



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Rafael Estrela Nóbrega

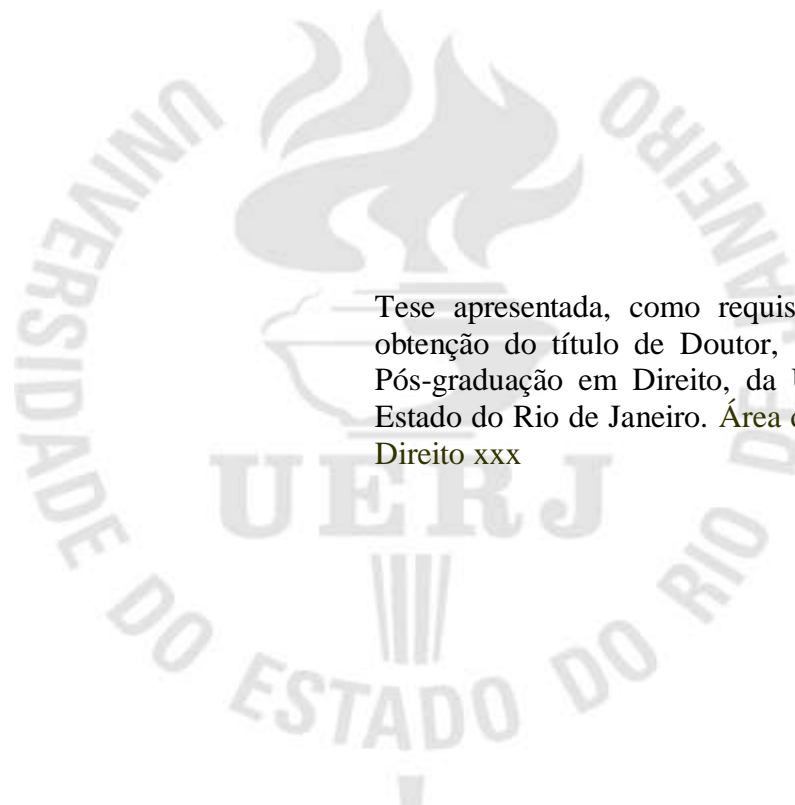
Standards da prova de corroboração na colaboração premiada

Rio de Janeiro

2022

Rafael Estrela Nóbrega

Standards da prova de corroboração na colaboração premiada



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito xxx

Orientador (a) (es): Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Coorientador (a) (es): Prof. Flávio Mirza Maduro

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

N754 Nóbrega, Rafael Estrela.

Standards da prova de corroboração na colaboração premiada/ Rafael Estrela Nóbrega. - 2022.

435 f.

Orientadora: Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

Coorientador: Prof. Flávio Mirza Maduro.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Prova (Direito) - Teses. 2. Verdade –Teses. 3. Controle – Teses. I.Pinho, Humberto Dalla Bernardina de. II. Maduro, Flávio Mirza. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 343.14

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Rafael Estrela Nóbrega

Standards da prova de corroboração na colaboração premiada

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 31 de outubro de 2022.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernadina de Pinho
Faculdade de Direito – Uerj

Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro
Faculdade de Direito – Uerj

Prof. Dr. Luis Gustavo Grandinetti de Carvalho
Faculdade de Direito – Uerj

Prof. Dr. Diogo Rudge Malan
Faculdade de Direito – Uerj

Prof. Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Profa. Dra. Patricia Maria Dusek
Centro Universtiário Augusto Motta

Rio de Janeiro

2022

DEDICATÓRIA

Penitencio-me pelas ausências, quando os compromissos profissionais e acadêmicos me requisitam. Mas, minha família é meu alicerce. É onde encontro forças para enfrentar os obstáculos da vida. Chris, grande amor da minha vida, minha alma gêmea, que me deu dois maravilhosos e amados filhos. Bernardo e Guilherme, sem vocês, nada faria sentido. Ao meu saudoso pai, Edivaldo, a quem devo o caráter e a retidão. Minha mãe, Manuela, a quem tudo devo. Que nunca me deixou desistir e que até hoje me ensina a viver. Ao meu sogro, *in memoriam* e a minha sogra, que sempre estiveram dispostos a me ajudar nessa caminhada.

Honrado com o convite para auxiliá-lo na difícil tarefa de Juiz Auxiliar da Presidência do E. TJRJ, rendo minhas homenagens ao Desembargador Henrique Figueira, com quem aprendi muito o significado de espírito público.

Há anos ela me acompanha. Sempre competente e dedicada. Roberta, minha querida assessora, sem sua valiosa ajuda essa missão não chegaria ao fim.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço a Deus. Fonte primária de tudo o que nos ronda. É Ele que nos concede o dom da vida, nos protege e está sempre ao nosso lado a orientar e guiar os passos do caminho do bem.

Rendo minhas homenagens aos queridos Professores Luiz Fux, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro e Aluísio Gonçalves por todos os ensinamentos que me permitiram concluir essa etapa da minha vida acadêmica. São nomes que tornam nossa querida UERJ uma referência nacional na ciência processual.

Aos meus orientadores, Professores Humberto Dalla e Flavio Mirza, minha eterna gratidão, e cujas lições dentro e fora de sala de aula foram fundamentais na construção da ideia aqui apresentada. Sem o conteúdo jurídico a mim transmitido não seria capaz de finalizar o presente trabalho.

A vida é a troca de experiências. Neste caminho, convivi com queridos amigos de UERJ, que tornaram mais leve essa etapa da vida acadêmica. Anderson Paiva, Antônio Aurélio Abi Ramia, Daniel Viana Vargas, Felipe Gonçalves, José Roberto de Mello Porto, Marcelo Mazzola, Paulo Wunder, Rodrigo Fux e Rodrigo Salomão, que possamos estar sempre juntos em novas missões.

Ser bom é fácil. O difícil é ser justo.

Victor Hugo
(1802-1885)

RESUMO

NOBREGA, Rafael Estrela. *Standards da prova de corroboração na colaboração premiada*. 2022. 435f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

A finalidade da instrução probatória reside na formação de elementos concretos que assegurem a reconstrução histórica e a comprovação dos fatos alegados. Nessa fase processual todos os esforços devem ser dirigidos para uma perfeita apuração, o que exige o empenho de todas as partes envolvidas, no desígnio comum de se chegar ao conhecimento da verdade. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário se compromete com a sociedade na solução do caso concreto e a pacificação do litígio, colocando à disposição todo o aparato imprescindível, seja em tecnologia, mas também, material humano, para o melhor deslinde do feito. A justiça, a segurança jurídica e a confiabilidade da população no Estado enquanto detentor do *ius puniendi* revela-se no contexto das decisões. Quanto mais aproximada da verdade dos fatos, maior a definição de efetividade da prestação jurisdicional. A fórmula mais acertada para o atingimento desse mister consiste na reunião e aquisição de um complexo de provas preciso e robusto, de modo a garantir a consistência na comprovação das premissas fáticas que compõem a hipótese sob apreciação. Diante desse compromisso, especificamente o da apuração da verdade, convém ressaltar a importância dos institutos jurídicos que podem contribuir para esse desiderato, ainda mais quando no contexto da colaboração premiada. Essa, enquanto consagrada para o desmantelamento de organizações criminosas bem engendradas e estruturadas, lança desafios ao poder estatal no que tange à fiel observância dos seus requisitos procedimentais, em especial aquele objeto deste trabalho, a delação premiada e os elementos externos de corroboração. Embora legitimamente reconhecida pela lei, a delação premiada, moralmente, desperta dúvidas, o que determina o estabelecimento de um nível de controle mais rígido. Desta forma, este trabalho tem por objetivo analisar a imprescindibilidade dos *standards* probatórios de corroboração no contexto da colaboração premiada como instrumento de controle da decisão judicial, de modo a fornecer ao juiz meios, paradigmas e critérios objetivos a fim de perquirir a suficiência da prova para definir as declarações do delator habilitadas ao recebimento da denúncia ou da queixa, à decretação de medidas cautelares pessoais ou reais e à condenação penal do delatado. O juiz, enquanto destinatário do resultado da prova, será munido de ferramentas mínimas que o nortearão nessa decisão, não porque precisa pessoalmente restar convencido, mas porque essencialmente se exige demonstrar que a metodologia empregada no processo mental inferencial para decidir tem como subsídios as premissas que emanam das provas. A transparência do modelo decisório recrudescer as bases do Estado Democrático de Direito e as balizas constitucionais do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa.

Palavras-chave: Prova. Verdade. Corroboração. *Standards*. Objetivos. Controle.

ABSTRACT

NOBREGA, Rafael Estrela. *Standards of evidence in the plea bargaining*. 2022. 435f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

The purpose of the evidence during the trial is to provide concrete elements that ensure the historical reconstruction and proof of the alleged facts. In this procedural phase, all efforts must be directed towards a perfect investigation, which requires the commitment of all parties involved, in the common goal of reaching the truth. From this perspective, the Judiciary is committed to the solution of the concrete case and the pacification of the dispute, making available all the essential apparatus, either in technology, or in human resources, for the best solution of the case. Justice, legal certainty and the reliability of the population in the State as the holder of the *ius puniendi* is revealed in the moment of the decision. The closer to the truth of the facts, the greater the definition of effectiveness of the jurisdictional provision is. The best formula for achieving this task consists in gathering and acquiring a complex of accurate and robust proofs, in order to guarantee consistency in proving the factual premises that make up the hypothesis under consideration. In view of this commitment, specifically that of ascertaining the truth, it is worth emphasizing the importance of legal institutions that can contribute to this desideratum, even more so when in the context of award-winning collaboration. This, while dedicated to the dismantling of well-engineered and structured criminal organizations, poses challenges to state power regarding the faithful observance of its procedural requirements, especially the object of this work, which are the plea bargain and the external elements of corroboration. Although legitimately recognized by law, the plea bargain, morally, raises doubts, which determines the establishment of a stricter level of control. In this way, this work aims to analyze the indispensability of corroborative evidentiary standards in the context of award-winning collaboration as an instrument of control of the judicial decision, in order to provide the judge with means, paradigms and objective criteria to investigate the sufficiency of evidence and to define the statements of the whistleblower authorized to receive the denunciation or complaint, the enactment of personal or actual precautionary measures and the criminal conviction of the person on trial. The judge, as the recipient of the test result, will be provided with minimal tools that will guide him in this decision, not only because he needs to be personally convinced, but also on account of it is, essentially, required to demonstrate that the methodology used in the inferential mental process to decide has as subsidies only the premises emanating from the evidence. The transparency of the decision-making model reinforces the bases of the Democratic State of Law and the constitutional guidelines of Due Legal Process.

Keywords: Proof. Corroboration. *Standards*. Objective. Control.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DJe	Diário da Justiça eletrônico
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
j.	juízo
Inq.	Inquérito
MP	Ministério Público
p.	publicação
Pet	Petição
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
USA	United States of America

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	13
1	DA VERDADE.....	14
2	DA PROVA.....	23
2.1	Conceitos. Acepções.	23
2.1.1	Classificações.....	23
2.1.2	<u>Provas. A aparente “singularidade” dos</u>	26
2.1.3	<u>conceitos.....</u>	28
2.1.4	<u>Acepções na doutrina: atividade probatória, meio ou</u> <u>resultado.....</u>	31
2.1.5	<u>Suspeita, indícios e presunções.</u>	32
2.1.6	<u>Diferenciações.....</u> <u>Elementos informativos e a excepcionalidade das provas cautelares, não</u>	33
2.2	<u>repetíveis e</u> <u>antecipadas.....</u>	34
2.2.1	<u>Fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de</u>	37
2.2.1.1	<u>prova.....</u>	37
2.2.1.2	<u>Classificações relevantes. Prova direta e indireta. Prova real e pessoal.</u>	37
2.2.1.3	<u>Prova plena e não</u>	38
2.2.1.4	<u>plena.....</u>	41
2.2.1.5	A importância da instrução probatória para valoração judicial das provas.....	45
2.3	<u>Sistemas de valoração da</u>	50
2.3.1	<u>prova.....</u>	51
2.3.1.1	<u>Sistema primitivo.....</u>	52
2.3.1.2	<u>Sistema místico ou religioso.....</u>	57
2.3.1.3	<u>Sistema das regras legais ou da certeza moral do legislador ou da prova</u>	58
2.3.1.4	<u>legal..</u>	60
2.3.1.5	<u>Sistema da livre convicção ou da certeza moral do juiz ou da íntima</u>	61
2.3.1.6	<u>convicção</u>	63
2.3.1.7	<u>Sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional ou da</u>	66
2.3.2	<u>livre apreciação da</u>	71
2.4	<u>prova.....</u>	84

2.4.1	Cr	e	standards	probatórios	84
2.4.2	penais				92
2.4.3	<u>En</u>	<u>passant</u>	<u>no</u>	<u>direito</u>	94
2.5	<u>comparado</u>				102
2.5.1.1	A prova acima de dúvida razoável (<i>evidence beyond a reasonable</i>				103
2.5.1.1	<i>doubt</i>).....				111
2.5.1.1.1	A	mínima		atividade	113
2.6	probatória.....				122
3	O alto grau de verossimilhança sem dúvidas				125
3.1	concretas.....				125
3.1.1	A doutrina do absurdo ou da				127
3.2	arbitrariedade.....				129
3.2.1	Os modelos linguísticos (Congruência Narrativa e Probabilidade				129
3.3	Indutiva)....				155
3.3.1	O controle			de	159
3.4	motivação.....				170
4	Os modelos probabilísticos ou matemáticos (Teorema de				
	<i>Bayes</i>).....				180
4.1	<u>Os padrões brasileiros</u>				180
4.2	Ônus	probatório	no	Processo	183
4.3	Penal				185
4.4	<u>Distribuição</u>	<u>do</u>	<u>ônus</u>	<u>da</u>	198
4.5	<u>prova</u>				210
4.6	<u>Inversão</u>	<u>do</u>	<u>ônus</u>	<u>da</u>	213
5	<u>prova</u>				
	<u>A</u>	<u>gestão</u>	<u>da</u>	<u>prova</u>	<u>pele</u>
5.1	<u>juiz</u>				217
5.2	Limites		à	atividade	
	probatória				220
5.2.1	<u>Prova ilícita e ilegítima</u>				220
5.2.2	Prova	ilícita		por	223
5.2.3	derivação.....				236
	Aparente flexibilização.....				

5.3	Prova emprestada	
	PLEA BARGAINING NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	242
5.3.1	Sistema	jurídico 243
5.3.2	americano	244
5.4	<u>O processo penal americano</u>	246
5.4.1	Plea	bargaining nos 246
5.4.2	EUA	252
5.4.3	<u>Procedimento adotado nos EUA</u>	255
5.4.4	Sistema jurídico brasileiro	258
5.4.5	<u>Mecanismos semelhantes no Brasil</u>	261
5.4.6	Corroboração da prova	261
5.4.6.1	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À	262
5.4.6.2	COLABORAÇÃO PREMIADA	264
5.4.6.2.1	Teoria dos princípios	271
5.4.6.3	Neoconstitucionalismo	e ascensão dos 274
5.4.6.4	princípios	278
5.5	Princípio do contraditório	286
6	Princípio do devido processo	301
6.1	legal	307
6.2	Princípio da legalidade	314
6.3	Princípio da fundamentação	321
6.4	analítica	333
	DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL	346
	BRASILEIRO	349
	Origem histórica em seus aspectos	
	gerais	395
	Breves apontamentos quanto à origem legislativa no Direito	
	Comparado. Ênfase ao Direito Espanhol, Italiano e	398
	Estadunidense	
	<u>Espanha</u>	
	<u>Itália</u>	
	<u>Estados Unidos da América</u>	399
	O perigo das falsas colaborações e delações premiadas. A experiência	

do	direito
alienígena	
<u>Caso Birmingham Six</u>	
<u>Caso Tortora</u>	
Da delação à colaboração	402
<u>Evolução</u> <u>legislativa</u> <u>no</u> <u>direito</u>	
<u>pátrio</u>	
<u>A nomenclatura</u>	
<u>A</u> <u>busca</u> <u>conceitual</u> . <u>A</u> <u>simbiose</u>	405
<u>institucional</u>	
<u>Natureza jurídica</u>	417
<u>Regime jurídico</u>	
<u>Personagens</u> <u>da</u> <u>colaboração</u>	420
<u>premiada</u>	
<u>Delegado de Polícia</u>	424
<u>De</u> <u>investigado/acusado/réu</u> <u>a</u> <u>colaboradores</u> <u>e</u>	
<u>delatores</u>	428
<u>O</u> <u>colaborador</u> <u>enquanto</u> <u>sujeito</u> <u>de</u> <u>direitos</u> <u>e</u>	
<u>obrigações</u>	433
<u>Ministério Público</u>	
<u>Juiz</u>	434
Elementos probatórios em razão da colaboração	
premiada	
STANDARDS PROBATÓRIOS NA DELAÇÃO	
PREMIADA	
Standards norte-americanos	
Recebimento da denúncia/queixa-crime	
Decretação de medidas cautelares reais ou	
personais	
Prolação de sentença	
condenatória	
CONCLUSÃO	
REFERÊNCIAS	

ANEXO A - Jurisprudências ilustrativas dos elementos puros para recebimento da denúncia/queixa em casos genéricos.....

ANEXO B - Jurisprudência ilustrativa para recebimento da denúncia/queixa do delatado a partir das declarações do delator.....

ANEXO C - Voto vencido proferido pelo Min. Edson Fachin no Inquérito 3994/DF, julgado em 18/12/2017. Jurisprudência ilustrativa a respeito dos elementos de corroboração para recebimento da denúncia/queixa em face do delatado.....

ANEXO D - Votos vencidos proferidos, respectivamente, pelo Min. Edson Fachin e pela Min. Carmem Lúcia, no Habeas Corpus 169.119, julgado em 02/04/2019. Jurisprudência ilustrativa a respeito dos elementos de corroboração para decretação/manutenção de prisão preventiva em face de delatado.....

ANEXO E - Voto da relatora Min. Maria Isabel Gallotti no AgRg no Inquérito nº 1.190/DF (2017/0142021-0), julgado em 15/09/2021. Jurisprudência ilustrativa a respeito dos elementos de corroboração para decretação de medidas cautelares reais em face de delatado.....

ANEXO F - Jurisprudências ilustrativas a respeito dos elementos puros para decretação/manutenção de prisão preventiva em casos genéricos.....

ANEXO G - Jurisprudências ilustrativas a respeito dos elementos de corroboração para decretação de prisão preventiva em face de delatado.....

ANEXO H - Ação Penal 470 (caso “Mensalão”) e a utilização do *standard* “além da dúvida razoável”.....

ANEXO I - Ação Originária 2.093/RN e a utilização do *standard* “além da dúvida razoável” para casos de delação premiada.....

ANEXO J - Voto do Min. Celso de Mello na Ação Penal 1.003/DF, a respeito de documentos

unilaterais.....

ANEXO K - Voto do Min. Celso de Mello na Ação Penal 996/DF, a

respeito de documentos

unilaterais.....

INTRODUÇÃO

O objetivo principal da jurisdição é efetivar um resultado prático favorável ao titular do direito e a identificação dessa titularidade pressupõe a correta análise dos elementos fáticos demonstrados nas provas.

A controvérsia fática posta em juízo através do processo exige, normalmente, a reconstrução histórica dos acontecimentos, sempre com a observância das regras legais a justificar a prolação de uma sentença justa.¹

A prova é o caminho pelo qual o juiz procura chegar à verdade. É através dela que se procura demonstrar que determinada hipótese fática é verdadeira ou ao menos possui um elevadíssimo grau de probabilidade de sua ocorrência.

Ao contrário de outros ramos da ciência, o juiz não tem autonomia para investigar os fatos que tem vontade. Sua participação no processo limita-se aos fatos narrados nos autos e ao final deve proferir uma decisão, ainda que não totalmente convencido pela prova produzida em juízo, ocasião em que deverá se utilizar das regras de julgamento do ordenamento jurídico vigente.

No presente trabalho procurou-se mencionar os pontos mais cruciais que envolvem a temática da prova, mais precisamente quando a investigação se dá início através do depoimento do delator. Percorreu-se desde a classificação das provas e sistemas de valoração, passando pelos *standards* probatórios, o ônus e os limites da atividade probatória, à abordagem acerca do *plea bargain* nos EUA e dos princípios constitucionais, para alcançar o ponto nodal, a colaboração premiada no processo penal brasileiro e os elementos probatórios nascidos em razão da colaboração premiada.

Veremos que, o método de corroboração não é um modelo desconhecido pelo ordenamento jurídico. O processo de corroboração/confirmação das provas é realizado pelo julgador em qualquer circunstância que lhe exige decidir, sendo que, no âmbito do processo penal, somente pode condenar se, e somente se, as provas corroborarem/confirmarem a imputação realizada pelo acusador. Vê-se que, procurou o legislador estabelecer um modelo

¹ “O convencimento do juiz precisa ter ligação umbilical com a demonstração desses fatos. Ou seja, a prova, que deve retratar o mais fielmente possível a realidade, busca convencer o juiz, para que o mesmo profira uma decisão racional. Assim, há um encadeamento entre a afirmação de fatos, a verdade e a demonstração da afirmação acerca dos fatos. Sem dúvida alguma, tal relação entre a verdade, a existência dos fatos e a prova acerca dos mesmos, dará base a um provimento meritório justo.” MADURO, Flávio Mirza. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, M.; COUTINHO DE AMORIM. p. S. M. (Org.). *Tributo a Afrânio Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011. p. 205-207.

que pudesse transpor a parcialidade das alegações do órgão acusatório para então legitimar uma decisão que superasse a presunção de inocência.

As declarações prestadas pelo delator no âmbito da colaboração premiada, por seu viés eminentemente tendencioso, não se prestam à formação do convencimento direto do julgador, mas à reconstrução histórica dos fatos narrados e/ou colheita de elementos/fontes de provas. Busca-se a corroboração dessas declarações em outro contexto probatório no qual domina o desinteresse e ausência de vantagem pessoal.

O estabelecimento, mínimo que seja, de *standards* probatórios no direito brasileiro incrementa o controle e a justificativa da decisão, impõe critérios objetivos (grau de confirmação), paradigmas/certezas racionais, que determinam, com elevado grau de segurança, o esteio a partir do qual temos por suficientemente provada uma hipótese, o sustentáculo plausível para aceitar como verdadeiro um enunciado.

Nessa perspectiva, como instrumento a minimizar a vagueza, a imprecisão e a indeterminação dos conceitos, limitar o subjetivismo judicial, sugerimos o alinhamento de *standards* probatórios brasileiros, a exemplo do direito estadunidense, mas sob um viés mais objetivo, como modelo de verificação da utilização das informações do delator para o recebimento da denúncia, decretação de medidas cautelares pessoais ou reais e sentença penal condenatória.

1. DA VERDADE:

Ainda que não seja o objetivo central do presente trabalho, é válido perpassar rapidamente pela eterna discussão acerca da verdade, dada sua relevância para o processo, o que a posiciona como um elemento indissociável da jurisdição.²⁻³

Sabe-se não mais residir qualquer razão em continuar sublinhando a distinção entre verdade real e verdade formal, estabelecendo-se a primeira como inerente ao processo penal, e a segunda, ao processo civil. Inegavelmente seja no processo civil ou penal a finalidade da

² “O fim de todo processo é a busca da verdade, no processo penal isso só se torna mais dramático em função de sua natureza. Em razão da intensidade com que se anseia pela busca da verdade no processo penal, podemos dizer que um princípio fundamental no processo penal é o da investigação da verdade material ou substancial dos fatos em torno dos quais se discute, para que sejam provados em sua subsistência histórica, sem obstáculos e deformações” BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona: Bosh, 1973. p. 250.

³ “a palavra prova tem a mesma origem etimológica de probo (do latim, probatio e probus), que traduz as ideias de aprovação, confiança, correção” GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova - reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (orgs.) *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 305.

prova é única: o conhecimento da verdade a respeito dos fatos no estágio mais aproximado à certeza.

Não se pode olvidar a existência de filósofos, juristas, epistemólogos que negam a possibilidade de se chegar ao conhecimento absoluto dos fatos. Alguns negam a própria existência da verdade enquanto outros a consideram desimportante⁴. Essa posição não encontra correspondência naquilo que perfilhamos, afinal, acreditamos sim que a verdade exista e pode ser encontrada, sendo inclusive o objeto da atividade probatória e sinônimo de uma adequada prestação jurisdicional, sob à luz da ética, da moralidade e da justiça.

As Teorias a respeito da verdade são melhor discorridas pela Filosofia⁵ e nos ateremos, a partir desse ponto, à elucidação, singela, daquelas que reputamos encontrar maior relevo, seja no campo processual, seja no discurso jurídico.

A verdade como coerência (interna/lógica)⁶ baliza-se na harmonia encontrada entre as proposições, não contraditórias entre si⁷, “a verdade consiste em relações de coerência em um conjunto de crenças”⁸. Na vertente processual a coerência se extrai dos enunciados apresentados pelas partes através do discurso travado. Nessa linha, pode-se afirmar que será tido como verdadeiro o discurso mais coerente dentro do contexto global dos discursos ostentados⁹, aquele o qual será adotado pelo juiz na formação do seu convencimento. Assim, a atividade probatória contamina-se pela parcialidade das partes¹⁰, já que se prestam unicamente a respaldar e enaltecer o discurso deduzido.

A verdade como consenso se estabelece a partir daquilo que se instituiu, digamos, socialmente como verdade, a partir de construções ideológicas, experimentos e tratados nem

⁴ “Essa postura de negar a possibilidade de conhecimento da verdade foi denominado, por Goldman, de *veriphobia*, com a atitude de quem repudia a possibilidade de um conhecimento verdadeiro.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 8. ed. rev. at. e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 426.

⁵ Deixemo-nos essa discussão à expertise inerente aos filósofos, desde Sócrates, Platão e Aristóteles, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, a Nicola Maquiavel, Thomas Hobbes, Descartes, Locke, Newton, Montesquieu, Immanuel Kant, Auguste Comte, Karl Marx, Friedrich Nietzsche, Émile Durkheim, Max Weber, Jean Jacques Rousseau, Wilhelm Dilthey, Hans Kelsen, Johannes Hessen, Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Hannah Arendt, Michel Foucault, Jürgen Habermas, Hilton Japiassú, dentre tantos outros.

⁶ Proposta por Bradley (1914), Neurath (1932), Rescher (1973) e Dauer (1974). HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari; Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002. p. 127.

⁷ “(...) a verdade de um enunciado de fato é somente a função da coerência de um enunciado específico em um contexto de vários enunciados. Uma vez que a veracidade ou a falsidade somente pode ser prevista a partir dos enunciados, ou seja, da linguagem e dos relatos.” TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 26.

⁸ HAACK, Susan. *Op.cit.*, p. 127.

⁹ Pode-se afirmar, nessa perspectiva que, convicção “é então e só então verdadeira quando ela é parte integrante de um sistema coerente e complexo de convicções” HABERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano e Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 68.

¹⁰ “Todavia, cumpre ressaltar que narrativas coerentes e persuasivas podem ser falsas – ou como acontece com os romances – podem não pretender ser verdadeiras. Esse é o principal argumento para rejeitar qualquer teoria da verdade como simples coerência no contexto judicial”. TARUFFO, Michele. *Ibidem*, p. 27/28.

sempre regados de alto valor científico, destituído, portanto, de correspondência fática com a realidade, mas que se consolidaram em determinado momento histórico, até mesmo em razão das limitações dos métodos científicos à época. Veja-se que verdades consensuais sempre foram objeto de fascínio e ao mesmo tempo, graças à inquietude que alavanca o espírito humano, foram “verdades” desmistificadas. Em razão disso, a Terra não é quadrada, tampouco é o Centro do Universo; o átomo não é indivisível e a eugenia não corresponde – nem de longe – à melhor teoria a respeito da evolução e capaz de garantir o “aprimoramento” da raça humana.

A verdade pragmática¹¹⁻¹², por sua vez, relaciona-se tanto com as teorias da coerência quanto com as da correspondência, reconhecendo que a verdade de uma crença resulta da sua correspondência com a realidade, mas consente também que ela é manifestada pela sobrevivência da crença ao teste da experiência, sua coerência com outras crenças¹³.

Peirce escreveu: "considere que efeitos práticos concebemos que o objeto de nossa concepção tem. Então, nossa concepção desses efeitos constitui o conteúdo total de nossa concepção desse objeto"¹⁴. Dessa maneira, podemos argumentar que a verdade pragmática de uma proposição depende de seus efeitos práticos.

A verdade como correspondência/evidência liga-se à realidade fática tal qual concebida¹⁵, realisticamente existente, inerente exatamente ao passado reconstruído, simbiose entre a linguagem e o mundo.

A teoria da correspondência remonta à formulação de Aristóteles quando afirma que “(...) falso é dizer que o ser não é ou que o não-ser é; verdadeiro é dizer que o ser é e que o não-ser não é”¹⁶.

¹¹ “It is clear, to begin with, that all the pragmatists agree that truth is correspondence with reality. (...) So far from denying the correspondence theory which their opponents championed, the pragmatists incorporate it as a part of their theory. But they are better aware than their opponents how inadequate, because unspecific, the formula of “correspondence with reality” is as it stands.” HAACK, Susan. *The Pragmatist Theory of Truth*. The British Journal for the Philosophy of Science, vol. 27, n. 3, [Oxford University Press, The British Society for the Philosophy of Science], 1976, pp. 231–49 (p. 241). Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/686121>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

¹² Desenvolvida nas obras de Peirce (1877), Dewey (1901), James (1909) e Dummett (1959). HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Op. cit., 2002, p.129.

¹³ Ibidem, p. 129.

¹⁴ No original: “Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object.” PEIRCE, C. S. *Philosophical Writings of Peirce*. Selected and edited with an introduction by Justus Buchler. New York: Dover Publications. p. 31.

¹⁵ “(...) a adequação de determinada sentença à realidade, exigindo-se identidade entre a proposição afirmativa ou negativa de algo e a realidade por ela referida.” TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*. 3. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2011. p. 12.

¹⁶ ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2 ed. Giovanni Reale e Marcelo Perine (trad.). São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 179.

A grande crítica à verdade enquanto correspondência diz respeito ao modo como essa verdade é construída. Para alguns, a linguagem pode operar uma desconexão entre realidade e conhecimento, o que implicaria na imprestabilidade do conceito de verdade.¹⁷ No entanto, admitir que a verdade factual pode ser dominada ou influenciada por outros critérios revelaria o próprio ceticismo e, portanto, o negacionismo a respeito da verdade, o que não toleramos. A verdade se extrai do fato tal como ocorreu, não se pode tratar a verdade como manipulável, objeto o qual, diante das nossas percepções enquanto seres racionais, possamos alterá-la. A verdade ocorre, ela não é uma dimensão projetada daquilo que linguisticamente, sensorialmente ou episodicamente convencionamos ser.

A verdade como correspondência/evidência¹⁸ é a vertente das teorias tradicionais a qual pontuamos como mais acertada, principalmente em matéria processual.¹⁹

Para nós, acompanhados de abalizada doutrina, a verdade sempre existe no mundo fático, sempre. A verdade é absoluta. A complexidade envolve tão somente o atingimento dessa verdade, ou seja, o conhecimento a respeito da verdade. Esse sim sofre limitadores naturais (os mais variáveis possíveis), o conhecimento a respeito da verdade é que pode ser relativo.

Nessa perspectiva, a busca da verdade absoluta através da atividade probatória²⁰, norteada pelas garantias do Devido Processo Legal, revela o ideal de justiça que legitima, inclusive, a atividade jurisdicional e o papel do juiz.²¹

O resultado dessa busca, ou seja, o conhecimento a respeito da verdade, que se extrai da atividade probatória, é que pode sofrer mitigações, de modo que, nem sempre o que se está provado, retrata a verdade absoluta e fática.

¹⁷ BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 426.

¹⁸ Nas linhas de Russell (1918), Wittgenstein (1922) e Austin (1950). HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Op. cit., 2002. p. 127-129.

¹⁹ “De acordo com a teoria da correspondência, a verdade resulta da correspondência do enunciado com um estado empírico dos fatos. Desse modo, uma descrição é verdadeira quando descreve um fato real, isto é, quando fornece uma imagem fiel de um elemento do mundo empírico. (...) “Uma decisão é verdadeira quando corresponde aos eventos que realmente ocorreram na situação empírica que está na base da controvérsia judicial.” Id. p. 26-28.

²⁰ Reside aqui, a diferença nodal entre a verdade como coerência e a verdade como correspondência: na função da prova. Na teoria da verdade como correspondência, “A função da prova é justamente oferecer ao julgador conhecimento fundado empírica e racionalmente acerca dos fatos do caso, e não compilar histórias relatadas por algumas pessoas acerca dos fatos. (...) Com efeito, a teoria da coerência captura somente alguns aspectos significativos do problema judicial da verdade, enquanto a teoria da correspondência adapta-se muito melhor à concepção da decisão judicial baseada na justiça e na verdade.” TARUFFO, Michele. Op.cit., p. 28.

²¹ “Uma decisão de acordo com a verdade é o resultado de um ato de conhecimento do tribunal, o qual deve fundar-se em premissas fáticas confiáveis: tais premissas são fornecidas pelos elementos de prova adequadamente apresentados perante o tribunal. (...) Uma vez que o processo judicial tem por objeto render a justiça, e não simplesmente resolver conflitos, ou – *rectius* – está orientado a resolver conflitos por meio de uma solução justa, não se pode deixar de lado a verdade como condição de justiça, na decisão dos casos.” Ibidem, p. 20-23.

Ferrer Beltrán pondera que “nunca um conjunto de elementos de juízo, por grande e relevante que seja, permitirá ter certezas racionais sobre a verdade de uma hipótese.”²²

É nessa perspectiva a importância que se trava entre os fatos processuais e os fatos reais, de modo que, “o “fato” objeto do processo não é o fato enquanto trecho da realidade, mas a afirmação sobre o fato deduzido em juízo. Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real.”²³

Nessa linha, a atividade jurisdicional ideal conduz a atividade probatória endoprocessualmente na direção da reconstrução histórica dos fatos processuais para se atingir os fatos reais, embora se tenha plena consciência que, essa identidade absoluta entre, conhecimento e verdade, possa ser, algumas vezes, intangível.

O resultado dessa atividade processual reconstrutiva, portanto, é o conhecimento da verdade possível e provável. No que lhe diz respeito, o conhecimento aproximado, possível e provável também não se presta a formar no espírito do juiz uma certeza absoluta a respeito dos fatos (reais).²⁴

Forma-se uma certeza satisfatória, suficiente, bastante em si mesma, de elevadíssima probabilidade.²⁵

" A verdade é a concordância entre um fato real e a ideia que o entendimento forma dele."²⁶ enquanto “... a certeza corresponde ao grau de persuasão que um sujeito tem a

²² BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 91.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 71.

²⁴ Na doutrina de Gustavo Henrique Badaró, arrimada em Luigi Ferrajoli, Baldassare Pastore e Francesco Carnelutti, “... adotando-se o conceito de verdade como correspondência, não há que se cogitar de uma verdade aproximativa ou “graus” de verdade. As limitações, que realmente existem, são para se atingir o *conhecimento* verdadeiro, e não a *verdade* em si. A verdade é, portanto, um conceito absoluto: ou há uma relação de correspondência, com identidade total, ou inexistente tal condição, não se podendo falar em verdade. Assim, o que se pode considerar aproximativo, relativo, gradual ou probabilístico é o conhecimento dos fatos objetos do enunciado, e não a verdade dos fatos que compõem tal enunciado. [...] A verdade é “relativa”, no sentido de que é impossível se atingir um conhecimento que corresponda totalmente à realidade dos acontecimentos passados. [...] O conceito pode ser aceito com a ressalva que a noção de verdade, numa teoria correspondentista, é absoluto e não relativo. O que é relativo, pois gradual – e jamais será racionalmente absoluto – é o conhecimento sobre a verdade que se obtém no processo.” *Ibidem*, p. 91, 123 e 124-125.

²⁵ “Note-se que a certeza é subjetiva, formando-se, exclusivamente, na mente do magistrado”. MADURO, Flávio Mirza. *Prova pericial – em busca de um novo paradigma*. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016. p. 59.

²⁶ No original: “La verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento.” MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Exposición comparada de los principios en material criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. Traducido al castellano con un apéndice sobre la legislación criminal de España, relativa á la prueba. 2. ed. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1857. p. 61.

respeito da veracidade de um enunciado ...”²⁷⁻²⁸. Doutrinariamente, a verdade ergue grandes - e positivas - reflexões²⁹⁻³⁰.

Cândido Rangel Dinamarco coloca que:

A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas.³¹

Para Nicola Malatesta,

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objectiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros.³²

Em voto substancioso, a Ministra Rosa Weber argumenta:

É a certeza o juízo subjetivo, ou estado psicológico, relativo à verdade de um fato ou de uma afirmação, em oposição à dúvida. [...] A expressão “certeza absoluta” nada mais é do que um oxímoro, pois, do ponto de vista metodológico, somente se pode falar em grau maior ou menor de certeza, em mais ou menos segurança quanto ao erro a respeito da verdade que, na sua dimensão objetiva, jamais é plenamente alcançada pelo intelecto humano. Premido que é, pelo método, a qualificar a sua convicção com o predicado da certeza, não pode o juiz apoiar na mera vontade a dúvida ou a crença. O instrumento de que dispõe para imprimir, à sua convicção, a

²⁷ “A verdade [...] é objetiva e determinada pela realidade dos fatos de que se fala. A certeza [...] é um status subjetivo, dizendo respeito à psicologia daquele que fala e correspondendo a um grau elevado (muito elevado, quando se fala em <<certezas absolutas>>) de intensidade do convencimento do sujeito em questão.” TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* – O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 108-109.

²⁸ “[...] a verdade é sentida por cada pessoa de uma forma, devido à diferença sensorial, perceptiva, bem como à fixação prévia de modelos no intelecto de cada um, a verdade, que busca retratar tal realidade, também se pode afirmar, tem um caráter particular e pessoal para cada ser humano.” MONNERAT, Carlos Fonseca. *Inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro em face da criminalidade moderna: um estudo sobre a possibilidade do uso desse mecanismo de decisão no campo penal*. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7591>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

²⁹ “A verdade possível no processo penal não é uma verdade realista, objetiva ou subjetiva. Ela não é uma “realidade” independente do intérprete que a compreende, ou tampouco uma criação artificial à disposição desse intérprete”. MENDONÇA, Andrey Borges de; MORIMOTO JUNIOR, Antônio et al. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SALGADO, Daniel de Resende (Orgs.) In: *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. p. 45.

³⁰ “Se a verdade fosse indiferente para a justiça, a atividade probatória seria uma grande inutilidade.” DAMASKA, Mirjan apud BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. Op. cit., p. 127.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 49.

³² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2. ed. Tradução de J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica, 1927. p. 21.

nota diferenciadora da certeza, que dela expulsa o arbítrio, alinhando-a à verdade, é a prova judicial. [...] Cabe, pois, ao juiz, diante do conjunto probatório do processo, proceder à sua análise racional, com vista a conferir, ao próprio convencimento, a segurança que o qualifica como certeza. Quer isso dizer que as provas, tomadas como sistema coerente de dados – não se oferecem apenas aos sentidos, mas também, e fundamentalmente, à inteligência do juiz, que, partindo delas, chega, pelo raciocínio, à verdade processual. [...] A única condição da decisão judicial é a verdade empírica induzida pelo processo. [...] O convencimento que, proveniente da prova, se mostra racionalmente seguro, para além da dúvida razoável, ostenta toda a certeza necessária à legitimação da sentença de condenação.³³

As provas são meios pelos quais o juiz extrai todo substrato necessário para embasar seu julgamento, veja-se que, “[...] O valor da prova consiste, portanto, na sua idoneidade para estabelecer, segundo as leis da natureza, a existência do fato a provar.”³⁴ São nessas linhas que se permite, como o fez Leonardo Greco, falar em prova como “instrumento de accertamento dos fatos”.³⁵⁻³⁶

Na opinião de Carnelutti, para quem a dialética processual impõe ao julgador o drama da escolha na decisão³⁷⁻³⁸, embora o processo vise à obtenção da verdade, não pode dar mais que uma certeza. Fala-se, ainda, a respeito da dificuldade posto que são várias as verdades existentes no processo.³⁹

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJe 22/04/2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+470%2ENU ME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+470%2EACMS%2E%29&pagina=6&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cu4o2ob>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

³⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Das provas no Processo Penal*. 1.ed. Campinas: Impactus Editora, 2005. p.16-17, 22.

³⁵ “Prova é, por fim, o conclusivo accertamento da existência ou não dos fatos probandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores.” GRECO, Leonardo. *Conceito de prova*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5, 2003-2004. p. 230.

³⁶ Como lembram Giovanni Arieta, Francesco de Santis e Luigi Montesano: “la prova può definirsi come uno strumento di rappresentazione ed accertamento di determinati fatti che si assumono dalle parti come storicamente accaduti, in grado di fondare, e comunque di influire sul convincimento del giudice, quale organo estraneo ed imparziale rispetto al conflitto che oppone le parti”. ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. *Corso base di diritto processuale civile*. Roma: Cedam, 2016. p. 325.

³⁷ Em síntese: o processo judicial pretende a obtenção da verdade a partir da reconstrução de fatos passados, limitados por fatores temporais, físicos e até mesmo jurídicos, razão pela qual essa reconstrução pode não ser exatamente verdadeira. O drama na escolha advém da atividade intelectual – do julgador – em tomar para si uma ou outra reconstrução, como verdade, que lhe imbui o espírito de certeza para julgar. “Già allora io avevo intuito la virtù delle parole; ma la palese derivazione di certezza dal latino cernere, poiché io tradussi cernere con vedere, mi ha ingannato. Ci sono voluti degli anni, molti anni, fino agli ultimi, cioè fino a quando scrissi Diritto e Processo, affinché mi accorgessi che il significato originario di cernere non è quello di vedere ma di sciogliere. La certezza, io scrissi allora, implica una scelta; e questo, probabilmente, fu il passo decisivo per comprendere non solo il vero valore del suo concetto, ma pure il drama del processo”. CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio e Certeza*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. 200, Padova, 1965. p. 4-9.

³⁸ “É preciso ter em mente que o processo, enquanto instrumento de reconstrução de um fato histórico, possui limitações gnosiológicas intrínsecas. Estas, diga-se de passagem, são inerentes a qualquer método que pretenda tal reconstrução”. MADURO, Flávio Mirza. *Prova pericial – em busca de um novo paradigma*. Op.cit., p. 58.

³⁹ Para o autor o processo penal não é capaz de reproduzir a verdade, isso porque, sua finalidade é reconstruir fatos passados a partir da memória atual – inevitavelmente falha e contaminada - de quem narra. Logo, haveria muitas verdades no processo: da acusação, da defesa e da sentença. “Em suma, é verdade demais! Ou de menos,

Na doutrina de Taruffo se infere a nítida vinculação entre verdade e a função da prova no processo penal.⁴⁰

Sinteticamente, e na versão apresentada pelo referido estudioso⁴¹, pode-se falar acerca da existência de três linhas na discussão sobre a verdade e a função da prova no processo.

A primeira, que considera ser a prova uma espécie de *nonsense*, algo que não existe, sendo impossível se estabelecer a verdade dos fatos no processo. Nessa visão, as provas e toda atividade probatória, não serviriam para determinar os fatos, mas apenas para validar o sistema processual e legitimar a decisão judicial proferida⁴².

A segunda, para a qual o processo é uma situação em que diálogos são desenvolvidos e histórias são narradas, não há qualquer relevância entre a narrativa e realidade empírica. A verdade não representa um elemento essencial, isso porque, o juiz vai adotar para si, como verdade, a narrativa desenvolvida por alguma das partes no processo e a que melhor estiver subsidiada pelas provas (força persuasiva). Nesse sentido, a função da prova seria exclusivamente fornecer subsídios e amparar essa narração.⁴³

se pensarmos que, quando “tudo” é verdade, nada é verdade [...] À luz de tudo isso, defendemos uma postura cética em relação à verdade no processo penal. Mais, negamos que a obtenção da verdade como função do processo ou adjetivo da sentença. [...] Então, se não se pode afirmar que a sentença seja sempre reveladora da “verdade”, ela é o quê? Um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a “sua” história do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos, dando uma demonstração inequívoca de crença. O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal. [...] O que propomos não é negar a verdade, mas sim um deslocamento da discussão para outra dimensão, onde a verdade é contingencial e não estruturante do processo.” LOPES JÚNIOR, Aury. O problema da “verdade” no processo penal. cap. 3. In: *Verdade e prova no Processo Penal* – Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 73-81.

⁴⁰ “Las distintas concepciones que existen acerca del problema de la determinación de la verdad en el proceso no pueden dejar de incidir en la forma de entender la prueba. Por una parte, en efecto, algunas de ellas implican que se ponga en discusión la relación de medio a fin que usualmente se identifica en la conexión entre prueba y verdad judicial; por otra parte, incluso cuando no se rechaza esa relación, las redefiniciones del fin -es decir, de la verdad judicial- tienen inevitables efectos sobre la ~ forma de entender el medio, esto es, la prueba.” TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 80.

⁴¹ *Ibidem*, p. 80-87.

⁴² “...la prueba es una especie de nonsense o algo que en realidad no existe...” [...] “...imposible pensar que la verdad de los hechos es realmente establecida en el proceso de un modo racional.” [...] “En resumen: las pruebas no servirían en absoluto para determinar los hechos, pero sus procedimientos (como la cross-examination) constituirían ritos, análogos a las representaciones sacras medievales, destinados a reforzar en la opinión pública el convencimiento de que el sistema procesal implementa y respeta valores positivos como la paridad de las partes, la corrección del enfrentamiento y la victoria de quien tiene razón.” [...] “...las pruebas servirían, en cambio, para dar una apariencia de legitimación racional a una suerte de mecanismo teatral cuya función sería disimular la realidad irracional e injusta de las decisiones judiciales.” *Id.* p. 80-81.

⁴³ “...es que el proceso es una situación en la que se desarrollan diálogos y se narran stories...” [...] “Sólo se considera relevante la dimensión lingüística y narrativa del proceso, mientras que la eventual relación entre narración y realidad empírica no se considera relevante (o posible).” [...] “La estructura fundamental del diálogo procesal, en sus términos más elementales, se sitúa en el hecho de que cada abogado presenta una narración distinta del case y que al final el juez o el jurado pronuncian las últimas palabras del diálogo con una decisión

A terceira, a qual somos adeptos e ancorados nos pensamentos de Taruffo⁴⁴, objeto, portanto, da temática desenvolvida ao longo deste trabalho, defende a possibilidade de determinar a verdade dos fatos no curso do processo, sendo a prova o meio adequado para estabelecê-la através da reconstrução do passado.⁴⁵

Inequivocamente a finalidade da prova⁴⁶ é formar o convencimento (a certeza) do juiz, seu principal destinatário, sendo o processo⁴⁷, conjunto sequencial e concatenado de atos judiciais praticados ordenadamente, a ferramenta validante, método legítimo – sob o prisma do rigor legal e respeito às garantias do Devido Processo - de todo arsenal probatório materializado e responsável a desaguar em um fim: o conhecimento da verdade⁴⁸.

Evidente que, o conhecimento da verdade é um fim essencial do processo, mas não o fim único e exclusivo, vai-se muito além, já que

é também um «lugar» em que normas são aplicadas, valores são postos em prática, garantias são asseguradas, direitos são reconhecidos, interesses são tutelados, escolhas econômicas são feitas, problemas sociais são enfrentados, recursos são alocados, o destino das pessoas é determinado, a liberdade dos indivíduos é tutelada,

que asume una u otra narración.” [...] “En las versiones que toman en mayor consideración lo que ocurre en el proceso surge, sin embargo, una tendencia a sostener que las pruebas sirven, siempre en el contexto «narrativo» del proceso, para apoyar una u otra narración.” [...] “...la prueba sirve para apoyar la story narrada por uno u otro abogado. Así, no se excluye que las pruebas influyeran en la elección de la story que se asume en la decisión, aunque no resulta claro en absoluto de qué forma se realiza esa elección y cuál es el rol específico que en ella desarrollan las pruebas.” Ibidem p. 82-83.

⁴⁴ “Así pues, hay buenas razones para no adherirse a la tesis que sostiene que la prueba es un nonsense o, como mucho, un engaño ritual ni a la tesis que sostiene que es una ocurrencia en la narración dialógica del proceso, que no carece a veces de algún efecto retórico” [...] “Sin embargo, precisamente en esto se encuentra la ventaja de esta definición respecto a las demás que han sido hasta aquí examinadas.” Id. p. 86-87.

⁴⁵ “La perspectiva cambia completamente si se asume el punto de vista de las concepciones que admiten la posibilidad de determinar la verdad de los hechos en el ámbito del proceso. Aunque sólo se puedan considerar aceptables las versiones relativizadas y contextualizadas de la verdad judicial, su propia posibilidad teórica y práctica constituye la premisa para una definición de la prueba como medio para establecer la verdad de los hechos.” [...] “Se recupera así, aunque en un nivel distinto de conocimiento epistemológico, el nexo instrumental entre prueba y verdad de los hechos que está en la base de la concepción jurídica tradicional de la prueba. (...) Además, debe subrayarse que sólo en el ámbito de la concepción de la prueba como instrumento para alcanzar una determinación verdadera de los hechos puede encontrarse una confirmación coherente de la ideología que más arriba se ha definido como legal-racional de la decisión judicial, con todo el conjunto de garantías que se vinculan con ella. En efecto, no tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la decisión si no se reconoce que la verdad de los hechos es condición necesaria para una correcta aplicación de la norma. Pero todo esto no tiene sentido si no se reconoce que la función propia y exclusiva de la prueba es la de ofrecer elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede definirse como verdadera.” Id. p. 84-86.

⁴⁶ “En todo caso, también frente a enunciados que afirman la existencia de hechos como los que hemos tomado en consideración, que con seguridad no pueden ser reducidos a su mera dimensión empírica, el juez debe establecer la correspondencia del enunciado con la realidad del hecho que se describe. Para eso están las pruebas, tanto en el proceso como en cualquier otro ámbito de la experiencia.” ⁴⁶ TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba y verdad*. Derechos y Libertades. In: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, año VII, jan.- dez. 2002. p. 124.

⁴⁷ “[...] o fim de todo processo é a busca da verdade.” BETTIOL, Giuseppe. Op. cit., p. 250.

⁴⁸ “[...] concebida como uma verdade aproximada a respeito do ideal iluminista de perfeita correspondência.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

a autoridade do Estado é manifestada ... e controvérsias são resolvidas através de decisões pretensamente justas.⁴⁹

Nessa perspectiva, citando Julio B. J. Maier, Salah expõe, em linhas gerais e acertadamente que: “De acordo com Maier, a busca da verdade não representa um fim absoluto para o processo penal, mas sim um ideal genérico a alcançar, que se relaciona e coexiste com outros, como os relativos à dignidade individual.”⁵⁰⁻⁵¹

“Por mais que a descoberta da verdade seja relevante, como condição necessária para a justiça da decisão, a verdade não é um valor que deve ser perseguido a qualquer custo ou a qualquer preço.”⁵².

Fatalmente inadmite-se que valores essenciais como vida e liberdade sejam superados em busca do conhecimento da verdade isto porque “São valores que não se relacionam à averiguação da verdade.”⁵³

A realização da justiça da decisão perpassa pela observância estrita e conjunta das garantias fundamentais⁵⁴, aplicação esmerada da norma ao caso posto e, acima de tudo, ancorada em elementos fidedignos, extraídos de uma apuração que retrate, com fidelidade, os fatos (empíricos) da causa.⁵⁵⁻⁵⁶

2. DA PROVA

2.1. Conceitos. Acepções. Classificações.

2.1.1. Provas. A aparente “singularidade” dos conceitos.

⁴⁹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade* - o juiz e a reconstrução dos fatos. Op. cit., p. 160.

⁵⁰ MAIER, Julio B.J. apud Khaled Júnior, Salah H. *A busca da verdade no Processo Penal* – para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte, Letramento: Casa do Direito, 2016. p. 177.

⁵¹ “Em suma, a verdade é muito importante para o processo. Mas não é tudo.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op. cit., p. 129.

⁵² Ibidem, p. 154,

⁵³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Op. cit., p. 42-43.

⁵⁴ “A moderna estruturação do processo penal permite dizer que, mais do que um sábio método de se descobrir a verdade possível, é ele um meio de garantia e resguardo de direitos individuais. Tudo, sem despir o Estado de sua autoridade de interessado máximo na defesa social. Plublicizou-se o sistema acusatório.” JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. *Direito Processual Penal*. Estudos, pareceres e crônicas. 15. ed. at. e ampl. Salvador: Juspodium, 2018. p. 148.

⁵⁵ “Essas condições são *todas necessárias conjuntamente*, sendo evidente que a falta mesmo que de uma delas impossibilitaria a qualificação da sentença como justa. Nenhuma dessas condições, entretanto, é suficiente, se individualmente considerada, para determinar a justiça da decisão.” TARUFFO, Michele. *Notas sobre a verdade no processo*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 142.

⁵⁶ “Trata-se do difícil equilíbrio para se conseguir a realização simultânea das três condições necessárias para uma decisão justa: um correto juízo de fato, um correto juízo de direito e respeito ao devido processo legal. Bons fatos, boa norma e bom processo. Consequentemente, três fins institucionais que devem ser respeitados, embora possam ser colidentes: a descoberta da verdade dos fatos; a correta interpretação da lei; e o respeito ao *fair trail*.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ibidem, p. 166.

A expressão “prova” apresenta uma pluralidade de significados jurídicos.⁵⁷ Por vezes refere-se à atividade probatória em si, em outras, ao resultado advindo dessa atividade e, ainda, aos meios de prova.⁵⁸

Nesse contexto, o vocábulo pode ter uma acepção objetiva ou subjetiva. Quando se quer indicar o ato de provar ou as técnicas voltadas à instrução, utiliza-se o sentido objetivo. Por outro lado, quando se refere ao resultado da atividade, toma em conta a sua atuação na convicção do magistrado.

No que tange ao aspecto voltado ao magistrado, cumpre-se destacar, também, a função demonstrativa da prova, porquanto não se presta somente a persuadir, a convencer. Essa é uma visão insuficiente do fenômeno probatório. É imprescindível que ela exerça um papel na reconstrução racional dos fatos postos em juízo.

A função demonstrativa apresenta duas concepções da prova, a metajurídica⁵⁹ e a formal⁶⁰. Enquanto a primeira trata a prova de forma técnica e viabiliza uma máxima amplitude na busca da verdade, ou seja, objetiva alcançar a sua plenitude, já que sobrepuja o campo do direito processual e a exclusividade da ciência jurídica⁶¹; a concepção formal cinge-se às afirmações apresentadas pelas partes, ao fixar formalmente os fatos.

⁵⁷ “A primeiras das dificuldades apontadas prende-se à própria natureza polissêmica do vocábulo prova, que apresenta vários significados não só na linguagem comum, mas também no discurso científico, em geral, e no jurídico, em particular”. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova - reflexos no processo penal brasileiro*. Op. cit., p. 304.

⁵⁸ “Com efeito, em nosso sentir, a prova é algo que o Direito partilha com a realidade da vida, com o cotidiano humano. Assim, nos parece inadequado falar em prova tão somente numa linguagem jurídica.” MADURO, Flávio Mirza. *Prova pericial – em busca de um novo paradigma*. Op.cit., p. 73.

⁵⁹ “A prova é uma categoria metajurídica, ou seja, não pertence ao “mundo do Direito”. Foi, pois, tomada emprestada da realidade da vida, servindo a quem quer que pretenda demonstrar a veracidade de um fato. E, no processo, pretende-se demonstrar a veracidade do fato imputado.” MIRZA, Flávio. *Considerações sobre questões de direito probatório* (em matéria penal). In: Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, vol. XII, Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, 2013. p. 194. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8677>>. Acessado em 19 de mar. 2020.

⁶⁰ “Quando dados fatos são propostos pelas partes, cabe a estas e ao juiz fazê-las ao processo, segundo a forma determinada na lei. Por isso, o que existe, realmente, é a demonstração, a exibição, a investigação dos fatos, respeitadas as regras processuais. Será bem a apuração dos fatos no processo. Daí poder-se formular uma definição – prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.” SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judicial no cível e comercial*. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1961. p. 21.

⁶¹ “Disso decorre que o estudo da prova é interdisciplinar. [...] Embora o conteúdo da prova possa variar, sob o ponto de vista estrutural não há diferença essencial entre a prova produzida no processo judicial e a prova estudada em outros ramos do saber, tais como história, biologia, inteligência artificial, filosofia (incluindo epistemologia, lógica e semiótica), química, engenharia, probabilidade e psicologia, ou mesmo no dia a dia.” DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo – Prova Direta, Indícios e Presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 18-19.

Seja como for, a prova será o cerne do processo⁶²⁻⁶³. É, portanto, a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza.⁶⁴ Retrata o conjunto de elementos, apurados no curso do processo e que garantem a formação da convicção do juiz. “Excluir a prova é excluir a justiça.”⁶⁵

Na visão acertada de Ada Pellegrine Grinover [*et al*]:

As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes. A prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos.⁶⁶

“Probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existência de um hecho.”⁶⁷ e revela o meio legal e legítimo de se concluir acerca da existência de um fato.⁶⁸

Na linha a qual perfilhamos, o resultado da atividade probatória fornece ao processo o conhecimento a respeito dos fatos, gerando nos sujeitos processuais a convicção da substância ou verdade do mesmo fato.

“La prueba en el proceso penal es aquella actividad encaminhada a procurar la convicción de Juez sobre los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificaciones”⁶⁹ e “...la suma de los motivos que producen la certeza.”⁷⁰

Veja-se que a singeleza do vocábulo “prova” não traduz a essencialidade do instituto para o processo penal como meio exclusivo de se obter o conhecimento da verdade através da reconstrução fática e, ainda, fornecer elementos concretos para a atividade cognitiva e inferências mentais do juiz.

A reconstrução dos fatos e o conhecimento da verdade não é tarefa fácil, envolve todo revolvimento histórico, passado e sua exploração mais profunda, um diálogo acentuado entre

⁶² “O convencimento do juiz precisa ter ligação umbilical com a demonstração desses fatos. Ou seja, a prova deve retratar o mais fielmente possível a realidade, busca convencer o juiz, para que o mesmo profira uma decisão racional. Assim, há um encadeamento entre a afirmação de fatos. A verdade e a demonstração da afirmação acerca dos fatos. Sem dúvida alguma, tal relação entre a verdade, a existência dos fatos e a prova acerca dos mesmos, dará base a um provimento meritório justo.” MADURO, Flávio Mirza. *Reflexões sobre a avaliação da prova pericial*. Op.cit., p. 205-207.

⁶³ “[...] prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medidos y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos”. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de la prueba judicial*. v. I. Buenos Aires: Victor P. de Zavallia-Editor, s/a. p. 34.

⁶⁴ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das Provas em Matéria Criminal*. Op. cit., p. 84.

⁶⁵ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971. t. II. p. 87.

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120.

⁶⁷ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p. 185.

⁶⁸ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. vol. 3. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 1253.

⁶⁹ DEU, Tereza Armenta. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, 2004. p. 271.

⁷⁰ MITTERMAIER, C. J. A., Op. cit., 1857. p. 56.

as partes envolvidas e uma atividade probatória acertada e pontual, já que o convencimento judicial, na seara criminal, requer segurança. A credibilidade da justiça está calcada na correta reconstrução histórica dos fatos, a conferir a tutela jurisdicional em favor daquele cujo direito foi violado⁷¹.

Já se advertia que as provas “[...]são, assim, um instrumento elementar, nem tanto do processo quanto do direito, e nem tanto do processo de conhecimento quanto do processo em geral; sem ela o direito não poderia, em noventa e nove por cento dos casos, alcançar seu objetivo.”⁷²

2.1.2. Acepções na doutrina: atividade probatória, meio ou resultado.

Em doutrina, pode-se citar, como dito, seguramente, três acepções para a palavra prova.

Como atividade probatória, inter-relaciona-se com o direito à prova (*right to evidence*), direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, extraído, por alguns, do direito de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV)⁷³ e, por outros, do direito ao contraditório (CF, art. 5º, LV)⁷⁴.

⁷¹ “A teoria da decisão justa que se propõe parte do pressuposto de que não existe um singular e único critério adequado para constituir o ponto de referência para as avaliações relativas à justiça da decisão judicial. Pelo contrário, parece necessário fazer referência a um conjunto de três critérios: só da sua combinação pode surgir um esquema de avaliação que nos permita determinar se e quando a decisão é justa. Como se verá melhor a seguir, então, a justiça da decisão toma a forma de um algoritmo que engloba e conecta três ordens de valores. Os três critérios mencionados são os seguintes: a) correção da escolha e interpretação da norma jurídica aplicável ao caso; b) apuração confiável dos fatos relevantes do caso; c) uso de um procedimento válido e justo para chegar à decisão.” (tradução livre) No original: “La teoria della decisione giusta che si propone si fonda sul presupposto che non esista un singolo ed unico criterio idoneo acostituire il punto di riferimento per le valutazioni attinenti alla giustizia della decisione giudiziaria. Piuttosto, sembra necessario far capo ad un insieme di tre criteri: solo dalla loro combinazione potrà scaturire uno schema di valutazione che consente di determinare se e quando la decisione è giusta. Come si vedrà meglio in seguito, allora, la giustizia della decisione assume la forma di un algoritmo che ricomprende e collega tre ordini di valori. I tre criteri ai quali si alude sono i seguenti: a) correttezza della scelta e dell’interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione.” TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. LI, n. 2, 1997. p. 319.

⁷² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. p. 496.

⁷³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais*. v. 2. 3ed. Saraiva, 2016. p. 162.

⁷⁴ “O direito à prova caracteriza um verdadeiro *direito subjetivo* à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de *ação* e de *defesa*: o *direito de ser ouvido em juízo* não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. Op. cit., p. 43.

Ferrer Beltrán propõe os seguintes elementos que caracterizam o direito a prova: o direito de se utilizar todas as provas que se dispõe para demonstrar a verdade dos fatos que fundam a pretensão; o direito de produzir os meios de prova no processo; o direito à valoração racional das provas produzidas e a obrigação de motivar as decisões judiciais.⁷⁵

Na perspectiva de Ada Pellegrini Grinover:

Já se notou que a atividade probatória representa indubitavelmente o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se, portanto, de fundamental importância para o conteúdo do provimento jurisdicional.⁷⁶

Nesse contexto, em sendo direito⁷⁷, se por um lado não é tratado como absoluto, eis que balizado por direitos fundamentais outros e princípios constitucionais, como o da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, por outro revela-se elemento essencial configurador da garantia constitucional do Devido Processo Legal.⁷⁸

Noutra vertente, como meio, “es prueba todo lo que sirve para probar, es decir, todo elemento que pueda ser empleado para el conocimiento del hecho.”⁷⁹ Finalmente, prova seria resultado, “cuando se establece que la aserción sobre el hecho resulta verificada o confirmada sobre la base de los elementos cognoscitivos disponibles.”⁸⁰

Em suma, enquanto meio de prova, é instrumento apto a introduzir elementos probatórios no processo. Enquanto resultado, retrata o convencimento que os meios de prova geram nos sujeitos processuais, juiz e partes.

Seja qual for o conceito utilizado e a abrangência do sentido, é a partir de um estudo aprofundado sobre o tema que brota, com ardor, a seriedade da matéria e revela-se uma

⁷⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Op. cit., p. 54.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária Ltda, 1990. p. 19.

⁷⁷ “O direito à prova é tão importante quanto a garantia do acesso à justiça, porque de nada adianta assegurar às partes a possibilidade de trazer suas pretensões ao conhecimento do Poder Judiciário se a essas mesmas partes não forem assegurados todos os meios de convencer o julgador”. BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014. p. 69. O autor ainda cita Nicola Picardi: “La prova è il cuore del processo. Si trata, più precisamente, di una serie di strumenti con i quali vengono verificate le ipotesi di fatto formulate nel processo, al fine di consentire al giudice di attingere la verità ‘probabile’ (única verità conseguibile, dati i limiti immanenti della conoscenza umana) e pervenire, così, ad una applicazione ‘giusta’ delle norme giuridiche alla fattispecie controversa.” PICARDI, Nicola apud BASTOS, Marcelo Lessa. *Ibidem*.

⁷⁸ “O fato é um só: o direito de o investigado/réu ver produzidos elementos probatórios em seu favor ou de a eles ter acesso (RT 237/83 – RT 415/80 – RT 555/342-343 – RT 639/289 – RTJ 92/371, v.g.), por representar uma das projeções concretizadoras do direito à prova (não impostando se testemunhal, documental ou de qualquer outra natureza. p.ex.), configura expressão de uma inderrogável prerrogativa jurídica e que, por isso mesmo, não pode ser negado ao investigado ou ao réu, sob pena de inqualificável desrespeito ao postulado constitucional do “due process of law”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4831/DF, relatoria do Ministro Celso de Mello, julgamento em 22/05/2020, DJe 25/05/2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5899439>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

⁷⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Op. cit., p. 448.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 449.

preocupação comum que se confunde com o resultado/objetivo/finalidade da prova: a certeza e a verdade, ou minimamente, o conhecimento da verdade acerca dos fatos que emanarão do processo, afinal, a acurada reconstrução dos fatos pressupõe a justiça das decisões.

2.1.3. Suspeita, indícios e presunções. Diferenciações.

Suspeitas e desconfianças são estados anímicos, frutos da opinião ou apreensão a respeito dos fatos, que, quando muito, podem até redundar em investigações, no entanto, nunca se prestarão à formação de qualquer convicção, seja acusatória ou não.

Inclusive reconhece-se na jurisprudência que, a “fundada suspeita”, expressão encontrada nos artigos 240, §2º e 244 do Código de Processo Penal, não pode estar assentada em critérios exclusivamente subjetivos para que possa determinar qualquer medida judicial. Sua utilização como motivação de medidas drásticas está sempre condicionada a elementos que concretamente a justifiquem.⁸¹

Sendo a suspeita uma espécie de centelha, a autorizar o início de uma investigação sobre os fatos, por outro lado, os indícios assumem posição mais considerável, em especial por alavancar discussões doutrinárias.

A abordagem proposta neste trabalho pretende açambarcar o termo “indício” como modalidade de prova utilizada na sentença penal condenatória, abandonando-se a nomenclatura e o sentido daquilo que expresso nos artigos 126, 312 e 413 do Código de Processo Penal.⁸²

Para que o indício tenha valor probante, o Código de Processo Penal Militar esclarece, em seu art. 383, que é necessário cumprir um dentre dois critérios: que tenha essa relação de causalidade com o fato indicado ou, que coincida com outros indícios ou com provas diretas já constantes do processo.

⁸¹ HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL RECONHECIDA POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. Competência do STF para o feito já reconhecida por esta Turma no HC n.º 78.317. Termo que, sob pena de excesso de formalismo, não se pode ter por nulo por não registrar as declarações do paciente, nem conter sua assinatura, requisitos não exigidos em lei. A “fundada suspeita”, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um “blusão” suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 81.305/GO, relator Min. Ilmar Galvão, j. 13/11/2001, DJe 22/02/2002. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>>. Acesso em 06 set. 2022.

⁸² Nessa linha, MENDONÇA, Andrey Borges de. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. CARLI, Carla Veríssimo de (organizadora). Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 502.

Já no artigo 239 do Código de Processo Penal: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”⁸³

Desta forma, o indício pode ser tratado como todo sinal que, uma vez provado, conduz, através de um processo mental indutivo-dedutivo, ao conhecimento a respeito do fato.⁸⁴

No ensinamento de Mittermaier:

Un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que de un Juez llega hasta el otro por medio de una conclusión muy natural. Por eso son menester en la causa dos hechos: el uno comprobado, el otro no manifiesto aun y que se trata de demostrar racionando del hecho conocido al desconocido. Aplicado el indicio al proceso criminal, es el hecho ó circunstancia accesoria que se refiere al crimen principal, y que por lo mismo dá motivo para concluir, ya que se ha cometido el crimen, ya que ha tomado parte en él un individuo determinado, ya, por fin, que existe un crimen y que ha sido de tal ó cual modo consumado. En una palabra, los indicios versan sobre el hecho, ó sobre su agente criminal, ó sobre la manera con que se realizó.⁸⁵

Enquanto para alguns⁸⁶ o indício não gera mais do que uma suspeita, para outros⁸⁷, é fato demonstrado eis que comprovado.⁸⁸

A despeito de eventuais discussões outras, a de maior relevância exsurge quanto à possibilidade, ou não, dos indícios conduzirem, isoladamente, ao decreto condenatório.

Para Barbosa Moreira,

O que o indício tem em comum com um documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são pontos de partida. Enquanto, porém, o documento ou o testemunho são unicamente pontos de partida, o indício, repita-se, já é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não, ainda, o ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o juiz chega mediante o exame e a valoração do documento ou do depoimento da testemunha.⁸⁹

⁸³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.

⁸⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indício no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 38.

⁸⁵ MITTERMAIER, C.J.A. Op. cit., p. 360.

⁸⁶ “vago, impreciso, no verificado, y, como tal, susceptible de provocar sólo un juicio ligero, una sospecha.” DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría general de la prueba*. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor, 1919. p. 94.

⁸⁷ “... é constituído por um fato demonstrado que autoriza a indução sobre outro fato ou, pelo menos, constitui um elemento de menor valor, a suspeita é pura intuição, que pode gerar desconfiança, dúvida, mas também conduzir a engano.” GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova - reflexos no processo penal brasileiro*. Op. cit. p. 311.

⁸⁸ “Como visto, por indício deve-se entender a *prova indireta* que, ao lado da *prova direta* ou *em sentido estrito*, constitui uma das subespécies do gênero prova, aqui no sentido *elemento de prova*, ou seja, de *dado objetivo* que serve para confirmar ou negar uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão judicial. Mas a expressão *indício* também não é unívoca na terminologia das provas, podendo indicar, além do sentido apontado, também o elemento de prova de menor valor persuasivo ou *prova semiplena*, expressão herdada do velho sistema das provas legais.” Ibid. p. 311.

⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 59.

Vê-se que a força probatória está intrinsicamente relacionada ao grau de causalidade estabelecido entre o indício e o fato que se quer conhecer e provar, de modo que, quanto mais forte e evidente for esse vínculo, maior a força probante extraída.⁹⁰

A avaliação do indício, enquanto prova, deve seguir a mesma linha de valoração das provas no que tange à ausência de hierarquização entre elas. Veja-se que, se por um lado os indícios estabelecem um grau de valoração suficientemente seguro para afirmação sobre a ocorrência de um fato⁹¹, essa mesma graduação também deve ser estabelecida para consideração a respeito dos chamados contra-indícios.⁹²

A despeito das divergências existentes, mas por ser o indício instrumento de prova⁹³, o juízo condenatório emitido na sentença penal exige um convencimento irretocável e distante de dúvidas. Deve-se analisar no caso concreto se o(s) indício(s) é(são) forte(s) o suficiente e não mera(s) especulação(ões), promovendo-se uma análise acurada de todo o contexto.

Ainda com referência à parte conceitual, é importante tratar da relação entre indícios e presunções. As presunções podem ser *hominis*, ligadas às regras de experiência, ou legais. As presunções legais, por sua vez, subdividem-se entre as absolutas, que a lei qualifica como uma verdade incontestável, e as relativas, presumivelmente verdadeiras enquanto não houver prova em contrário.⁹⁴

⁹⁰ "Mas qual é a força substancial e probatória do indício? A medida desta força probatória só pode encontrar-se na natureza íntima da prova que examinamos; natureza íntima, que determinamos em uma relação específica de causalidade. É necessário, por isso, para conhecer a força probatória do indício, investigar em particular a força da relação específica de causalidade que nele liga o desconhecido ao conhecido." MALATESTA, Nicola Framarino dei. Op. cit., p. 208.

⁹¹ Gustavo Badaró propõe que, "Se a inferência tiver por base uma regra da experiência (por exemplo, quem é encontrado com a coisa roubada é o autor do roubo), a conclusão extraída do indício será apenas provável, mas nunca uma certeza. Por seu turno, se o indício estiver fundado em um princípio da razão (por exemplo, o princípio da contradição: nada pode ser e não ser ao mesmo tempo), a conclusão será uma "certeza". BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Op. cit., p. 579.

⁹² "O indício pode dar a certeza, mas é necessário estar sempre em guarda contra as insídias desta espécie de prova. E para nos salvuardarmos das insídias é necessário proceder cautelosamente na avaliação do indício, considerando escrupulosa e ponderadamente os motivos infirmantes, por um lado, e os contra-indícios, por outro. É necessário dizer aqui uma palavra sobre o que entendemos por motivo infirmante e por contra-indício. Na avaliação do indício, o juiz tem um duplo dever. Deve em primeiro lugar atender aos motivos que haja para não crer inerentes ao indício por si mesmos; estes motivos para não crer, constituem os motivos infirmantes, que derivam por vezes da consideração da subjectividade do indício, e derivam sempre da consideração do seu conteúdo quando se não trata de indício necessário. O juiz deve além disso atender às provas infirmantes do indício; e a prova infirmante do indício, consista ou não em outro indício, constitui o contra-indício, em geral. São duas coisas bem distintas entre si, mas que a escola confunde por vezes." Id. p. 223.

⁹³ "O fato histórico pode ser apurado também com base em circunstâncias indiciárias ulteriores. Pode-se concluir que o assassino tinha cabelos ruivos, ou que usava tênis de uma determinada marca. Reunidas as circunstâncias indiciárias, devem elas ser aptas a permitir a convergência dos indícios a uma só pessoa." TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 54-55.

⁹⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. II. Campinas: Millennium Editora, 2009. p. 376.

Outro instinto afim é o da ficção jurídica, pelo qual há o estabelecimento por lei de uma verdade artificial, podendo recair sobre questões de fato ou de direito, o que as singulariza dos demais conceitos.

A correta diferenciação entre os termos é importante porque há algum dissenso doutrinário sobre a aproximação das presunções com os indícios. Marques, por exemplo, entende que indícios e presunções seriam sinônimos.⁹⁵ Contudo, em passagem posterior, deixa claro que tal identidade restringe-se às presunções *hominis*.

Alguns autores, entretanto, fazem a diferenciação entre o indício e a presunção. Para eles,⁹⁶ enquanto o indício é um fato conexo que deriva de outro ou de uma circunstância provada, a presunção seria o juízo formulado com base nas aparências, nas suposições ou nas suspeitas.

Nesse sentido, indício seria o fato provado e conhecido, enquanto a presunção seria a operação mental, a lógica utilizada para se chegar à conclusão. Em outras palavras, o fato certo, provado e demonstrado retrata o indício. O processo cognitivo que se realiza para alcançar o fato incerto que se pretende provar denomina-se a presunção.

Perfilha-se, neste trabalho, do entendimento daqueles que reconhecem ser a presunção nada mais do que uma operação mental que teve origem em indícios e foi capaz de conduzir a um resultado.

Das lições extraídas de Florian, Espínola Filho alude que: “o indício é um resultado, a presunção, um procedimento puramente lógico, que também pode conduzir ao indício.”⁹⁷

2.1.4. Elementos informativos e a excepcionalidade das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Expressão cunhada pelo artigo 155 do Código de Processo Penal, os elementos informativos, colhidos na fase investigatória, não se submetem, obrigatoriamente, à observância do contraditório e da ampla defesa.

Corolário dessa ausência de dialética entre as partes é a impossibilidade de o decreto condenatório se basear, exclusivamente, nesses elementos⁹⁸, os quais são úteis apenas quando

⁹⁵ Ibid. p. 371.

⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 404-405. TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 459.

⁹⁷ FLORIAN, Eugênio apud ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. v. III. Autalizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000. p. 235.

⁹⁸ “INQUÉRITO - ELEMENTOS - CONDENAÇÃO. Surge insubsistente pronunciamento condenatório baseado, unicamente, em elementos colhidos na fase de inquérito. (...) A toda evidência, não se faz em jogo

complementados por outras provas.⁹⁹⁻¹⁰⁰ Ou seja, só podem fundamentar uma condenação, acaso confirmados por prova produzida em contraditório. Não obstante, se prestam a arrazoar o deferimento de medidas cautelares, assim como a formar a *opinio delicti* do órgão acusador.

Diferentemente é o tratamento conferido às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Apesar de produzidas sob o mesmo contexto dos elementos informativos: fase de investigação, adquirem natureza probatória e se prestam, em razão do contraditório oportunizado, seja ele diferido (nas provas cautelares e não repetíveis), seja ele real (nas provas antecipadas), a fundamentar, com exclusividade, a decisão judicial.

Reputamos, na verdade, que a distinção mais importante reside na realização do contraditório¹⁰¹, sendo o responsável por içar qualquer informação à categoria de prova.

2.1.5. Fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova.

Esta abordagem puramente conceitual não pretende versar sobre controvérsias ou polêmicas, mas tão somente elucidar o rigor formal dos termos, exemplificando-os, afastando-

apenas a situação do paciente, José Carlos Moreira Bittencourt, mas princípio básico que o Tribunal vem reiteradamente proclamado: o que coligido na fase do inquérito não serve a respaldar decisão condenatória. Indispensável é, sob o ângulo do contraditório, a demonstração da culpa em juízo.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 96.356/RS, rel. Min. Marco Aurelio, j. 03/08/2010, DJe 24/09/2010. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614452>>. Acesso em: 06 set. 2022.

⁹⁹ “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA AO ART. 5º, INCISOS LIV E LV. INVIABILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF Nº 279. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INQUÉRITO. CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO DOS TESTEMUNHOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL. (...) 3. Ao contrário do que alegado pelos ora agravantes, o conjunto probatório que ensejou a condenação dos recorrentes não vem embasado apenas nas declarações prestadas em sede policial, tendo suporte, também, em outras provas colhidas na fase judicial. Confirmação em juízo dos testemunhos prestados na fase inquisitorial. 4. Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo. 5. Agravo regimental improvido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 425.734 AgR/MG, rel. Min. Ellen Gracie, j. 04/10/2005, DJe 28/10/2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=342509>>. Acesso em 06 set. 2022.

¹⁰⁰ Para Frederico Marques: “(...) embora destinada apenas à preparação da ação penal, a investigação colhe, desde logo, elementos probatórios que podem servir posteriormente como dado instrutório definitivo para o julgamento da pretensão punitiva. É o que sucede com as provas ali obtidas em que predomina o aspecto técnico da pesquisa. Mas quando existe a participação imediata e direta da própria autoridade policial, na produção da prova, o caráter inquisitivo, que tem a investigação, torna imprescindível a judicialização ulterior do ato probatório para que a instrução ali contida se apresente com o valor de prova, ao ter o juiz de decidir a causa penal.” MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. II. Op. cit., p. 272/273.

¹⁰¹ A “estrutura dialética do procedimento” consiste, segundo enaltece Fazzalari, “a) na participação dos destinatários dos efeitos do ato final, em simétrica paridade de posições, na fase procedimental preparatória do provimento; b) na mútua implicação das atividades dos destinatários, voltadas a promover – requerente – ou a impedir – requerido – a emanção do provimento; c) na efetiva relevância e influência das atividades desenvolvidas pelos destinatários perante o autor do provimento final (juiz ou árbitro); d) na possibilidade de exercício, por cada interessado ou destinatário dos efeitos do ato final (denominados de contraditores), de um conjunto de escolhas, de reações e de controles; e) na existência de controle não só das atividades de cada um dos contraditores, mas também na necessidade de fiscalização dos resultados da função exercida pelo autor do provimento final.” FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. P. 119-120.

se de desordens geradas por eventuais equívocos doutrinários na apresentação das nomenclaturas.

As fontes de prova expressam tudo aquilo, pessoa ou coisa, do qual se pode extrair a prova. Com a realidade tecnológica delineada nos tempos modernos, e-mails, mensagens eletrônicas por aplicativos de telefone celular (*whatsapp, telegram*) ou pelas redes sociais (*facebook, instagram*), arquivos digitais mantidos em nuvem ou em *hardware*, são excelentes fontes de prova.

Os meios de prova são exatamente todos aqueles instrumentos hábeis dos quais as fontes de provas são inseridas no processo¹⁰². Cronologicamente, as fontes de prova ocorrem anteriormente ao processo, enquanto os meios de prova existem no processo, atividade realizada perante o magistrado e as partes, o que permite sua validação, uma vez que observados os preceitos legais e autorizam sua utilização no juízo de mérito.

Os meios de obtenção da prova são os procedimentos legais cujo objetivo precípuo é a extração de provas materiais e, via de regra, implicam-na restrição de direitos fundamentais.

Veja-se que, enquanto os meios de prova se prestam diretamente à formação da convicção do julgador; os meios de obtenção de prova isso ocorre indiretamente, servindo, muitas vezes, à reconstrução história dos fatos.

Apesar de o Código de Processo Penal elucidar a busca pessoal ou domiciliar dentre os meios de prova, acertadamente pode-se inferir se tratar de meio de obtenção da prova, assim como o é a interceptação telefônica (Lei nº 9.296/96), a infiltração de agentes (Leis nº 11.343/06 e 12.850/13), inclusive virtual (Lei 13.441/17 e 13.964/19) e a colaboração premiada (Lei nº 12.850/13).

2.1.6. Classificações relevantes. Prova direta e indireta. Prova real e pessoal. Prova plena e não plena.

No que tange ao objeto da prova, a prova direta permite o conhecimento imediato do fato por meio de uma única operação inferencial, enquanto a prova indireta requer um esforço lastreado em ao menos duas operações. A prova indireta, ou circunstancial, pode ser definida como aquela da qual se deduz a existência de um fato, levando-se a crer a respeito da sua existência.

¹⁰² “a testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento é uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo é o meio de prova. O livro contábil é a fonte de prova, enquanto a perícia contábil é o meio de prova.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 166.

Quanto ao sujeito, a prova pessoal é obtida por meio da manifestação humana (testemunhal, por exemplo); em contrapartida, a prova real advém do próprio fato, a partir da apreciação de elementos físicos (exibição de arma, por exemplo).¹⁰³

Quanto ao valor probante, a prova plena define-se como convincente e verossímil, permitindo-se estabelecer a certeza do fato, contrariamente ao que ocorre com a prova não plena.

2.2. A importância da instrução probatória para valoração judicial das provas

Toda reflexão sobre a prova deve considerar: a) a necessidade de construir a investigação do juiz como racional; b) a possibilidade-necessidade lógica de distinguir a questão de fato da questão de direito; c) a possibilidade-necessidade de indicar um modelo racional que permita ao juiz a reconstrução dos fatos; d) a articulada qualificação jurídica dos fatos; e) a possibilidade de controle da racionalidade de tais escolhas por parte dos jurisdicionados, dos tribunais superiores e demais cidadãos. O processo moderno tem caráter racional, assentando-se sobre uma avaliação dos fatos que deve explicitar-se em argumentações controláveis ou aceitáveis por toda a coletividade.¹⁰⁴

A instrução comporta dois conceitos.

Um primeiro, sob uma óptica mais abrangente, concebe não apenas os atos probatórios, como também, as alegações das partes. O segundo, no entanto, mais estrito, refere-se à instrução probatória propriamente dita, referindo-se ao conjunto de atos realizados dentro do processo cuja finalidade primordial culmina no recolhimento de provas para resolução da lide.

Amaral Santos fornece três significados ao vocábulo: sendo um mais amplo, outro intermediário e, finalmente, estrito, sendo este último equivalente à instrução probatória propriamente dita.

Respeitada a linha apresentada pelos insígnis doutrinadores, é a instrução probatória o momento processual mais importante diante do qual se reúne todo o arcabouço imprescindível à reconstrução dos fatos e aproximação, o quão mais possível, ao conhecimento da realidade.

¹⁰³ “A presunção da veracidade humana, inspirando fé na afirmação de uma pessoa, faz com que ela seja procurada e aceita como prova pessoal, do mesmo modo que a presunção da veracidade das coisas, inspirando fé na afirmação de uma coisa, faz com que ela seja procurada e aceita como prova real.” MALATESTA, Nicola Flamarino dei. Op. cit., 2005. p. 335.

¹⁰⁴ VERDE, Giovanni. Prova in generale: b) Teoria generale e diritto processuale civile. In: *Enciclopedia del diritto*. v. XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988. p. 580.

Certamente na acepção mais ampla, equivalente à instrução, compreenderia todos os elementos probantes, mesmo que anteriores à formação oficial do processo, que precedem à sentença de mérito. Neste grupo, insertas estão as provas produzidas em sede inquisitorial (provas cautelares, não repetíveis e antecipada), os elementos informativos (atos instrutórios) destinados tanto à formação da *opinio delicti* quanto para apreciação de eventual decretação de segregação cautelar. Esses últimos (elementos informativos) são um reforço a toda linha probatória praticada no processo e necessitam ser confrontados com os demais elementos de prova.

Por sua vez, a acepção estrita (equivalente à instrução probatória), açambarcaria os atos praticados em sede judicial, iniciados com a tomada das declarações do ofendido e se estenderia até o cumprimento das diligências imprescindíveis, na forma do artigo 404 do Código de Processo Penal.

Fixadas tais premissas, mas sem perder o cerne desse trabalho, supõe-se que, a partir da agregação de todos os elementos de prova coligidos que o juiz passará a promover a valoração probatória.¹⁰⁵

O contexto da valoração da prova “é a atividade de percepção por parte do juiz dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo,”¹⁰⁶ e representa a verificação dos “enunciados fáticos introduzidos no processo através dos meios de prova, assim como no reconhecimento aos mesmos de um determinado valor ou peso na formação da convicção do julgador sobre os fatos que se julgam”.¹⁰⁷

A valoração é, digamos, uma arte processual, uma habilidade magistral em mensurar, avaliar, apreciar, estimar, reconhecer, ponderar, qualificar, estipular um significado interpretativo, no caso, à prova, relacionando-a ao fato.¹⁰⁸

¹⁰⁵ “A valoração da prova é, num primeiro momento, perceber a existência do elemento de prova nos autos do procedimento. Num segundo momento, pela valorização, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequívocidade material e formal.” LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.215.

¹⁰⁶ No original: “(...) la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso.” FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 34. (tradução nossa).

¹⁰⁷ “...declaraciones de hechos introducidas en el proceso a través de los medios de prueba, así como en el reconocimiento de un cierto valor o peso en la formación de la condena del juez sobre los hechos que se juzgan.” ABELLAN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 140-141 (tradução livre).

¹⁰⁸ “De todos os encargos cometidos às pobres criaturas, o mais difícil e mais espinhoso, o de maior responsabilidade moral, é o do juiz. Especialmente o do juiz criminal. Não lhe basta avaliar um fato, o que já não seria pouco; incumbe-lhe penetrar no mais íntimo da alma, revolver os profundos e obscuros escaninhos da mente, por vezes não apenas sombrios, mas tenebrosos; importa-lhe conhecer e ponderar as taras e os defeitos herdados ao acusado pelos ancestrais; o temperamento e o caráter; as emoções, as paixões e tudo o que pode influir na inteligência e na vontade; tem que fazer a síntese desses dados para chegar a uma noção sobre a

Para Taruffo, a valoração da prova “tem por objetivo estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a verdade ou falsidade dos enunciados sobre os fatos em litígio”.¹⁰⁹

Segundo Carnelutti:

Entra no juízo, que sobre a base das provas o juiz deve formular, a determinação de tal valor, pelo que se fala, além da inspeção, de valoração das provas; o uso que o juiz faz das provas, para formular o juízo, consiste precisamente em tal valoração, de maneira que depois de haver escutado uma testemunha, ou, de qualquer maneira, observado um indício, o juiz o valora para julgar e este valorar se assemelha precisamente ao ato de quem, pondo-lhe sobre a balança, procede a pesá-lo.¹¹⁰

A valoração judicial, como um processo mental particular, cognoscitivo e inferencial¹¹¹ é possível identificar certa margem de discricionariedade e incerteza na atuação do juiz. Dessa forma, a evolução da ciência jurídica demonstrou a imprescindibilidade na adoção, minimamente, de método(s) racional(is) de valoração de prova capazes de controlar essa atividade e de averiguar, com segurança, a relação estabelecida entre o julgamento da causa pelo juiz e as provas produzidas. São os chamados sistemas de avaliação (valoração) da prova.¹¹²⁻¹¹³

personalidade. E ainda assim não pode estar seguro de haver conhecido o homem, o grau de liberdade interior com que agiu e, conseqüentemente, a medida da responsabilidade.” TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. pp. XIII-XIV.

¹⁰⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Pons, 2008. p. 132.

¹¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Das provas no Processo Penal*. Op. cit., p. 22.

¹¹¹ Sobre os modelos inferenciais – dedução, indução ou abdução - no contexto da valoração da prova pelo juiz, deixemo-nos as reflexões mais aprofundadas a HENRY, Rachel; MATIDA, Janaína. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: *Epistemologia: Críticas do Direito*. CUNHA, José Ricardo (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 209-237; TARUFFO, Michele. *Funzione della Prova: la funzione dimostrativa. Sui confini: Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002; FERRUA, Paolo. Metodo científico e processo penal. *Diritto penale e Processo – Dossier – La prova scientifica nel processo penale*, 2008; BONORINO RAMÍREZ, Juan. Ni deducción ni inducción: abducción! In: *Prueba y razonamiento probatorio en el Derecho*. Debates sobre abducción. AMADO, Juan Antonio García; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). Granada: Comares, 2014; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op. cit., p. 93-107.

¹¹² Defende Gustavo Badaró não ser comum a doutrina nacional fazer distinção entre o momento da valoração e o momento da decisão. Afirma que, “A atividade valorativa tem por objeto os meios de prova, que deverão ser confrontados e valorados segundo regras lógicas e racionais. A valoração leva à decisão sobre a veracidade ou não de uma determinada afirmação sobre os fatos. Todavia, os momentos de valoração e decisão não se confundem, e, mais relevante do que isso, são regidos por estatutos distintos. O contexto da valoração é eminentemente racional. Em um sistema de persuasão racional, as regras jurídicas não devem ter influência sobre como valorar os meios de prova. Questão diversa diz respeito aos critérios de decisão. Cabe ao legislador, a partir de um determinado valor que deseje tutelar, estabelecer critérios que poderão variar, por exemplo, segundo o bem jurídico em jogo, ou a natureza do processo. Esse é o campo dos critérios de decisão, ou qual o grau de convencimento que se exige do julgado para poder decidir que um fato está provado.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Op. cit., p. 298.

¹¹³ “A livre valoração da prova pelo julgador não deve também ser entendida como uma operação puramente subjetiva pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjecturas de difícil ou impossível objectivação, mas antes como valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permite objectivar a apreciação, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão.” SILVA, Germano Marques da. Registro da prova

2.2.1. Sistemas de valoração da prova.

2.2.1.1. Sistema primitivo

Não é uníssono na doutrina a existência de um sistema primitivo¹¹⁴. Evidentemente, a desorganização e precariedade das sociedades primevas impediram o desenvolvimento de um sistema probatório significativo.

2.2.1.2. Sistema místico ou religioso

Marcada pela influência do direito germânico, inicialmente, não demonstrava qualquer relação com questões religiosas.

Já na Idade Média, a religião passou a assumir papel relevante e nortear o sistema probatório. Baseava-se na certeza de que “Deus interfere para dar razão a quem tem”¹¹⁵, e, sob os chamados *juízos de Deus*, era realizado de três formas: ordália (destinada aos vassalos)¹¹⁶, duelo - duellum – bellum (destinado aos cavaleiros), e juramento: Deus punia o perjúrio (destinado aos senhores feudais).

Em doutrina, Helio Tornaghi enumera as ordálias mais comumente empregadas¹¹⁷: a prova da fogueira, a prova do pão e do queijo, a prova da cruz, a prova da água fria, a prova da água quente e a do ferro em brasa.

“Tais processos recorriam ao juízo dos deuses para a indicação do culpado. Para tanto, os suspeitos tinham que suportar toda sorte de sofrimentos, pois, se resistissem a eles, provariam sua inocência. Esse meio primitivo denominava-se *ordália*.”¹¹⁸

em processo penal. Tribunal colectivo e recursos. In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 804.

¹¹⁴ Admitindo a existência de um sistema probatório primitivo: BRUM, Nilo Bairros de. *Resquícos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 55.

¹¹⁵ TORNAGHI, Helio. *Curso de Processo Penal*. v. 1. Op. cit., p. 276.

¹¹⁶ Para Taruffo, “tão-somente uma função marginal e simbólica: não seria outra coisa que uma espécie de representação ritual, que é celebrada não porque se trata de um instrumento institucional orientado para administração da justiça, mas porque serve para *fazer crer*, às partes e à sociedade em geral, que a justiça está sendo realizada, na esperança que desse modo as partes se convençam de terminar com a controvérsia e a paz social seja reconstruída” TARUFFO, Michele. Os poderes instrutórios das partes e do juiz na Europa. In: *Processo Civil Comparado: Ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 76.

¹¹⁷ Ibid. p. 210-211.

¹¹⁸ AQUINO, José Carlos G. Xavier. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 3.

Os duelos podiam ser realizados entre as partes, testemunha do processo e aquele que havia impugnado seu testemunho e, até mesmo, entre acusado e juiz, como forma de fazer prova da inocência.

Por sua vez, a falácia dos juramentos exigiu a implementação dos conspurgadores, que “consistia no juramento de outras pessoas em abono da pessoa que prestava juramento”.¹¹⁹

Veja-se que tais métodos se afastam completamente de um modelo eminentemente probatório e não exigem do juiz qualquer atividade cognitiva valorativa.

Desse modo, como explica Carlo Furno:

... o julgamento, na sua integralidade, se configura como uma invocação ou um convite para a divindade para que se dignasse manifestar, por sinais tangíveis, seus inescrutáveis desígnios. Para facilitar a resposta divina (juízo de Deus), a invocação era seguida por prova de força ou de destreza (duelo, prova do fogo, etc.) ou pela afirmação solene do próprio direito (juramento com caráter sagrado, prestado geralmente por terceiros, chamados conjuradores), cujo resultado simbolizava a decisão, sem que tivesse modo de distinguir entre o fato e o direito. O juiz não tinha outra função a não ser, com sua presença, a regularidade da prática das provas e de seu resultado, adaptando a ele sua decisão e garantindo seu acatamento por meio de sua autoridade. Portanto, não se tinha em conta a convicção do juiz, mas só o êxito ou o fracasso daqueles atos ilícitos, cujo resultado casual dependia da distribuição da razão ou do erro entre os contendores, como se tratasse de uma admoestação reveladora da suprema justiça divina.¹²⁰

2.2.1.3. Sistema das regras legais ou da certeza moral do legislador ou da prova legal

Parte-se da premissa de que determinados meios de prova têm valor probatório fixado abstratamente pelo legislador, bastando ao juiz apreciar o conjunto probatório e lhe atribuir o valor previamente determinado¹²¹. Um “matemático”¹²², na verdade.

“Nesse contexto, o sistema da prova legal era compatível com uma noção de “verdade formal”, na medida que estabelecida previamente pela lei e sem conexão com o específico potencial cognitivo e demonstrativo de cada meio de prova produzido no caso concreto.”¹²³⁻¹²⁴

¹¹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 382.

¹²⁰ FURNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*. Trad. Sergio Gonzales Collado. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1954. p. 145-146.

¹²¹ Como adverte Gustavo Henrique Badaró, balizado na doutrina de Massimo Nobili, o sistema da prova legal verdadeiramente constituído, tem caráter positivo, “a lei determinava, positivamente, o que era necessário para que um fato fosse considerado verdadeiro para condenar ou absolver”. Contra-pondo-se, portanto, ao sistema legal negativo, no qual “a lei apenas estabelecia limites ao livre convencimento”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*, Op.cit., 213-214.

¹²² “O juiz, nas provas legais, era um matemático, pois apenas verificava qual o peso deste ou daquele meio de prova, ou como a Lei mandava provar este ou aquele fato. Seguiu, friamente, o que a Lei mandava para aferir os fatos, objetos de prova.” RANGEL, Paulo. Op.cit., p. 519.

¹²³ TARUFFO, Michele apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op. cit., p. 205.

Como atribui Cappelletti:

la valoración de la pruebas se hace así, no por el juez, caso por caso y en consideración de los elementos concretos de credibilidad, de verosimilitud, de persecución, sino apriorísticamente y en abstracto por la ley. De ahí la consecuencia de que el juez en lugar de valorar las pruebas, se limitara a contarlas.¹²⁵

Prexistia, na verdade, “tabelas prévias de valoração das provas. A depender da natureza do fato ou da qualidade da pessoa acusada, a lei previa o tipo e a qualidade de provas que deveriam ser consideradas pelo juiz”.¹²⁶

Nesse sistema o legislador substitui ao juiz no trabalho de avaliação probatória, assinala Chiovenda¹²⁷.

Admite-se que, muito embora o sistema das regras legais não fosse um instituto especificamente relacionado à fase inquisitória, seu amplo desenvolvimento remonta, exatamente, ao processo inquisitório medieval.

O sistema das regras legais permite certo controle dos atos judiciais, pois afasta o julgador de qualquer atividade intelectual na valoração da prova, bastando um processo simples e objetivo: a identificação da prova e a imputação de um valor estabelecido em lei. No entanto, torna o juiz um mero espectador, passivo, sem qualquer ingerência valorativa do acervo probatório segundo sua convicção, afastando-o cada vez mais da verdade ou do conhecimento a respeito dela.¹²⁸

Adverte-se que “(...) o juiz, segundo este sistema, deverá decidir rigorosamente com base no que foi alegado e provado pelas partes ..., embora sua convicção pessoal sobre aquilo que fora provado nos autos lhe indique que a prova produzida não retrata a verdade”.¹²⁹

Moacyr Amaral Santos reforça que:

(...) no sistema da prova legal, a instrução probatória se destinava a produzir a certeza legal. O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao

¹²⁴ “O sistema da prova legal era também fruto da desconfiança contra o arbítrio do julgador, que era um juiz profissional, integrante de uma organização judiciária centralizada e burocratizada.” IACOVIELLO, Francesco Mauro; TARUFFO, Michele apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ibidem*.

¹²⁵ CAPPELLETI, M. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Tradução de Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972. p. 41.

¹²⁶ BRUM, Nilo Bairros de. *Op.cit.*, p. 55.

¹²⁷ CHIOVENDA, G. *Principios de Derecho Procesal Civil*, t. II. Madrid: Reus, 2000. p. 296-297.

¹²⁸ “(...) muitas legislações aceitaram a previsão da possibilidade de o juiz incorrer em erro, no momento de valoração dos meios de prova utilizados, razão pela qual se fixou, na lei, uma hierarquia de valores referentes a tais meios. Veja-se, neste sentido, o sistema processual inquisitório medieval, no qual a confissão, no topo da estrutura, era considerada prova plena, a rainha das provas (*regina probationum*), tudo como fruto do tarifamento previamente estabelecido. Transferia-se o valor do julgador à lei, para evitar-se manipulações; e isso funcionava, retoricamente, como mecanismo de garantia do arguido, que estaria protegido contra os abusos decorrentes da subjetividade. Sem embargo, a história demonstrou, ao revés, como foram os fatos retorcidos, por exemplo, pela adoção irrestrita da tortura.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito*. Curitiba: UFPR, ano 30, n. 30, 1998. p. 196.

¹²⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. v. I. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 348.

valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constrangido a dizer a verdade conforme ordenada a lei que o fosse. No depoimento de uma só testemunha, por mais idônea e verdadeira, haveria apenas prova semiplena, enquanto que nos de duas testemunhas, concordes e legalmente idôneas, ainda que absurdos os fatos narrados, resultaria prova plena e, pois, certeza legal.¹³⁰

Helio Tornaghi pondera:

que o inconveniente do sistema das provas legais não está na adoção de regras de avaliação da prova, mas na imposição delas ao juiz. Nenhum estorvo existe em que elas sejam *propostas*, como regras técnicas, não impostas como regras jurídicas. Os preceitos que formam o arcabouço deste sistema são o resultado de longa observação, cristalizam grande experiência e estão impregnados daquela sabedoria e daquela prudência que o tempo e o trato com os homens trouxeram aos práticos e aos juristas de muitos séculos. Nenhuma desvantagem em que os juízes os sigam ou em que as leis aconselhem a observância deles.¹³¹

Embora não adotado pelo Código de Processo Penal, não se pode negar a existência de certos resquícios¹³² de sua aplicação. É o que se pode inferir das disposições contidas nos artigos 155, parágrafo único e 158 (observada a ressalva do artigo 167), todos do Código de Processo Penal e, quanto às questões prejudiciais civis absolutas, previstas no artigo 92 do referido Diploma Legal, que versam sobre o estado civil das pessoas, a exigir uma resposta cível anterior, como pressuposto à análise da controvérsia no âmbito processual penal.¹³³⁻¹³⁴

¹³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Op. cit., v. II. p. 382.

¹³¹ TORNAGHI, Helio. *Curso de Processo Penal*. Op. cit., v. 1. p. 279.

¹³² Rotulamos “resquícios” porque não se trata, categoricamente, do sistema da prova legal tal qual originariamente concebido e uma vez admitido, “com uma minuciosa predeterminação das características e do valor de toda a prova (e de todo o indício) e na sua classificação num sistema preciso de prevalências e hierarquias”. A bem da verdade, concerne ao sistema da prova legal negativa. NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974. p.105-106.

¹³³ “art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.” “art. 158 Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.” “art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.” “art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.” BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 1º abr. 2020.

¹³⁴ Segundo Michel Foucault, sinalizando o fim das provas legais: “Agora, a prática penal vai-se encontrar submetida a um regime comum da verdade, ou antes a um regime complexo em que se misturam para formar a *íntima convicção* do juiz elementos heterogêneos de demonstração científica, de evidências sensíveis e de senso comum. A justiça penal, se conserva formas que garantem sua equidade, pode-se abrir agora às verdades de todos os ventos, desde que sejam evidentes, bem estabelecidas, aceitáveis por todos. O ritual judiciário não é mais em si mesmo formador de uma verdade partilhada. É recolocado no campo de referência dos discursos científicos, uma relação difícil e infinita, que a justiça penal hoje ainda não está apta a controlar. O senhor da justiça não é mais o senhor da verdade”. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Raquel Ramallete (trad.). 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 89.

A regra de corroboração, tal qual prevista no §16 do artigo 4º da Lei 12.850/2013¹³⁵, alterada pela Lei 13.964/2019, condiciona a eficácia do conteúdo das declarações prestadas pelo delator à existência de outro(s) elemento(s) de prova, o que revela, em tese, uma posição hierarquicamente inferior frente a outras provas. Reservamos ao capítulo 3 reflexões mais aprofundadas sobre o instituto.

2.2.1.4. Sistema da livre convicção ou da certeza moral do juiz ou da íntima convicção

O livre convencimento ressurgiu com a Revolução Francesa, ao final do século XVIII, como uma conquista do pensamento iluminista, substituindo o sistema da prova legal.¹³⁶

Na exatidão dos termos, pontua-se que “A verdade jurídica reside por inteiro na consciência do juiz”.¹³⁷

Mittermaier já denunciava que:

Nada é mais hesitante, mais incerto, do que o conhecimento da convicção íntima: (...) conceder ao Juiz o direito de decidir livremente, e sem prestar contas dos seus motivos, da culpa dos seus concidadãos, é conceder-lhe um formidável direito de vida e morte, que nunca possuiu um soberano com tal extensão (tradução livre).¹³⁸

Assim,

a convicção decorre não das provas, ou melhor, não só das provas colhidas, mas também do conhecimento pessoal do juiz, das suas impressões pessoais, e à vista destas lhe é lícito repelir qualquer ou todas as demais provas. Além do que não está obrigado a dar motivos em que funda a sua convicção, nem os que levaram a condenar ou absolver.¹³⁹

Embora seja um sistema inovador, o qual confere liberdade ao magistrado na avaliação das provas de acordo com sua convicção, sem estar vinculado a um sistema legal tarifado, compromete significativamente a imparcialidade das decisões jurisdicionais¹⁴⁰ e o

¹³⁵ “§16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória.” BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.

¹³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op.cit., p. 206.

¹³⁷ MARQUES, José Frederico. Op. Cit., p. 294.

¹³⁸ No original: “Nada hay mas vacilante, mas incierto, que el conocimiento de la conviccion intima: muchas veces no es mas que una palabra que sirve de velo á las ilusiones de un en tendimiento frívolo, al estravío de las pasiones ó de opinio nes mal fundadas; de modo que otorgar al juez el derecho de decidir libremente, y sin dar cuenta de sus motivos, de la culpabilidad de sus conciudadanos, es concederle un derecho formidable de vida y muerte, que nunca ha poseido un soberano con tal estension.” MITTERMAIER, C. J. A. Op. cit., 1857. p. 114.

¹³⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Op. cit., p. 383.

¹⁴⁰ “Em seu desenvolvimento histórico, o livre convencimento sofreu uma grande mutação, que o transformou de uma garantia de liberdade em um instrumento de arbítrio. Aquele que era só um princípio negativo, acabou transformando-se em um critério discricionário de valoração da prova, sendo o livre convencimento, nas palavras de Ferrajoli, “uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da

seu controle, eis que a carga subjetiva que o acompanha é latente, agravada com a inexigibilidade de qualquer fundamentação.¹⁴¹

A despeito da regra insculpida no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República¹⁴², a qual exige a fundamentação de todas as decisões emanadas do Poder Judiciário, sob pena de nulidade, o sistema da íntima convicção remanesce adotado quanto às decisões dos jurados no Tribunal do Júri. Atribui-se essa inferência como corolário da garantia constitucional do sigilo das votações e da soberania dos veredictos (artigo 5º, inciso XXXVIII, alíneas ‘b’ e ‘c’/CRFB).¹⁴³

O sigilo das votações do Júri remonta à singularidade da magistratura temporária, que também não fundamenta o voto. Vê-se que, enquanto a inamovibilidade é a garantia suprema da magistratura permanente, o sigilo das votações do Júri, configura a garantia suprema da magistratura efêmera.¹⁴⁴

Os jurados detêm a faculdade de decidir por íntimo convencimento e nisto consiste a soberania de seus veredictos, na medida que, além de não possuírem o dever de fundamentar as conclusões a respeito da matéria fática, não podem ter suas valorações substituídas pelas de qualquer outro magistrado.

Veja-se que as exigências inerentes ao jurado dizem respeito muito mais ao seu padrão de comportamento e conduta na vida em sociedade, lastreados na ética, na boa-fé, na probidade e na honra. “Nenhuma responsabilidade legal resulta de seu voto; seja, embora, brando no julgar, cometa erros ou injustiças, somente sofrerá a crítica do público que o

história das instituições penais”. FERRAJOLI, Luigi apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. Op.cit., p. 209.

¹⁴¹ Nessa linha: “Para o controle da eficácia do contraditório e do direito de defesa, bem como de que existe prova suficiente para sepultar a presunção de inocência, é fundamental que as decisões judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder.” LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006. p. 263.

¹⁴² “Art. 93, inciso IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1º abr. 2020.

¹⁴³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1º abr. 2020.

¹⁴⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do Júri: Estudo sobre a mais democrática instituição brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 277.

fiscaliza e as censuras da própria consciência. Se, porém, prevarica, outras são as consequências”.¹⁴⁵

Em verdadeira crítica à sistemática implementada no júri, porta-se boa parte da doutrina.¹⁴⁶⁻¹⁴⁷

Segundo Enrico Ferri: “O júri é apaixonado e míope; o sentimento domina-lhe a inteligência; não há necessidade para convencer o juiz de estudos jurídicos e sociológicos, basta a declamação, e que declamação!”¹⁴⁸

As críticas vão muito além. Questionam-se não apenas a fragilidade das experiências dos jurados, como também a precariedade dos conhecimentos, uma vez que, enquanto se exige do juiz criminal dotar-se de especialização, de modo a se manter atualizado e aprimorado nas mais vastas ciências, não se compreende – dizíamos – que se confie em um julgamento a homens que não possuem quaisquer desses conhecimentos, nem deles, talvez, tenham ouvido falar.¹⁴⁹

O voto pela íntima convicção pode trazer resultados devastadores e que desafiam a segurança jurídica à medida que os jurados julgam de acordo com seu livre convencimento, de modo que o voto pode até ir além do afirmado e provado; e votam sem responsabilidade pelo voto emitido, porque - na expressão de Pontes de Miranda – “São executores, no momento, de poder estatal do povo”.¹⁵⁰⁻¹⁵¹

¹⁴⁵ WHITAKER, Firmino apud MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri: crimes e processos*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 363.

¹⁴⁶ Dentre alguns: NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 179 e s.s.; COELHO, Walter apud STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993. p. 90 e s.s.; FARIAS, Ângela Simões. *Condenar ou absolver: a tendência do júri popular*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 8; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões processuais penais controvertidas*. 4. ed. São Paulo: Leud, 1995. p. 300.

¹⁴⁷ Sendo Aury Lopes um dos críticos mais obstinados quanto à sistemática do Tribunal do Júri, apresenta uma avaliação inflexível a respeito: “O golpe fatal no júri está na absoluta falta de motivação do ato decisório. A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. Como define IBÁÑEZ, o *ius dicere* em matéria de direito punitivo deve ser uma aplicação/explicação: um exercício de poder fundado em um saber consistente por demonstradamente bem adquirido. Esta qualidade na aquisição do saber é condição essencial para legitimidade do atuar jurisdicional.” E continua: “Isso significa um retrocesso ao Direito Penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação.” LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Op. cit., p. 151.

¹⁴⁸ FERRI, Enrico apud MACIEIRA, Antônio. *Do Júri criminal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1914. p. 83.

¹⁴⁹ NORONHA, Magalhães apud NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões processuais penais controvertidas*. 4. ed. São Paulo: Leud, 1995. p. 299.

¹⁵⁰ FRANCO, Alberto Silva; MARREY, Adriano; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 410.

Na perspectiva de Walter Fanganiello:

(...) sem apresentar as razões de geradoras de seu conhecimento, podem, secretamente, condenar e absolver réus acusados de crimes dolosos contra a vida. Em outras palavras, o imputado e a sociedade ficam sem saber dos motivos inspiradores dos veredictos, quer sejam absolutórios, que sejam condenatórios. (...) Trata-se evidentemente, da consagração do arbítrio, colocando o tribunal do júri em oposição ao regime democrático.¹⁵²

2.2.1.5. Sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional ou da livre apreciação da prova

Adotado pelos modelos processuais contemporâneos, inclusive pelo ordenamento pátrio, tem expresso assento legal, constitucional e infraconstitucional, a teor dos artigos 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil e 155 do Código de Processo Penal.¹⁵³

Esse sistema teve por escopo extirpar o autoritarismo judicial e firmar as decisões com base, exclusivamente, nas diretrizes probatórias estabelecidas no processo.

Manuel Estrampes estabelece que :

El Tribunal no puede fundamentar una declaración de culpabilidad en actos que no tengan la condición de “actos de prueba”, que además han de ser practicados en el juicio oral con absoluto respeto a las garantías procesales (publicidad, oralidad, intermediación y contradicción), salvo aquellas excepciones admitidas constitucionalmente. [...] En definitiva, en este sistema de valoración probatoria las máximas de la experiencia no están predeterminadas previamente por el legislador en la norma, como sucedía en el sistema de prueba tasada o legal, sino que son elegidas *libremente* por el juzgador. Utilización de las máximas de la experiencia

¹⁵¹ A força da soberania dos veredictos é tão expressiva que, boa parte da doutrina reconhece que a possibilidade de recorrer de uma decisão proferida no Júri não gera ofensa ao Princípio Constitucional da Soberania dos Veredictos, haja vista que o Tribunal de Justiça apenas reconhecerá se os jurados votaram de forma manifestamente contrária às provas dos autos. Nessa linha, esclarece Alberto Silva Franco: “À instância recursal não cabe verificar se deve prevalecer esta, ou aquela prova, mas apenas examinar se o veredicto se afasta ou não, da prova existente. Limita-se o Tribunal de Justiça a determinar novo julgamento e acata o segundo veredicto, se idêntico ao primeiro anulado, pois existe a regra de direito, segundo a qual não se admite, pelo mesmo motivo (quer dizer, sob o mesmo “fundamento”) de ter sido a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, uma segunda apelação (CPP, art. 593, §3º, última alínea)”. Ibid. p. 104-105.

¹⁵² FANGANIELLO, Walter apud ALMEIDA, João Batista de. *Tribunal do Júri*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 21.

¹⁵³ “Art. 93, inciso IX/CRFB - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1º abr. 2020. “Art. 155/CPP - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 1º abr. 2020.

que el juzgador deberá exteriorizar en la motivación de las sentencias, para comprobar la racionalidad de la decisión judicial [...].¹⁵⁴

O juiz fica adstrito aos limites circunscritos pelas provas dos autos, sendo-lhe, defeso, fundamentar sua decisão tendo por substrato elementos estranhos a eles. Desse modo, as provas do processo são responsáveis por ditar os domínios da atuação judicante. A liberdade do juiz reside tão somente na escolha e aferição das provas pautadas pela lógica, racionalidade e experiência.

Assinala Dinamarco:

O livre convencimento há de ser racional, porque necessariamente alcançado mediante as forças do intelecto e não dos impulsos pessoais e eventualmente passionais do juiz: é obrigatório levar em conta as circunstâncias que ordinariamente conferem maior credibilidade a um meio de prova, ou as que no caso sejam capazes de convencer uma pessoa inteligente e sensível à realidade. Repudiam-se personalismos do juiz, cuja atividade se rege pelo princípio da impessoalidade.¹⁵⁵

No sistema do livre convencimento motivado, se por um lado o juiz possui uma dose de discricionariedade, posto que dispõe de autonomia na interpretação da legislação e dos fatos, por outro encontra subordinação: o assentamento de todas as informações, em sua completude, de modo a assegurar a legitimação da sentença e o rastreo sobre seu modo de pensar, seja pela sociedade (qualquer cidadão), seja pelos Tribunais.¹⁵⁶⁻¹⁵⁷ Configura-se, portanto, a motivação do ato decisório, a exposição das razões de decidir.

“Eis a livre convicção motivada dos juízes, isto é, a técnica mediante a qual as provas são examinadas de acordo com a consciência judicial, à luz das impressões colhidas do

¹⁵⁴ ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La valoración de la prueba a la luz del nuevo código procesal penal peruano de 2004*. In: Instituto de Ciencia Procesal Penal. Disponível em: <<http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/mirandaestampres.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2020. p. 3, 8 - 9.

¹⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 104-105.

¹⁵⁶ Nessa dicção: “La disciplina del procedimiento probatorio, volta a regulamentare il libero convencimento del giudice che si esprime nella decisione, si sviluppa su ter distinte direttive. Essa contiene, in primo luogo, le regole per l’assunzione dei mezzi di prova, con la prescrizione de forme, la posizione di limitti all’allegazione, la determinazione delle modalità di acquisizione. Individua, in secondo luogo, i critério che debbono essere seguiti dal giudice nella valutazione della prova. Fa obbligo, in terzo luogo, al giudice di dare conto delle sue scelte attraverso la motivazione.” DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. Padova: CEDAM, 1999. p. 624. “A disciplina do procedimento probatório, destinada a regulamentar o livre convencimento do juiz que se exprime na decisão, desenvolve-se em três diretivas diferentes. Ela contém, em primeiro lugar, as regras para a admissão dos meios de prova, com a prescrição de forma, a posição dos limites das alegações, a determinação da modalidade da aquisição. Individualizada, em segundo lugar, os critérios que devem ser seguidos pelo juiz na valoração da prova. Obriga, em terceiro lugar, o juiz a dar conta das suas escolhas através da motivação”. (tradução nossa)

¹⁵⁷ “Sentença não é fruto nem objeto de crença; trata-se de ato estatal submetido a controle e que se submete a um arcabouço constitucional que lhe impõe limites e a condiciona”. GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: *Provas - Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada*. v. 3. 2. ed. DIDIER JUNIOR, Fredie. (Coord. geral). Salvador: Juspoudium, 2016. p. 364.

processo e pela análise imparcial e independente dos fatos e circunstâncias constantes nos autos.”¹⁵⁸⁻¹⁵⁹

A bem da verdade “A motivação é uma garantia do processo e um potente instrumento de controle da valoração da prova.”¹⁶⁰, já que permite o controle sobre a racionalidade da decisão.¹⁶¹

Esse dito controle estabelece barreiras para que exercício do julgamento pelo juiz não esteja adstrito a questões pessoais da sua vontade ou da sua consciência, ou seja, sua representação subjetiva a respeito dos fatos.¹⁶²⁻¹⁶³

O magistrado, inevitavelmente, como ser humano dotado de intelecto, também é resultado do seu meio social, não se podendo assegurar, com absoluta precisão, que seu julgamento a respeito dos fatos seja alheio a visões íntimas relacionados à cultura, à economia

¹⁵⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *O livre convencimento do juiz e as garantias constitucionais do processo penal*. In: Revista da EMERJ, v.3, n.12, 2000. p. 185.

¹⁵⁹ E continua o referido autor: “Significa dizer: concluída a instrução criminal e ultrapassada a fase das alegações finais, resta ao juiz prolatar a sentença. Para tanto, cumpre-lhe apreciar livremente a prova, valorando-a, num trabalho metucioso e delicado. Por aí já se percebe que a livre convicção no direito brasileiro requer um exame crítico, inteiramente imparcial, que convém ser feito com o máximo de escrúpulo. Para valer-se dessa técnica, a autoridade jurisdicional deve desarmar o seu espírito, pois com sentimento de antipatia ou de simpatia não se interpreta, simplesmente ataca-se. Interpretar é eliminar idéias preconcebidas e rivalidades de toda monta; é pôr-se ao lado do que se interpreta, numa intimidade muito maior do que qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático que seja. A própria simpatia não basta. É preciso compenetrar-se do pensamento que esponta das normas jurídicas, penetrando-se nelas, dando-lhes a expansão doutrinária e prática. Só assim se executa o programa do juiz, ainda que, de quando em vez, “se lhe juntem conceitos e correções de lege ferenda”. Deve o magistrado, portanto, extirpar da sua mente prejudgamentos que possam conduzi-lo ao erro.” Ibid. p. 185-186.

¹⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. Op.cit., p. 50.

¹⁶¹ “Motivar los hechos significa explicitar, con la forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba y que, sobre esta base, fundamenta la elección a favor de la hipótesis sobre el hecho de que, con las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica más elevado. Esto supone que la motivación debe dar cuenta de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias que partiendo de ellos se han formulado y de los criterios utilizados para extraer sus conclusiones probatorias; del mismo modo, la motivación debe dar cuenta también de los criterios con los que se justifica la valoración conjunta de los distintos elementos de prueba, así como de las razones que fundamentan la elección final para que la hipótesis sobre el hecho esté justificada.” TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2002, Op. cit., p. 436.

¹⁶² “Com efeito, essa problemática aparece explícita ou implicitamente. Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos nos Tribunais) deixam “claro” que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do poder discricionário dos juízes.” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 19-20.

¹⁶³ “Estar compromissado apenas com a sua consciência passa a ser o elemento que sustenta o imaginário de parcela considerável dos magistrados brasileiros, o que se pode perceber em pronunciamento do então Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Min. Costa Leite, respondendo a uma indagação sobre o racionamento de energia elétrica que atingia o país, no sentido de que, no momento de proferir a decisão (caso concreto), “o juiz não se subordina a ninguém, senão à Lei e à sua consciência”, assim como importante decisão do mesmo Tribunal em sede de Habeas Corpus: “Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados.” Ibid. p. 26-27.

ou aos fatores políticos e sociais, elementos esses que anulam a ideia de suposta neutralidade do juiz.

No entanto, o prudente julgador consegue desassociar-se de suas formações intelectuais pessoais e, por ocasião da valoração da prova, adotar um raciocínio adequado para a circunstância concreta, com justificativas lógicas, coerentes, racionais e objetivas, afastando-se, ao máximo, de qualquer carga subjetiva de apreciação e garantindo a razoabilidade, legitimidade e constitucionalidade do ato decisório.¹⁶⁴

Nas palavras críticas de Inocêncio Coelho, com apoio teórico em Eugenio Raúl Zaffaroni, juiz neutro ou asséptico não passa, portanto, de “uma impossibilidade antropológica porque nenhum indivíduo pode ser ‘neutro’, porque não existe neutralidade ideológica”.¹⁶⁵

Pondere-se que, a carga de valores inatos acumulados pelo juiz sentenciante deve permanecer aquietada, como se fosse capaz de esvaziar o corpo, mente e alma, para então enroupar-se dos elementos afluentes das provas, norteando-se, com rigor, pelos moldes legais, inerentes a tempo e lugar, para então decidir¹⁶⁶, a apreciação há de ser, em concreto, reconduzível a critérios objetivos e, portanto, em geral susceptível de motivação e controle.¹⁶⁷

¹⁶⁴ No original: “La concepción racionalista basal a justificación de la decisión sobre los hechos probados en el método de corroboración de hipótesis, no en la creencia de sujeto alguno (...)” Diga-se que, “a concepção racionalista fundamenta a justificação da decisão sobre os fatos provados num método de corroboração de hipóteses, não na crença subjetiva de sujeito algum.” BELTRÁN, Jordi Ferrer. Op.cit., p. 65.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl apud COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica*: fragmentos. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 14 e 383-385.

¹⁶⁶ Nas linhas desenvolvidas por D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina e E. Zappalà: “Il principio risulta ancorato al dato probatorio, funziona nell’area riservata alla valutazione della prova, trova un suo limite nella motivazione. Ancorare il libero convincimento al dato probatorio significa circoscrivere la piattaforma su cui lo stesso può essere esercitato. Diceva PESSINA: ‘il giudice è libero di credere o di non credere alle prove adote, ma non può uscire dai confini legali, siano relativi al raccoglimento di esse, siano relativi alla loro disamina nella pubblica discussione’. Aggiunge oggi CORDERO: ‘libero convincimento significa rifiuto delle prove a valutazione vincolata: ma la prova è pur sempre un atto regolato dal diritto, che anzitutto ne fissa le condizioni di ammissibilità e i modi di formazione’. E continua: “Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati. Il raccordo fra convincimento del giudice e obbligo di motivare in fatto appare sancito con sufficiente precisione. Quest’obbligo funziona come preventiva remora da possibili arbitri, impegna a riflettere sui contenuti del giudizio (e sulle connesse proiezioni nella motivazione della sentenza) e riviene significativi addellati nelle disposizioni relative ai requisiti ed alla redazione della sentenza” SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto processuale penale*. v. I. Milano: Giuffrè, 1994. p. 389 e 391. “O princípio resultado ancorado ao fato probatório, funciona na área reservada à valoração da prova, encontra seu limite na motivação. Ancorar o livre convencimento ao fato probatório significa circunscrever a plataforma sobre a qual o mesmo pode ser exercitado. Diz a PESSINA: ‘o juiz é livre para crer ou não crer nas provas adotadas, mas não pode sair dos limites legais, sejam relativos ao acolhimento delas, sejam relativos ao exame delas na discussão pública. Acrescenta hoje CORDERO: ‘livre convencimento significa recusa das provas à valoração vinculada: mas a prova é tão-somente um ato regulado pelo direito, que antes de mais nada lhe fixa as condições de admissibilidade e modos de formação’. E continua: ‘O juiz valora a prova dando conta na motivação dos resultados obtidos e dos critérios adotados. A conexão entre convencimento do juiz e a obrigação de motivar de fato aparece decretada com precisão suficiente. Esta obrigação funciona como prevenção da incerteza de possíveis arbitrios, obriga a refletir sobre o conteúdo do julgamento (e sua

(..) a motivação deve ser racional: deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que atua o órgão julgador. Não se confunde com uma ciência exata ou com uma lógica absoluta da matemática pura. O que se espera é que atenda às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico.¹⁶⁸

Como bem argumenta José Frederico Marques:

(...) o juiz deve decidir com relação à sua crítica, não tem a liberdade de raciocinar discricionariamente, arbitrariamente. O livre convencimento deve conjugar a lógica e a experiência, sem excessivas abstrações de ordem intelectual, mas observando sempre os preceitos e métodos que tendem a assegurar o mais acertado e eficaz raciocínio.¹⁶⁹

Sob uma perspectiva mais garantista, Luigi Ferrajoli conclui:

(...) compreende-se, após tudo quanto foi dito até aqui, o valor fundamental desse princípio. Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas, por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada; que a validade das sentenças resulta condicionada à verdade, ainda que relativa, de seus argumentos; que, por fim, o poder jurisdicional não é o ‘poder desumano’ puramente potestativo da justiça de cádi, mas é fundado no ‘saber’, ainda que só opinativo e provável, mas exatamente por isso refutável e controlável tanto pelo imputado e sua defesa como pela sociedade. Precisamente, a motivação permite a fundação e o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada no nexo entre convencimento e provas.¹⁷⁰⁻¹⁷¹

Aparentemente exsurge uma lacuna e revela-se um desconforto. Apesar de toda explanação a respeito do livre convencimento motivado - o juiz é livre na valoração da prova e sua decisão deve apontar em quais provas calcou sua decisão - não se obtém através dessa

respectiva projeção na motivação da sentença) e vem significativamente demonstrada nas disposições relativas aos requisitos e à redação da sentença”. (tradução nossa)

¹⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. p. 202-203.

¹⁶⁸ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Direito Processual Civil*. 10. ed. 2. v. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 103.

¹⁶⁹ MARQUES, José Frederico. Op. cit., v. II. p. 294.

¹⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., p. 497-498.

¹⁷¹ É também a reflexão de Rogério Leal: “De uma certa forma, outras correntes filosóficas festejadas no Brasil, como o denominado garantismo ferrajoliano, também se associam, em meu sentir, com as perspectivas que estou trabalhando, eis que, logo no início de seu *Diritto e Ragione*, contrapõe ao modelo garantista os modelos autoritários, em que prevalece uma visão substancialista do desvio penalmente relevante, e de onde nasce um direito penal voltado mais para a punição do delinquente, do que propriamente para a definição de condutas penalmente ilícitas e suas respectivas sanções. A história mostra que nesses modelos antigarantistas, o princípio da estrita legalidade é posto de lado, já que a ênfase é punir nem tanto pelo que se fez, mas sobretudo pelo que se é. A oposição entre garantismo e autoritarismo corresponde, assim, à alternativa entre duas epistemologias judiciais distintas: cognoscitivism e decisionismo, entre comprovação e valoração, entre prova e inquisição, entre razão e vontade, verdade e potestade. Em uma visão garantista, ao reverso do autoritarismo, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se sujeita a regras precisas, que assegurem às partes o maior controle sobre a atividade jurisdicional.” LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 82-83.

conceituação vaga, imprecisa e incompleta esclarecimento acerca metodologia aplicável durante esse esforço mental e intelectual.

Por essa razão, não desconsiderada a existência de outros, se estabeleceu, a partir de Jonathan Cohen,¹⁷² ser a probabilidade indutiva ou lógica (não matemática) o melhor modelo inerente ao processo valorativo da prova.¹⁷³

Entretanto, “...a probabilidade lógica não diz nada sobre o grau de confirmação necessário para se considerar provada a hipótese fática no processo penal, sendo necessária uma regra legal que estabeleça esse grau de confirmação que deve ser atingido para a decisão.”¹⁷⁴

2.3. Critérios e *standards* probatórios penais.

Restando claro ser a motivação das decisões ponto fundamental e limitador do convencimento judicial, impende aferir o(s) critério(s) utilizado(s), satisfatoriamente, pelo juiz, na tentativa de se chegar ao conhecimento da verdade.¹⁷⁵

Precisamente José Baltazar Júnior argumenta que:

Não raramente, confunde-se íntima convicção com persuasão racional, faltando, na prática judicial e na doutrina, clareza sobre qual o grau de suficiência exigido na motivação de fato. É sabido que o juiz tem a obrigação de fundamentar, mas não há

¹⁷² COHEN, Laurence Jonathan. *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

¹⁷³ “A probabilidade indutiva de uma hipótese depende do apoio ou suporte que lhe prestam as provas com as quais está ligada por uma regra causal, sendo medida não em termos frequentistas, mas em “graus de confirmação” ou de apoio indutivo de uma hipótese relativamente a uma informação (no caso, de um elemento de prova). A hipótese será aceita como verdadeira, se for confirmada por uma prova com a qual tenha um nexo causal ou lógico, fazendo com que a existência de tal prova constitua uma razão para aceitar tal hipótese. ... Por outro lado, no caso de provas contrastantes ... o problema será de uma valoração comparativa, devendo prevalecer a hipótese fática que, compassivamente, tenha a maior probabilidade de ser verdadeira. Todavia, no processo penal, tendo em vista a adoção de um elevado *standard* de prova e pesando o ônus da prova sobre a acusação, se a hipótese que apresentar um maior grau de probabilidade indutiva for a acusatória, mas houver uma probabilidade, embora menor, de uma versão fática defensiva, essa prova de refutação será suficiente para que hipótese acusatória, embora mais provável, não seja, ao final, considerada provada. A resolução do problema, contudo, não se dará no contexto da valoração, por meio do resultado racionalmente aceitável em termos de simples probabilidade indutiva, mas no atingimento ou não do *standard* de prova necessário para a condenação, no contexto da decisão. Em outras palavras, exige-se um suporte probatório menor da prova de um fato defensivo, do que se exige para a prova que dá suporte ao fato imputado pela acusação.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op.cit., p. 226-227.

¹⁷⁴ STELLA, Frederico apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Idem. p. 235.

¹⁷⁵“Rena K. Uviller for appellant and Stanley Buchsbaum for appellee. Mr. Justice Brennan delivered the opinion of the court. No original: “*In this regard, a standard of proof represents an attempt to instruct the fact-finder concerning the degree of confidence our society thinks he should have in the correctness of factual conclusions for a particular type of adjudication. Although the phrases ‘preponderance of the evidence’ and ‘proof beyond a reasonable doubt’ are quantitatively imprecise, they do communicate to the finder of fact different notions concerning the degree of confidence he is expected to have in the correctness of his factual conclusion*”. UNITED STATES SUPREME COURT. In re Winship. n.º. 778. Decided: March 31, 1970. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=397&invol=358>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

padrões, modelos, ou regras claras sobre como isso deve ser feito, papel cumprido pelos *standards of proof* nos países da *common law*.¹⁷⁶

Nas palavras de Gustavo Badaró:

O tema dos “critérios de decisão”, também denominados “standards probatórios” ou “modelos de constatação”, tem sido muito pouco explorado pela doutrina processual brasileira, que geralmente se limita a apreciar a questão sob o enfoque *in dubio pro reo*, mas não dos diversos graus que se podem exigir do julgador para que considere um fato “provado” ou mesmo para que se tenha como satisfeito um requisito legal de mera probabilidade, e não de “certeza”.¹⁷⁷

José Paulo Baltazar Júnior estabelece que:

1. *Standards* ou modelos de constatação probatórios são padrões mínimos para aferir a suficiência da motivação de fato nas decisões judiciais.
2. A função dos *standards* probatórios é permitir o controle da motivação judicial das decisões.¹⁷⁸

“Por modelos de controle do juízo de fato (ou standards, critérios, etc.) provisoriamente definimos enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão.”¹⁷⁹

A maior dificuldade da teoria moderna, portanto, é definir quais são esses critérios de decisão, apontar qual o *standard* probatório ou modelo de constatação utilizado pelo juiz para se obter um juízo de certeza da condenação ou absolvição.¹⁸⁰

Ghirardi afirma que:

... se a fundamentação da sentença tem hierarquia constitucional e existe um controle de constitucionalidade, disso segue-se a necessidade de um controle lógico do raciocínio do juiz (...). Daí que o processo repousa também na teoria do raciocínio correto, já que o juiz tem o dever constitucional de raciocinar corretamente e de não violar as regras que regem o pensar.¹⁸¹

¹⁷⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards probatórios no processo penal*. In: Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n. 4. p. 164, nov. 2007.

¹⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Op.cit., p. 298.

¹⁷⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Ibid. p. 182.

¹⁷⁹ KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 353, ano 97, jan.-fev. 2001. p. 21.

¹⁸⁰ Como salientado anteriormente, em referência (87), Gustavo Badaró apresenta distinção entre o momento da valoração e o momento da decisão. Para o autor os *standards* probatórios são “critérios de decisão” e, “A razão de se exigir no processo penal um *standard* probatório mais elevado que no processo civil é de natureza política, e não simplesmente técnica. No processo penal, em razão da presunção de inocência, do ponto de vista probatório há um desequilíbrio estrutural entre as posições do acusado, a quem não incumbe nenhum ônus, e o acusador, sobre quem recai toda a carga probatória. Contudo, além de atribuir toda a carga da prova para a acusação, também se adota um *standard* de prova bastante elevado, tornando o convencimento judicial dos fatos que favoreçam a acusação particularmente difícil. Diferentemente do processo civil, a definição dos *standards* probatórios no processo penal não tem por objetivo eliminar ou distribuir os riscos de erros em razão da insuficiência probatória, mas sim distribuir os erros de forma a favorecer sistematicamente a posição do acusado. Justamente por isso se considera preferível absolver um (ou dois, ou dez, ou mil) culpado do que condenar um inocente!” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Ibidem, p. 298-299.

¹⁸¹ GHIRARDI, Olsen A. *Logica de la cassacion, errores in cogitando*. In: *Scritti in onore di Elio Fazzalari*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 493.

“Naturalmente, há diversos enfoques a partir dos quais se pode submeter o princípio do livre convencimento a critérios de racionalidade e controle.”¹⁸²

... Com efeito, *standards* de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado. Justamente por isso, o *standard* de prova, qualquer que seja ele, não é incompatível com a regra do livre convencimento do juiz. O juiz tem liberdade para valorar, embora deva seguir um modelo racional de valoração da prova. ... A tarefa judicial, que no contexto da valoração está regida por critérios epistemológicos, passa a ser vinculada, no contexto da decisão, por critérios legais que definem o *standard* de prova.¹⁸³

Vê-se que, os *standards* probatórios além de se prestarem ao fornecimento ao juiz de métodos adequados e objetivos para balizar uma decisão justa, são instrumentos idôneos para o exercício do controle jurisdicional já que permite a imersão nas razões da decisão penal, premissa basilar de um Estado Democrático de Direito na proteção dos direitos individuais de eventuais arbitrariedades.

2.3.1. En passant no direito comparado

Sem qualquer pretensão crítica, far-se-á no presente trabalho uma breve abordagem, meramente conceitual e expositiva, dos modelos usualmente adotados no direito penal comparado¹⁸⁴: a prova acima de dúvida razoável (*evidence beyond a reasonable doubt*); a mínima atividade probatória; o alto grau de verossimilhança sem dúvidas concretas; a doutrina do absurdo ou da arbitrariedade; os modelos linguísticos (Congruência Narrativa e Probabilidade Indutiva); o controle de motivação e os modelos probabilísticos ou matemáticos.

Para Gustavo Badaró compreende-se que:

Em uma escala crescente, podem-se trabalhar com “modelos de constatação” ou “critérios de convencimento” ou ainda “standards probatórios” variados: (i) simples “preponderância de provas” (*preponderance evidence*), que significa a mera probabilidade de um fato ter ocorrido; (ii) “prova clara e convincente” (*clear and convincing evidence*), que pode ser identificada como uma probabilidade elevada; (iii) e “prova além do razoável” (*beyond a reasonable doubt*), como um probabilidade elevadíssima, que muito se aproxima da certeza.¹⁸⁵

¹⁸² KNIJNIK, Danilo. *A prova nos júzos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17.

¹⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op. cit., p. 239.

¹⁸⁴ No direito civil comparado, apresenta-se como *standard* a preponderância de prova (*preponderance of evidence*), agregado a outras regras (*standards secundários*) como da prova clara e convincente (*clear and convincing proof*). “Na verdade, há vários outros paradigmas semelhantes, como o “*clear, convincing and satisfactory*”, “*clear and unequivocal*” e o “*clear, cogent and convincing*”. KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Op. cit., p. 34.

¹⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Op. cit., p. 298.

Se por um lado o *standard* de prova estabelece um patamar mínimo para que o julgador possa admitir uma determinada hipótese fática como provada através de critérios objetivos e controláveis, por outro, viabilizando a sociedade adentrar no pensamento do juiz, seu raciocínio, método de valoração e inferência.¹⁸⁶

2.3.1.1.A prova acima de dúvida razoável (*evidence beyond a reasonable doubt*)

Originalmente (1770), destinava-se a tranquilizar e amenizar a consciência dos jurados, uma vez que quando a condenação ocorria, não restava qualquer dúvida razoável sobre o crime analisado.¹⁸⁷ Aplicado em casos criminais, nos países da *common law*, desde o século XVIII (1850), foi adotado publicamente pela Suprema Corte Americana em 1970.

O sistema possui como parâmetro de um julgamento justo, a prova *beyond a reasonable doubt*, segundo o qual, havendo essa prova além da dúvida razoável deve restar caracterizada a culpabilidade do réu¹⁸⁸⁻¹⁸⁹.

Dentre as diversas críticas¹⁹⁰⁻¹⁹¹, sobressai aquela que entrevê uma considerável dosagem subjetivista e vagueza inerente ao instituto, diante do que se entende por “dúvida razoável”, o que também assentimos, afinal, “dúvida” e “razoável” são axiomas de valoração

¹⁸⁶ “É lícito concluir que a escolha de determinado standard probatório possui cariz axiológico e político, quanto à alocação de erros nos julgamentos e quem deve suportar os seus custos sociais.” MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Criminalidade econômico-financeira complexa, presunção de inocência e standard de prova. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 185/2021, nov/2021. p. 201-236.

¹⁸⁷ “Na tradição cristã, uma pessoa que era detidora de dúvidas acerca da culpabilidade de um acusado e condenava um inocente havia praticado um pecado mortal, condenando, assim, a sua alma. Por conta disso, a taxa de condenação era muito baixa, tendo sido desenvolvido o raciocínio de que as suas almas estariam a salvo, desde que as suas dúvidas estivessem dentro da razoabilidade” PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no Direito Processual Brasileiro*. Salvador: Editora Juspodium, 2021. p. 161-162.

¹⁸⁸ “Siguiendo la misma línea, pero sin identificar em absoluto donde estaria el grado de certeza, el Tribunal Constitucional espanhol creó un concepto muy ambiguo: el de ‘mínima actividad probatoria de cargo’. Según el mismo – aunque cambiando un poco da formulación del Tribunal Constitucional que no la sustancia -, para conseguir destruir la presunción de inocencia y, para tanto, eliminar toda duda razonable, el tribunal a quo tenía que haber realizado una actividad probatoria que permitiera a ese tribunal *a quo* inferir la existencia de una atribución delictiva. De ese modo, habiéndose practicado esa actividad probatoria sobre la acusación y habiéndose quedado demostrada, la presunción de inocencia habría sido legitimamente destruída... Pero lo más relevante que finalmente se há aportado em ese terreno es la necesidad de motivación. La ‘duda razonable’ casi sempre há prescindido de la misma, pero no así la ‘certeza moral’, ni tampoco numerosos autores que han tratado de construir sus ideas basándose em la duda razonable y en la posibilidad preponderante” FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal – proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 80.

¹⁸⁹ “Es por ello, que en estos casos también se habla de Burden of Proof, es decir carga de la prueba –onus probandi–. Si las evidencias aportadas por el órgano persecutor no alcanzan la medida o el estándar de más allá de toda duda razonable, no es posible condenar. En consecuencia, es una exigencia dirigida también a quien persigue, y no sólo a quien juzga...” RODRIGUEZ, Raul Cernevali; VAL, Ignacio Castillo. El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. In: *Revista Ius et Praxis*, Año 17, nº 2, 2011, pp. 77 – 118 (p. 84). Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4096091>> Acesso em: 07 mai. 2020.

¹⁹⁰ Na doutrina estrangeira Larry Laudan e Ronald Allen.

¹⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op.cit., p. 249.

muito pessoais, não havendo uma determinação de critérios objetivos para aferição desse parâmetro, variante caso a caso, em decorrência das possibilidades ou não da produção probatória. Ademais, reputamos que, explicar tal conceito a um grupo de pessoas leigas e ainda correlacionar esse *standard* a um grau de prova, seria uma tentativa totalmente vã.¹⁹²

De toda sorte, o fundamento dessa regra, a qual exige um critério elevado para a condenação¹⁹³, é a premissa de que “a sociedade julga ser preferível um culpado ser havido por inocente do que um inocente ser havido por culpado”¹⁹⁴⁻¹⁹⁵, isso porque, a condenação de um inocente rompe com a credibilidade da justiça e ocasiona alarde social generalizado. É a linha de contribuição extraída desde Blackstone¹⁹⁶, Voltaire¹⁹⁷ e Benjamin Franklin¹⁹⁸.

Segundo Henry A. Diamond:

As definições frequentemente usadas de dúvida razoável também estão contidas nas Instruções do Júri Federal Moderno altamente respeitadas de Sand, Siffert, Loughlin e Reiss e nas Práticas e Instruções do Júri Federal de Devitt e Blackmar. Como essas definições de dúvida razoável existem e foram realizadas para resistir ao escrutínio constitucional pelo Supremo Tribunal, não se pode dizer razoavelmente que o termo é incapaz de definição.¹⁹⁹ (tradução nossa)

A elucidação fornecida por *Modern Federal Jury Instructions by Sand, Siffert, Loughlin and Reiss*:

[Dúvida razoável] é uma dúvida baseada na razão e no senso comum. É uma dúvida que uma pessoa razoável possui após cuidadosamente sopesar todas as provas. É uma dúvida que leva uma pessoa razoável a hesitar em tomar uma decisão em uma questão de importância para sua vida pessoal. (...) Uma dúvida razoável não é uma fantasia ou capricho; não é uma especulação ou suspeita. Não é uma desculpa para

¹⁹² “(...) alguns tribunais estaduais e federais têm chegado ao “ato supremo de desespero” de recusar a possibilidade de explicação, pelos magistrados, do que significaria a *prova acima de qualquer dúvida razoável*. (...) O argumento mais utilizado para justificar esse posicionamento advém da afirmação de que o *standard* acima de qualquer dúvida razoável seria auto evidente ou auto definível e por isso não necessitaria de maiores comentários a seu respeito.” PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 165.

¹⁹³ “O princípio segundo o qual é muito pior condenar *um inocente* que deixar livre *um culpado* deve constituir a base garantista do edifício do processo penal em uma ‘cidade de homens livres’”. STELLA, Frederico. *Oltre ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolati della costituzione italiana*. In: *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 92.

¹⁹⁴ MCCORMICK, Charles Tilford. et.al. *McCormick on evidence*. 4th. ed. 2. v. St.Paul, Minnesota: West Pb., 1992. p. 438, 2^o vol.

¹⁹⁵ Em Blackstone, a razão entre absolvição de culpados e condenação de inocentes é de 10 para 1; em Fortescue, de 20 para 1; em Hale, de 5 para 1; em Benjamin Franklin de 100 para 1.

¹⁹⁶ “It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer.” BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England*. Livro IV, cap 24. Oxford: Clarendon Press, 1765-1769.

¹⁹⁷ “Il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent”. VOLTAIRE. In: *Zadig (ou la Destinée)*, capítulo 6. p. 53 (1749, reimpresso 1974).

¹⁹⁸ “It is better 100 guilty persons should escape than that one innocent person should suffer”. Letter from Benjamin Franklin to Benjamin Vaughan (Mar. 14, 1785), in 9 Benjamin Franklin, Works 293.

¹⁹⁹ “Often-used definitions of reasonable doubt are also contained in the highly respected Modern Federal Jury Instructions by Sand, Siffert, Loughlin and Reiss and in Federal Jury Practice and Instructions by Devitt and Blackmar. Because such definitions of reasonable doubt do exist and have been held to withstand constitutional scrutiny by the Supreme Court, it cannot reasonably be said that the term is incapable of definition.” DIAMOND, Henry A. *Reasonable doubt: to define, or not to define*. In: *Columbia Law Review*, v. 90. n. 6. outubro de 1990. p. 1726.

evitar o cumprimento de um dever desagradável. E não é compaixão.²⁰⁰ (tradução nossa)

No entanto, em crítica formulada à elucidação “hesitar em tomar” (*hesitate to act*), *Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions* define: “... prova acima de dúvida razoável como: “prova que deixa você firmemente convencido da culpa do acusado” e não leva você a pensar que há uma ‘real possibilidade’ de que ele seja inocente.” (tradução nossa)²⁰¹

Em emblemático julgado dos idos de 1850, *Commonwealth v. Webster*, o juiz *Lemuel Shaw*, presidente da Corte Suprema de *Massachusetts*, formulou um conceito a respeito da expressão dúvida razoável, que vigeu por quase um século²⁰².

Atualmente, no direito comparado, além de desvincular esse *standard* de prova das ideias filosóficas originárias que o conceberam, procura-se também evitar de fornecer explicações aos jurados a respeito de “dúvida razoável”, porquanto geram mais confusões do que soluções, afinal, muitas vezes os conceitos são múltiplos e divergem entre si.²⁰³

O respectivo *standard* não extrapola as raias do Princípio do *in dubio pro reo*, assumimos, na verdade, a posição de que ambos se imbricam, isso porque, havendo dúvida (razoável, ao menos) acerca da culpabilidade do acusado, deve optar-se pela absolvição²⁰⁴⁻²⁰⁵.

²⁰⁰ L.Sand, J. Siffert, W. Loughlin & S. Reiss, *Modern Federal Jury Instructions* §4.01 (1989) *apud* DIAMOND, Henry A. *Ibidem*, p. 1726. “[Reasonable doubt] is a doubt based upon reason and common sense. It is a doubt that a reasonable person has after carefully weighing all of the evidence. It is a doubt which would cause a reasonable person to hesitate to act in matter of importance in his or her personal life. (...) A reasonable doubt is not a caprice or whim; it is not speculation or suspicion. It is not an excuse to avoid the performance of an unpleasant duty. And it is not sympathy.”

²⁰¹ Federal Judicial Center, *Pattern Criminal Jury Instructions* *apud* DIAMOND, Henry A. *Idem*, p. 1726. “But see Federal Judicial Center, *Pattern Criminal Jury Instructions* 28-29 (1988) (criticizing “hesitate to act” definition and defining proof beyond a reasonable doubt as “proof that leaves you firmly convinced of the defendant’s guilt” and does not lead you to think that there is a “real possibility” that he is innocent).

²⁰² “... Entonces, ¿que és una duda razonable? (...) Se trata pues, de esse estado del caso que, tras una completa comparación y consideración de todas las pruebas, deja la mente de los miembros del jurado en una condición tal que no pueden decir que experimentan una convicción perdurable, que produce certeza moral, acerca de la verdade de los cargos respectivos. La carga de la prueba corresponde al fiscal. Independientemente de las pruebas específicas, todas las presunciones jurídicas están a favor de la inocência; y toda persona es presumida inocente hasta que no sea probada su culpabilidad. Si, todavía subsiste una duda razonable em relación con dicha prueba de culpabilidad, el acusado tiene derecho a beneficiarse de tal presunción em términos de una absolución. Ya que no es suficiente establecer que hay mayores probabilidades de que los hechos imputados sean verdaderos que las que hay de que no lo sean, aunque se trate de una probabilidad fuerte obtenida mediante el cálculo riguroso de probabilidades; sino que las pruebas han de establecer la verdade de los hechos em el sentido de producir una certeza razonable o moral; es decir, una certeza que convence, dirige el entendimiento y que satisface la razón y el juicio de aquellos obligados a actuar conscientemente con base em esa certeza. Esto es lo que se considera una prueba más allá de toda duda razonable.” LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Marcial Pons: Madrid, 2013. p. 65.

²⁰³ A esse respeito: LAUDAN, Larry. *Ibidem*, p. 83-88.

²⁰⁴ “En esta perspectiva, Laudan, em la fijación del estándar de prueba de “conocimiento más allá de toda duda razonable”, a través de la lógica inductiva, presentados formas alternativas o equivalentes que son comúnmente presentadas a los jurados a través de las instrucciones de las deliberaciones: 1. Si es creíble la prueba acusatoria,

Somente quando, apesar de não haver certeza, mas também não restar dúvida além daquela que seria considerada razoável, de acordo com o conteúdo probatório acostado ao processo e aos meios de prova que foram utilizados para a solução do caso, é que se poderia determinar a culpabilidade²⁰⁶.

“Para superar o estado de inocência é preciso que a hipótese acusatória tenha recebido um suporte em níveis elevados de *standard* probatório e, se este umbral não for atingido, a presunção de inocência impõe a absolvição do acusado.”²⁰⁷

Certo que permanece ainda vigente nos Estados Unidos da América e demais países da *Common Law*²⁰⁸, tem arrimo expresso no novo Código de Processo Penal Chileno²⁰⁹, é adotado por Tribunais de referência, como: o Tribunal Penal Internacional²¹⁰, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos²¹¹ e o Tribunal Constitucional da Espanha²¹².

o un testimonio que resulta difícil de explicar si el acusado fuese inocente, y no es creíble la prueba exculpatória, o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénalo. De otro lado, absuévalo. 2. Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénalo. De otro modo, absuévalo.” RUA, Mónica Bustamante; VELEZ, Diego Palomo. *La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal: Una lectura desde Colombia y Chile*. In Revista Ius et Praxis, Año 24, n° 3, 2018, pp. 651-692 (p. 684). Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6891053>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

²⁰⁵ “Esse mesmo elemento de la duda inspira el beyond any reasonable doubt, que como há recordado acertadamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tampoco se distingue de la presunción de inocencia. El contenido es el mismo, y cuando se creó esa frase para instruir a los jurados anglosajones, simplemente se estaba buscando que entendieran que solamente podían condenar si no tenían dudas razonables, porque si las albergaban, tenían que absolver. Exatamente lo mismo que se pretende con el *in dubio pro reo*, que, como ya se há dicho, conincide em contenido com la presunción de inocencia.” NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Euros Editores, 2012. p. 284.

²⁰⁶ “Este estándar de prueba tiene su antecedente en el proceso penal inglés y es la regla fundamental en el proceso penal norteamericano; asimismo, existe la tendência de su aplicación en ordenamientos propios del derecho continental como en el derecho italiano y ahora en el colombiano. La razón de la adopción del estándar de conocimiento, más allá de toda duda razonable, es de naturaleza ético-política, para procurar que el juez penal pueda condenar al acusado solamente cuando se haya conseguido, por lo menos tendencialmente, la certeza de su culpabilidad; ello significa que el acusado tendrá que ser absuelto todas las veces que sobre su culpabilidad resulte una duda razonable.” RUA, Mónica María Bustamante. La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano. In: *Opinión Jurídica*, Vol. 9, No. 17, pp. 71-91 - ISSN 1692-2530, Enero-Junio de 2010/222 p. (p. 76) Medellín, Colombia. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3294142>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

²⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op.cit., p. 253.

²⁰⁸ Na Inglaterra, como evolução do *standard beyond any reasonable doubt*, adota-se o *standard sure*, segundo o qual, para se condenar, não é necessário estar acima de toda dúvida razoável, mas seguro da culpabilidade do réu. “No entanto, apesar das diferentes nomenclaturas, EUA e Inglaterra adotam a mesma tendência de impedir os juízes de elaborarem o conceito do *standard* da condenação penal, eis que se tem considerado que tal prática causa mais confusão do que auxilia o júri.” PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 184.

²⁰⁹ “Artículo 340.- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.” CHILE. Ley 19.696, de 29 de septiembre de 2000. *Código Procesal Penal*. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²¹⁰ “Artigo 66, item 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável” BRASIL. Decreto n° 4.388, de 25 de setembro de 2002. *Promulga o*

Como critica Jordi Nieva Fenoll:

El problema es determinar lo que sea una duda <<razonable>>, puesto que la apreciación sobre esa noción varía de persona a persona. Es por ello que no es de extrañar que LAUDAN, llegue a la conclusión, tras el análisis jurisprudencial del concepto, de que no existe una noción unificada de lo que es razonable. [...] Sin embargo, como es evidente, la <<duda razonable>> no posee ningún método de averiguación, más que el razonamiento simplemente hipotético de quienes están llamados a ser jueces, que en muchos casos ni siquiera están obligados a motivar su convicción y ni tan solo son auténticos jueces, en el sentido de que no son *iuris periti*. Un jurado, por definición, es lego en Derecho y acostumbra a carecer de toda experiencia en materia de enjuiciamiento.²¹³

2.3.1.2. A mínima atividade probatória

Trata-se de ‘doutrina jurisprudencial’ elaborada pelo Tribunal Constitucional da Espanha cujo pressuposto é a verificação do convencimento judicial a partir de uma análise jurídico-objetiva.²¹⁴

Arrima-se na perspectiva e exigibilidade de uma atividade probatória suficientemente capaz de gerar substratos para fundamentar as decisões judiciais, afastando-se qualquer nuance subjetiva e pessoal, atributos esses que marcam uma atividade jurisdicional excessivamente discricionária e arbitrária.

Manuel Miranda Estrampes afirma que “la suficiencia de la prueba sería equivalente a prueba de cargo congruente e razonable, al haberse observado en su valoración las reglas de la sana critica”²¹⁵, devendo-se entender a prova como aquela que “haja eliminado qualquer dúvida racional sobre a culpabilidade do acusado. Prova convincente e prova suficiente aparecem, pois, como conceitos sinônimos”.²¹⁶

Esse modelo é norteado, basicamente, por dois postulados: a) eliminação de qualquer subjetivismo ideológico, banindo um convencimento judicial lastreado em impressões, intuições, suspeitas, credos, pressentimentos, convicções pessoais do julgador, conjecturas ou palpites; b) erradicação de dúvidas racionais, sob uma perspectiva qualitativa.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²¹¹ *Apud* DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Op.cit.*, p. 272-273.

²¹² *Apud* VALLEJO, Manuel Jaén. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 41.

²¹³ FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal – proceso y derecho*. *Op.cit.*, p. 78-79. Na ocasião o respectivo autor faz menção à obra de LAUNDAN, Laurry. *Truth, error and Criminal Law – an essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 29 e ss.

²¹⁴ KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. *Op.cit.*, p. 35.

²¹⁵ ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997. p. 151.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 577.

O primeiro postulado é assegurado a partir de uma motivação judicial explícita das decisões.

A livre apreciação “não é de entender-se ou haver-se equivalente a um fechado e inabordável critério pessoal e íntimo do julgador, mas a uma apreciação lógica da prova, não isenta de pautas ou diretrizes de natureza objetiva”.²¹⁷

É o que se depreende também da perspectiva apresentada por Manuel Estrampes:

Por un lado, permite el ulterior control de la racionalidad y logicidad de dicho convencimiento por medio del sistema de recursos jurisdiccionales diseñado por el legislador lo que conecta, directamente, con el derecho de defensa. La motivación fáctica de las sentencias penales actúa, por tanto, como presupuesto indispensable para controlar la recta valoración de las pruebas.²¹⁸

Por seu turno, o segundo postulado, lastreia-se na exigibilidade de um nível probatório mínimo, desta forma, “en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, el juzgador se viera obligado a absolver al acusado aun teniendo el convencimiento íntimo o en conciencia de la culpabilidad del mismo”.²¹⁹

Entretanto, invoca-se “não apenas a ocorrência de uma mínima carga de prova, mas que ela tenha a condição de suficiência”.²²⁰

Nesse viés, a falência desse modelo reside na imprecisão do conceito “suficiente”. A carga valorativa a qual está impregnada o vocábulo abre margem ao subjetivismo interpretativo, ao qual todo o sistema moderno de prova é refratário.

Andrés Ibañez apresenta uma abordagem crítica a respeito ao afirmar que, na Espanha, “o legislador não se preocupa em impor ao juiz, quando da redação da sentença (art. 142,2), alguma cautela, para garantir a efetividade do imperativo de vinculação da convicção sobre os fatos ao resultado ‘das provas praticadas em juízo’, contido no art. 741.”²²¹

2.3.1.3.O alto grau de verossimilhança sem dúvidas concretas

Em resposta à lacuna da expressão “suficiente” do *standard* da mínima atividade probatória, o “alto grau de verossimilhança”, remonta uma primeira aplicação em decisão

²¹⁷ Id. p. 162.

²¹⁸ Ibid. p. 165.

²¹⁹ TORRES, Viegas. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1991. p. 164.

²²⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op.cit., p. 569.

²²¹ ÍBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 64.

formulada pelo Tribunal Supremo da Alemanha em matéria cível (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen – RGZ, Heft 15, Seite 338*), nos idos de 1885.²²²

A jurisprudência para as ocorrências penais utilizava cláusula a qual requeria “un grado de verosimilitud rayana en certeza”, quer dizer, “um grau de verossimilhança nos limites ou próximos da certeza”.

Corroborar-se essa informação a partir das assertivas extraídas da jurisprudência alemã formulada pelo Tribunal Supremo da Alemanha em matéria penal (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen - RGSt, Heft 51, Seite 227*) no qual se expõe que “para suponer una relación causal basta que se compruebe (...) com una verosimilitud rayana en la certeza”.²²³

A partir de *RGSt, Heft 58, Seite 130*, passou-se a frisar que, “un grado alto de verosimilitud tiene valor de verdad y la conciencia de esa verdad tiene valor de convicción”.²²⁴ Nesse processo de aprimoramento, passou-se então a dar atenção às decisões penais lastreadas em dúvidas, revisando-as, uma vez que o *standard* do “alto grau de verossimilhança” não restaria ameaçado²²⁵.

Após a Segunda Guerra Mundial tal conceito foi aperfeiçoado e outro enfoque foi implementado: a valoração das dúvidas.

É a partir desse momento e da distinção entabulada pela jurisprudência alemã acerca de dúvidas teórico-abstratas²²⁶ e dúvidas positivo-concretas ou pessoais, que exsurge o

²²² Decisiones del Tribunal Supremo en asuntos civiles, volume 15, página 338 (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen – RGZ, Heft 15, Seite 338*) “... debido a lo limitado de los medios humanos de cognición, nadie puede saber com certeza absoluta que algún hecho haya ocurrido efectivamente (ni siquiera habiéndolo presenciado directamente). Siempre cabe imaginar posibilidades abstractas de que las cosas hayan sucedido de otro modo. (...) En la vida práctica vale, pues, como verdad, el alto grado de verosimilitud que se obtiene aplicando los medios de cognición disponibles de una manera en lo posible exhaustiva y concienzuda y si el que conoce tiene conciencia de que existe esta alta verosimilitud así determinada, ello equivale a estar convencido de la verdad” *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen – RGZ, Buch 15, Seite 338* apud WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba; investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial*. Bogotá: Temis, 1985. p. 101.

²²³ Decisiones del Tribunal Supremo en asuntos penales, volume 51, página 227 (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen - RGSt, Heft 51, Seite 227*) apud *Ibidem*.

²²⁴ *Idem*.

²²⁵ Segundo Danilo Knijnik, a partir das afirmações extraídas de Gerhard Walter: “Exemplificativamente, a Sala Penal, em 1929, deparando-se com uma decisão do tribunal de jurados – segundo a qual apesar da ‘suspeita fundadíssima’ de que o acusado cometera perjúrio, dera-se a absolvição, ante a ‘possibilidade, altamente improvável, de que as testemunhas tivessem faltado com a verdade’ – concluiu que “tais expressões faziam supor que o tribunal de jurados se havia convencido da culpabilidade do acusado”, afastando-se, assim, ilegitimamente dessa conclusão. “Se se admitisse”, frisou a Corte, “justificações tão gerais, ter-se-ia de concluir que a prova da culpabilidade do acusado não seria possível em caso algum””. KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Op.cit., p. 38.

²²⁶ Verifica-se que o conceito de dúvidas abstrato-teóricas vai muito além da ausência de conhecimento, pois também abrange “os escrúpulos de um juiz que, estando ele mesmo convencido, estima que outro juiz o algum terceiro poderia haver chegado a uma conclusão distinta. Também essas dúvidas são irrelevantes. O juiz

modelo de constatação do “alto grau de verossimilhança sem dúvidas concretas”, uma vez que o *standard* dos casos penais passa a ser um alto grau de verossimilhança a que não corresponda nenhuma dúvida concreta.

Finalmente, e com total acerto, o modelo de constatação atualmente concebido foi arrematado para dar enfoque à pessoa do juiz.

Nesse sentido, Danilo Knijnik:

O convencimento reputar-se-á válido e legítimo na presença de um *alto grau de verossimilhança* em que as *dúvidas subjetivas*, ou seja, as *dúvidas do juiz 'in concreto'* sejam descartáveis. Então, sob essa ótica, dever-se-á, primeiramente, verificar se a convicção foi atingida, para, logo após, examinar os elementos que dela afastam, ou seja, as *dúvidas*.²²⁷

Para Gerhard Walter:

... segundo o princípio da livre apreciação da prova o que interessa são as dúvidas que sinta o próprio juiz dos fatos. Para que a condenação seja procedente é necessário e suficiente que, para o juiz dos fatos, a questão fática esteja indubitavelmente estabelecida. Essa certeza pessoal é a única decisiva.²²⁸

Não se trata, porém, de um total subjetivismo, de uma mera crença, pois apoiado em elementos de convencimento.²²⁹ Em outras palavras, estar convencido de que um fato ocorreu, ou não, não é um ato de vontade.²³⁰

A partir dessa nova perspectiva, as dúvidas que autorizam o afastamento da condenação seriam tão somente aquelas dotadas de concretude, lastreadas em fatos reais, e não que permeassem o imaginário do juiz.

2.3.1.4. A doutrina do absurdo ou da arbitrariedade²³¹

Também originária do Direito Espanhol, extraída, insitadamente, do *artículo 9.3* da *Constitución Española*²³², a doutrina do absurdo e da arbitrariedade está umbilicalmente

somente não estará convencido quando se veja frente a dúvidas concretas (reais, positivas) e não possa superá-las. Se, apesar disso, sentencia, a sua sentença será viciosa.” WALTER, Gerhard. Op.cit., p. 123.

²²⁷ KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Ibidem, p. 39

²²⁸ WALTER, Gerhard. Op.cit., p. 115.

²²⁹ Ibid. p. 170.

²³⁰ Id. p. 191.

²³¹ “Não se trataria propriamente, assim, de um *standard* voltado à conferência do juízo fático, mas uma espécie de *instituto* destinado à cassação mesma da decisão.” KNIJNIK, Danilo. Op.cit., p. 39.

²³² “Artículo 9. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.” ESPANHA. *La Constitución española de 1978*. Disponível em: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=9&tipo=2#:~:text=La%20Constituci

relacionada a uma atividade de total renúncia e negação de qualquer decisão/sentença absurda e/ou arbitrária, atributos esses relacionados à atividade do julgador que ignora o acervo probatório e, portanto, pretere o conhecimento da verdade.

Na descrição de José Paulo Baltazar Júnior, citando Ana Maria Pires Novaes, a doutrina do absurdo ou da arbitrariedade,

Veda a desconsideração do material probatório, bem como a conclusão que escapa às leis lógicas ou formais, adotando uma versão inconcebível, equivocada, discutível, objetável ou pouco convincente da prova. Como exemplo, podemos citar a adoção de uma versão dos fatos completamente inverossímil ou a sentença contraditória, também chamada de *suicida*.²³³

Tem-se como arbitrária a sentença que,

en la valoración de la prueba, ha de entenderse aquel que escapa a las leyes lógicas formales o las transgrede; o lo que es impensable o inconcebible y no puede ser de ninguna manera por haber quedado al margen de las reglas de raciocínio.²³⁴

Desde as primeiras linhas insertas nesse trabalho, pontuamos acerca da essencialidade da prova, instrumento unicamente capaz de fornecer o conhecimento da verdade e promover a justiça social e pacificação dos conflitos. Pronunciamentos judiciais ilógicos ou contraditórios em total afronta às revelações extraídas da atividade probatória deduzida no processo revela um desvirtuamento de toda atividade jurisdicional.

2.3.1.5. Os modelos linguísticos (Congruência Narrativa e Probabilidade Indutiva)

Trata-se, na verdade, de “modelos persuasivos, partindo da ideia já referida de que a verdade, nas ciências humanas, não é demonstrável, mas persuasiva.”²³⁵

Surgem, dessa maneira, os chamados modelos “narrativísticos”²³⁶, segundo o qual, à luz da doutrina de Baldassare Pastore, “a escolha diz respeito a ‘story’ na sua globalidade e o critério da escolha é identificado na coerência e persuasividade da narração. As provas são consideradas à luz da sua capacidade de fundar uma ou outra ‘story’, globalmente entendida.”²³⁷

%C3%B3n%20garantiza%20el%20principio,arbitrariedad%20de%20los%20poderes%20p%C3%Ablicos.>.

Acesso em: 06 set. 2022.

²³³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards probatórios no processo penal*. Op.cit., p. 171.

²³⁴ MORELLO, Augusto Mario. *Prueba, incongruencia, defensa en juicio* (el respeto por los hechos). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977. p. 136.

²³⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Ibidem*.

²³⁶ PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica*. Un approccio ermeneutico. Milano: Giuffrè, 1996. p. 198.

²³⁷ *Ibidem*.

Concentra-se, fundamentalmente, na análise semiótico-estrutural das narrações.²³⁸

Com efeito, extrai-se de Ana Maria Pires Novaes que, “Para a semiótica, nenhum discurso por si só é mais verdadeiro do que outro, mas necessita sempre ser convincente. Do ponto de vista semiótico, é preciso construir a verdade para fazer-creer, para persuadir”.²³⁹

O primeiro modelo refere-se à congruência narrativa.

Instituído por Neil MacCormick, jusfilósofo escocês, demonstra que “a coerência do raciocínio é um teste importante a respeito de sua solidez enquanto tal. Trata-se de um teste que não é plenamente satisfeito pela mera consistência, ou seja, pela ausência de auto-contradição”.²⁴⁰ Nessa perspectiva, define o autor: “congruência narrativa é o meu nome para um teste de veracidade ou probabilidade nas questões de fato e de prova, para as quais não seja disponível uma prova direta, mediante observação imediata”.²⁴¹ Dessa forma, estabelece-se a harmonia do todo enquanto conjunto, seja sob o aspecto normativo, seja sob o aspecto jurídico.

Para José Paulo Baltazar Júnior, “A coerência promove a unidade de sentido do texto, propiciando a sua compreensão e interpretação, servindo como instrumento de interlocução comunicativa entre o autor e o leitor.”²⁴²

Atienza, nos moldes estabelecidos pelo precursor, assenta que:

Provar significa estabelecer proposições verdadeiras sobre o presente e, a partir delas, inferir proposições sobre o passado. Assim, aceita-se que a testemunha é honesta, sua memória é confiável, etc.; que a casa do acusado e da vítima eram contíguas e que, em ambas, apareceram manchas de sangue; que a cabeça e os braços da vítima apareceram num pacote no sótão do acusado; que o acusado e outra mulher tinham a chave da casa da vítima...de tudo isso se pode inferir que o acusado, Louis Voisin, matou a vítima Emilienne Gerard. O que nos leva a afirmar essa proposição não é uma prova da sua verdade (pois esse tipo de prova, isto é, que uma proposição corresponda a determinados fatos, só é possível com relação a enunciados particulares que se refiram ao presente), e sim um teste de coerência, o fato de que todas as peças da história parecem se ajustar bem (e que não se tenha infringido nenhuma regra processual de avaliação da prova). (...) A coerência narrativa oferece um teste com relação a questões de fato, quando não é possível uma prova direta, por observação imediata, dessas questões. (...) O teste de coerência narrativa justifica assumirmos crenças – e rechaçarmos outras – com relação a fatos do passado, porque consideramos o mundo fenomênico como algo explicável em termos de princípios de tipo racional.²⁴³

²³⁸ Idem.

²³⁹ NOVAES, Ana Maria Pires. A argumentação como mecanismo discursivo: reflexões em torno da teoria da semiótica e da nova retórica. In: FETZNER, Néli Luiza Cavalieri (Coord.). *Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004. p. 4.

²⁴⁰ MACCORMICK, Neil. *La congruenza nella giustificazione giuridica*. In: La Regola del caso; materiali sul ragionamento giuridico. Mario Bessone e Riccardo Guastini. Cedam, Milão, 1995. p. 36 e ss.

²⁴¹ Ibidem.

²⁴² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op.cit., p. 172.

²⁴³ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. p. 181 e 189.

Neil MacCormick sintetiza:

para resumir a congruência narrativa: ela fornece um teste da verdade ou da provável verdade de proposições sobre coisas e eventos não observados. O teste consiste na explicabilidade das proposições controladas no mesmo esquema de explicação que se utiliza para as proposições consideradas verdadeiras sob a base da percepção. A probabilidade relativa de proposições mutuamente incoerentes, que se referem ao mesmo evento não observado (no exemplo, o afogamento da senhora Smith), depende do número de outros eventos que devem supor-se para atingir a congruência, e da medida em que se deve fazer recurso a ulteriores hipóteses explicativas auxiliares, para obtê-la.²⁴⁴

Vê-se que tal modelo se insere naqueles os quais, mais detidamente, se prestam ao supervisionamento dos processos cognitivos desenvolvidos pelo juiz na valoração da prova - