido no processo, não poderá ser valorado pelo juiz, por se tratar de prova ilícita, cabendo, portanto, seu desentranhamento dos autos⁵⁰⁶.

Sob a mesma égide, vale dizer, o acordo de colaboração premiada firmado com acusado preso. Quando estiver caracterizada como prisão ilegal, como pressão para aceitar o acordo, pode-se sustentar que o acordo decorrente desta prisão também seria ilegal. Da mesma forma, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski no *habeas corpus* n. 127.483 destaca:

De outra parte, também entendo, tal como o Relator, que, se a delação foi feita durante o período em que o delator se encontra na prisão, seja temporária, seja preventiva, tal circunstância, por si só, não a anula necessariamente, pois ela – a prisão, desde que legalmente decretada, não tem o condão de viciar a sua vontade. Em outras palavras, se a prisão for decretada sem observância dos requisitos processuais, a meu ver, o delator encontrava-se submetido a constrangimento ilegal, impossibilitado, pois, de expressar a sua vontade livremente.

Aliás, a orientação da Suprema Corte norte-americana ao analisar o tema afirmou que a acusação tem liberdade para tentar convencer o réu a colaborar, sob as mais diversas técnicas de persuasão, desde que elas possuam suporte legal. Assim, a proposta da colaboração não apenas pode partir das hipóteses de condenação, como também de outras ponderações que

⁵⁰³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 135.

⁵⁰⁴ Mariana de Souza Lima Lauand afirma: “no caso específico da colaboração processual obtida a partir da utilização de coação psíquica ou física, parece-nos óbvio que não poderia ser tida como lícita qualquer prova dela derivada, sob pena de tornar a garantia constitucional da proscrição das provas ilícitas letra morta”. (LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p. 125).

⁵⁰⁵ Para efeitos deste trabalho, aliás, entende-se que é ilegal o acordo de corréus delatados fechado em bloco pelo mesmo advogado, haja vista que fere integralmente a voluntariedade e espontaneidade do instrumento negocial.

⁵⁰⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017, p. 202.

reforcem a necessidade do acordo, como o risco de bloqueio de bens e demais circunstâncias consequentes das condenações, desde que tais colocações encontrem correspondência na lei⁵⁰⁷.

Portanto, a luz do que consideramos exercício da ampla defesa e do contraditório, pensamos que, se manifestamente ilegal o acordo de colaboração, a defesa do corréu delatado tem legitimidade suficiente para impugnar tal medida, haja vista que esta foi a origem da coleta de provas e evidências utilizadas para condenar o acusado.

⁵⁰⁷ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 39.

6 CONCLUSÃO

De uma maneira geral, pode-se sinteticamente afirmar que o processo penal se trata da aplicação de um direito material de forma a assegurar a todas as partes as garantias fundamentais e constitucionais já estabelecidas. Ele está inserido num contexto de sociedade contemporânea e, por essa razão, também sofre com as características da pós-modernidade.

Nesse sentido, portanto, a redução do risco, a aceleração, a utilidade e a expansão penal deram ensejo e abriram portas para que o processo penal seja analisado de forma mais eficiente. Com a proliferação de tipificações penais e a desorganização do Estado perante estas novas formas de criminalidade, a expansão penal coincidiu com novas formas de justiça negociada, nas quais é veemente o critério utilitarista do processo.

Aliados a uma maior necessidade de eficiência ao combate da criminalidade organizada, países que trabalham com o paradigma do *commom law*, sob o pretexto de redução de custos com os processos, conduziram o modelo negocial penal em confronto a alguns princípios e garantias processuais penais, como a legalidade, o contraditório, a presunção de inocência, a ampla defesa e o sistema acusatório.

No entanto, em que se pese todo esse utilitarismo, sob o ângulo global, o processo penal visado não só trata de mera punição. É, também, no contexto de sua eficiência constitucional, a harmonia do instrumento de aplicação penal com os direitos e garantias do acusado, em sua esfera de liberdade.

No modelo do Estado Democrático de Direito, o sistema processual penal está escorado em duas facetas de princípios constitucionais: no modelo acusatório de processo penal adotado pela Constituição Federal de 1988 e na igualdade de armas entre acusação e defesa e o juízo imparcial. Para tanto, os limites probatórios constitucionais repousam sob o valor da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, sobre os quais estão alicerçados os direitos humanos fundamentais para garantir qualquer julgamento democrático. A dita verdade, pode se dizer, é fruto da captação cognitiva por um sujeito que é o julgador, a partir de uma lógica processual, onde verdadeiramente não se pode presumir pela existência de uma verdade real.

Assim, considerando que o modelo consensual de justiça criminal se apresenta como uma espécie de justiça penal negociada, o sistema processual penal brasileiro admitiu pela primeira vez através dos institutos despenalizadores regulados pela Lei n. 9.099/1995 (suspensão condicional do processo e transação penal), a qual se refere aos Juizados Especiais Criminais. Mas, estes mecanismos, apesar de serem tratados por parte da doutrina como alternativas não punitivas, representam, também, o avanço estatal na materialização antecipada

do poder penal a partir da renúncia à defesa do réu. E, com o avançar dos anos, de certa forma, legitimou-se uma nova subespécie da justiça negocial, modelo da justiça penal colaborativa, que no Brasil se expressa através dos acordos de leniência – previstos na Lei de Proteção da Ordem Econômica (Lei n. 12.529/2011) e na Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), dos programas de *criminal compliance* e *whistleblowing system*, situados também na Lei Anticorrupção e na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998 com redação dada pela Lei n. 12.683/2012) e, por fim, dos acordos de colaboração premiada.

Desta maneira, a colaboração premiada, enquanto meio de obtenção de provas, diante da busca efetiva da prova contra a criminalidade organizada, aproximou bastante o colaborador como verdadeiro auxiliar da acusação, principalmente, por prever, em dispositivo legal (Lei n. 12.850/2013), a hipótese de crime de delação caluniosa, caso o delator minta, e o compromisso legal de dizer a verdade. No mesmo sentido, tornou um instrumento definido como elemento de prova muito hábil para auxiliar no convencimento do julgador. Não se trata, de tal sorte, de mero mecanismo de obtenção de prova. É, também, um instituto que, se não regulado, afronta o sistema acusatório.

Da mesma forma, a colaboração premiada não só representa o instituto pautado no incentivo à confissão do acusado com a expectativa de auferir um prêmio à sua condição processual, em regra a partir da redução de sua imaginária punição. A questão está associada ao direito de acusar, pois visa a facilitar a atividade persecutória estatal na busca do esclarecimento dos fatos e na incriminação de terceiros.

A diferença para os citados institutos previstos na Lei n. 9.099/1995 é que nestes não existe a assunção da culpa, nem a necessidade de o corréu fornecer informações para o desvelamento do crime e demais integrantes da organização criminosa. A colaboração premiada, portanto, reforça essa perspectiva com o adendo da inversão do ônus probatório e a consolidação de uma verdade negociada entre acusação e defesa. Assim, em obediência à Lei, a colaboração lida com a perspectiva da caracterização da verdade, isto é, a partir da necessidade de esclarecer os fatos para o deslinde processual, como também com os mecanismos de estabilização das expectativas dos sistemas sociais, onde cede lugar à prevenção dos riscos no sistema processual e nos demais sistemas.

Considerando que o direito processual penal pode ser visto como um sistema necessário para dar funcionalidade aos demais sistemas, numa relação paradoxal de redução e aumento de complexidades sistêmicas, o intuito da colaboração premiada é destinado a manter a confiança no sistema jurídico processual penal, tanto por parte dos outros sistemas sociais (político,

econômico, etc.), como dele mesmo. Proporciona a confiança nos meios de prova, de forma que o Estado poderia gerenciar de forma mais eficiente os riscos da dinâmica processual, mantendo o interesse em seu viés punitivo.

Porém, o respeito aos direitos fundamentais ainda é o mecanismo mais eficiente para resistir às arbitrariedades resultantes da delação premiada e para viabilizar um processo penal mais justo e isonômico. Assim, o amplo exercício da defesa, através do direito ao confronto, do acesso aos termos e da impugnação de cláusulas e de decisões judiciais atinentes aos acordos de colaboração premiada, demonstra a necessidade da adoção do modelo processual elevado à dimensão constitucional.

O certo é que, no processo penal que se pretende democrático e eticamente justo, o regime jurídico trazido pela Constituição Federal deve ser adotado integralmente, de maneira vinculante e dirigente – é saber, a Constituição Federal de 1988 enquanto lei fundamental do processo penal, uma regra absoluta e que não comporta temperamento.

No modelo acusatório de processo penal, a estrutura judicial é constitucionalmente edificada em diferentes graus de jurisdição, o que enseja especial protagonismo ao sistema jurídico de impugnações das decisões do Poder Judiciário, através de ações autônomas e até de recursos criminais. De fato, para exemplificar, aliás, é o sistema de impugnações que possibilita o reexame dos casos em graus de jurisdição. Sob essa ótica, portanto, a revisão das decisões tomadas por agentes estatais representa o exercício de dignidade da pessoa humana, especialmente por se definir como um instrumento de defesa.

O exercício da ampla defesa, com a possibilidade de impugnação, é um direito público fundamental que não apenas possibilita a adoção plena do princípio jurídico-político do duplo grau de jurisdição. Da mesma forma que institui um sistema de maior publicidade aos julgados e representa segurança jurídica na verificação de uma pretensão punitiva, a ampla defesa obriga o reexame do caso num desdobramento da relação jurídico-processual e de completa limitação do arbítrio dos poderes públicos.

Nesse particular, portanto, o acordo de colaboração premiada obriga a discussão de seu escopo e de suas cláusulas.

Apesar de tardiamente o Supremo Tribunal Federal iniciar um movimento para rever seu posicionamento de impedir que terceiros eventualmente implicados por colaboradores não tenham direito à impugnação do clausulado, por se tratar verdadeiramente de um eficiente meio de obtenção de prova, nos parece claro que o exercício da ampla defesa e do contraditório devem implicar e permitir ao delatado o direito de discutir e de impugnar o acordo, em sua

última análise. Mais do que isso, faz-se necessidade da criação, no Processo Penal, de um regime legal próprio para o colaborador premiado.

Assim, por mais que alguns sustentem a colaboração premiada como instrumento de defesa, o colaborador – sempre acompanhado de defensor – deve estabelecer o firme propósito acusatório, qual seja, o de manutenção da higidez do acordo no decorrer do tempo. É, por isso, que justamente o próprio Supremo Tribunal Federal entendeu que o réu colaborador deve apresentar alegações finais antes dos corréus delatados, dado que a análise sobre o cumprimento do acordado ocorre com o transcurso do tempo, quando poderão ocorrer diversas situações, como omissões, contradições, ambiguidades ou dúvidas referentes ao fato e até às cláusulas, o que poderá propiciar rescisões e impugnações pelos contratantes.

Portanto, em apertada síntese, nessa nova onda do consenso no processo criminal moderno, é mais do que necessário impor a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo criando um regime legal próprio e específico para o colaborador. Vale dizer, portanto, que este regramento do acordo de colaboração premiada não pode estar dissociado do sistema penal constitucional, posto que o único sistema possível, segundo nosso entendimento, é o sistema de garantias constitucionais.

Nesta lógica, pois, pode-se dizer que a colaboração premiada é instrumento útil, eficaz e necessário para a capacidade investigatória do Estado. Todavia, é mais do que imprescindível que o instituto esteja em consonância com as garantias do combalido sistema processual brasileiro, posto que controle, segurança e confiabilidade legítima no Estado se tornam essência do próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ALSCHULER, Albert W. The defense attorney's role in plea bargaining. **Yale Law Journal**, v. 84, n. 6, p. 1.179-1.314, maio 1975.
- AMODIO, Ennio. **Processo penale, diritto europeo e common law**. Dal rito inquisitorio al giusto proceso. Milano: Giuffré, 2003.
- AMORIM, Adriana Pinheiro. Perspectivas da delação premiada: limites e desafios. In: IASP/CIEE. **Aspectos penais controversos da colaboração premiada**. São Paulo: IASP, 2016.
- ANGELINI, Roberto. A negociação das penas no direito italiano (o chamado *patteggiamento*). **Revista Julgar**, Coimbra n. 19, 2013. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content>. Acesso em: 24 abr. 2019.
- ANSELMO, Márcio A. **Colaboração premiada**. O novo paradigma do processo penal brasileiro – doutrina e prática. A visão do delegado de polícia. Rio de Janeiro: Mallet, 2016.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de desecho procesal penal**. Madrid: Rubi, 1981.
- AROCA, Juan Montero. **Principio del proceso penal** – una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.
- ART, Gunther; TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O valor probatório da delação premiada: sobre o §16 do art. 4º da Lei n. 12.850/13. **Revista Jurídica Consulex** v. 443, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.
- BECCARIA, Cesare Bonesan. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

BECHARA, Fábio R.; SMANIO, Gianpaolo. Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira. **Caderno de Relações Internacionais**, v. 7, n. 13, ago.-dez. 2016.

BENTO, Ricardo Alves. O dogma constitucional da presunção de inocência. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BEVERE, Antonio. **La chiamata di correo**. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale. Milano: Giuffrè, 1993.

BIALSKI, Daniel Leon. *In*: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de organização criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália. Uma análise comparativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 88, jan.-fev. 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil. *In*: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). **Delação premiada**. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma nova política de repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BORGES, Paulo César Correa. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005.

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. jan.-abr. 2017.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

BRITO, Michelle B. **Delação premiada e decisão penal**: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BROOK, Carol A.; FIANNACA, Bruno; HARVEY, David; MARCUS, Paul; MCEWAN, Jenny; POMERANCE, Renee. A comparative look at plea bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand, and the United States. 57 Wm. & Mary L. **Rev.** 1147, 2016.

Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/4>. Acesso em: 01 out. 2019.

CALLEGARI, André Luis; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada: lições práticas e teóricas** – de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões. Simpósio de Direito Processual Civil, ocorrido em 11 de maio de 1991, Niterói/RJ. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**, v. 3, Niterói: IEJ, 1991.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 133, ano 25, p. 133-171, jul. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO JÚNIOR, Clóvis. **As origens do Estado**. Tese de Livre Docência. Faculdade de História, Direito e Serviço Social, UNESP/Franca, 1988.

CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro** – dogmática e crítica: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COURA, Alexandre C.; BEDÊ JR., Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 105, v. 969, jul. 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Crítica à teoria geral do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do direito processual penal brasileiro. **Separata ITEC**, ano 1, n. 4, jan.-fev.-mar. 2000.

COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, ano VI, n. 22, abr.-jun. 2006.

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

DALLA, Humberto; WUNDER, Paulo. Os benefícios legais da colaboração premiada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 107-144, jan.-abr. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DEL CID, Daniel. A homologação dos acordos de colaboração premiada e o comprometimento da (justa) prestação jurisdicional. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 23, n. 275, nov. 2015.

DELL'ANNA, Tiziana. L'esame del coimputato in reato connesso e la chiamata di correo. *In*: GAITO, Alfredo (coord.). **La prova penale**. v. II. Torino: Utet, 2008.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. A colaboração premiada e a lei das organizações criminosas. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 9, n. 1, jan.-jun. 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**: tipo processual, provas típicas e atípicas. São Paulo: Millennium, 2008.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

DIAS, Jorge Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal. *In*: **Jornadas de Direito Processual Penal**. O novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro**. Coimbra: ROA, 1983.

DIAS, Leandro. Los acuerdos en derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Pensar el Derecho**, Buenos Aires, año 4, n. 6, p. 195-244, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada: natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. *In*: **Revista do Ministério Público**, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 62, out.-dez. 2016.

DINIZ, Eduardo Saad. Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa. *In*: DINIZ, Eduardo Saad; CASAS, Fabio; COSTA, Rodrigo de Souza (org.) **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs. 2015.

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

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Delação premiada: proibição para quem está preso. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, v. 11, n. 66, 2015.

DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Justiça consensual e tutela dos direitos individuais. **PHRONESIS** – Revista do Curso de Direito da FEAD, n. 4, jan.-dez., 2008.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. **Boletim IBCCrim**, v. 17, n. 202, set. 2009.

ENGELS, Friedrich. Introdução de 1895 à As Lutas de Classe na França. *In*: MARX & ENGELS: **Textos**. v. III. São Paulo: Edições Sociais, 1977.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Vitória, 1981.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. **Linguagem, prova e verdade no processo penal: uma nova visão humana**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: RT, 2012.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FEROLLA, Guido; FRANCISCO NETO, João. As mazelas da colaboração premiada. *In*: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação premiada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRUA, Paolo. La prova nel processo penal: profili generali. *In*: FERRUA, Paolo; MARZADURI, Enrico; SPANGHER, Giorgio (coord.). **La prova penale**. Torino: Giappichelli, 2013.

FIGUEIRAS JUNIOR, Araújo. **Tratado da prova em matéria criminal**. Rio de Janeiro: Typ. Universal de E. & H. Laemmert, 1878.

FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa C. V. C. **Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Qual o meio processual para requerer a delação premiada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória? **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano VI, n. 36, fev.-mar., 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal** – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica. v. 4. São Paulo: RT, 2008.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In*: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GREVI, Vittorio. Le “dichiarazioni rese dal coimputato” nel nuovo Codice di Procedura Penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, out.-dez. 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 27, jul-set. 2000.

HASSEMER, Winfried. **La verdad y la búsqueda de la verdad en el proceso penal: la medida de la Constitución**. México: Ubijus, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Histórias das ideias penais na Alemanha do pós-guerra**. Lisboa: AAFDL, 1995.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. *In*: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação premiada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. **Réu delator funciona como espécie de assistente de acusação trazida pelo MP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-02/afranio-silva-jardim-reu-delator-atua-assistente-acusacao>. Acesso em: 01 out. 2019.

KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo: para além da ambição inquisitorial**. 2. ed. Belo Horizonte, MG: Letramento/ Casa do Direito, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of pleabargaining and the americanization thesis in criminal procedure. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=707261>. Acesso em: 17 set. 2019.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. **Delictae**, Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dez. 2017. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 17 set. 2019.

LARONGA, Antonio. **Le prove atipiche nel processo penale**. Padova: CEDAM, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações do Brasil, 1993.

LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

LEITE, Alaor; GRECO, Luís. **O status processual do corréu delator**. Disponível em: <https://www.jota.info>. Acesso em: 01 out. 2019.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 7, 1952.

LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury; PACZEK, Vitor. **Corréu-delator tem que ser ouvido antes das testemunhas de defesa**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-27/limite-penal-correu-delator-ouvido-antes-testemunhas-defesa#_ftn1. Acesso em: 01 out. 2019.

LOWIE, Robert. **The origin of State**. Nova York: Russel, 1961.

LUZ, Yuri Côrrea da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCrim, 2013.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução da 3. ed. de 1912. São Paulo: CONAN, 1995.

MANDARINO, Renan Posella. **Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal**. Dissertação (Mestrado em Direito). UNESP/Franca, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/143920>. Acesso em: 18 mar. 2019.

MANZANO, Luis Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2010.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritti processuale italiano**. 6. ed. v. 1. item 37. Torino: UTET, 1967.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARQUES, Antonio S. P. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 60, 2014.

MARTINELLI, João Paulo O. Delação premiada: uma realidade sem volta. *In*: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação premiada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MATOS FILHO, Renato de Souza. Do mensalão à Lava Jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no processo penal. *In*: **Boletim IBCCrim**, n. 302, jan. 2018.

MATTOS FILHO, J. Mauricio C.; URANI, Marcelo F. Aspectos críticos da colaboração premiada. *In*: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação premiada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). **Revista Custos Legis**, v. 4, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. 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.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado**. Lei n. 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

MEYER, André Machado. **Imparcialidade e processo penal na prevenção da competência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MEYER, Eduard. **El historiador y la historia antigua** – estudios sobre la teoria de la historia y la historia económica y política de la antigüedad. México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1955.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo. Quartier Latin, 2009.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado das provas em direito criminal**. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008.

MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: **Temas de Direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOURA, Maria Thereza Rocha Assis. **Justa causa para a ação penal** – doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2001.

NOBILI, Massimo. **La nuova procedura penale**. Bologna: Editrice Bologna, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada em España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 39-70, jan.-abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38>. Acesso em: 26 jul. 2019.

OSÓRIO, Fernanda C.; LIMA, Camile E. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei n. 12.850/2013. *In*: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo (org.). **Processo penal e garantias**. Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PAULA, Renato Tavares de. A justiça criminal negocial nos crimes de média gravidade no Brasil. Reforço efetivo da política criminal e incremento funcional da eficiência do processo. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 314, jan. 2019.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção jurídico-penal e direitos universais** – tipo, tipicidade e bem jurídico universal. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

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

PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. Tradução de Luís Henrique Machado. **RDU**, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 30-51, mar.-abr. 2017.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil** – evolução histórica. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, p. 429-466, 2004.

PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. **Los delatores en el proceso penal**. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la justicia. Madrid: Wolter Kluwer, 2018.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: RT, 1997.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Ronaldo P. (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. *In*: **Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal**. Estudos de processo penal. São Paulo: Scortecci, 2011.

RICCI, Gian Franco. Atipicità della prova, processo ordinário e rito camerale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno LVI, n.2, giugno, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Celeridade e eficácia**: uma opção político-criminal. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria. Coimbra: Coimbra, 2003.

ROLON, Dario Nicolas. Los acuerdos en el proceso penal según la Corte Constitucional Alemana, **Revista de Derecho Penal y Criminología**, año IV, n.2, p. 104-120, mar. 2014, p. 111. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar>. Acesso em: 16 set. 2019.

ROSA, Alexandre M. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: discursos sobre a origem da desigualdade entre os homens. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ROXIN, Claus. **Derecho penal** – parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción y notas por Diego Manuel Luzón Pena; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SÁ, Alberto Medina de. Legalidade da prova e reconhecimentos atípicos em processo penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria, RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (orgs.) **Liber discipulorum para Jorge Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003.

SALOMI, Máira Beauchamp. Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de. **Colaboração premiada**. São Paulo: RT, 2017.

SANTORO, Antônio E. R. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei n. 12.850/2013. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.). **Delação premiada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

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

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, jan.-abr. 2017.

SCHÜNNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: SCHÜNNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal**. Direito processual penal e filosofia do direito. (coord.) Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas**: aspectos penais e processuais da Lei n.12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Élzio Vicente da; RIBEIRO, Denisse Dias Rosas. **Colaboração premiada e investigação**: princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana. Barueri: Novo Século, 2018.

SILVA, Marcelo R. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan.-abr. 2017.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juruá, 2008.

SILVA, Marco Antonio Marques da. O processo como ponte entre o cidadão e o poder jurisdicional. **Cadernos Jurídicos (EPM)**, v. 44, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

SLOBOGIN, Christopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism, 57 **Wm. & Mary L. Rev.** 1505, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss4/12>. Acesso em: 01 out. 2019.

SOUZA, Diego Fajardo de Maranha Leão. **O anonimato no processo penal**. Proteção à testemunha e o direito à prova. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2010.

SOUZA, Mariana Mei de. Os limites e o controle dos acordos de colaboração premiada: o rei está nu, ou, em terra de cego, quem tem um olho é louco? *In*: MENDES, Soraia da Rosa (org.). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. **O que é isto** – as garantias processuais penais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.

TASSE, Adel El. Delação premiada. **Ciências Penais** – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, v. 3, n. 5, p. 269-283, 2006.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América** – leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado democrático. Tradução de Eduardo Brandão; Prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2010.

TORTATO, Moacir R. O papel do juiz na delação premiada. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-Grossense**, v. 5, jan.-dez. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TULKENS, Françoise. Justiça negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XLIX, n. 147, p. 13-33, sep./dic. 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 15, jan.-jun. 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise da expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCcrim, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: RT, 2017.

VERDU, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VERRINA, Gabriele. **Valutazione probatoria e chiamata di correo**. Torino: Giappichelli, 2000.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito – *civil law e common law*. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

WUNDER, Paulo; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Colaboração premiada: justa causa para quê? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 148, p. 283-318, 2018.

WUNDER, Paulo de A. **Justiça penal negociada: o processo penal pelas partes**. Dissertação (Mestrado em Direito). 132 f. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

Decisões dos Tribunais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127.483/PR, plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-08-2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Dec. Mon. na Med. Caut. na PET 7.054/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08-06-2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC 157.627/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, j. 27-08-2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC 166.373/PR, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. 02-10-2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgReg. na Rcl 21.258/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15-03-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inq. 3.983/DF, Trib. Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 03-03-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AgReg. na Pet. 5.885/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 05-04-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inq. 3.979/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 27-09-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Dec. Mon. no HC 144.426 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07-06-2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Dec. Mon. no HC 144.652 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12-06-2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI 5.508, Min. Rel. Marco Aurélio Mello, j. 20-06-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC 97.553/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16-06-2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg na APn 843/DF, Corte Especial, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 07-12-2016.

Referências normativas**(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)**

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração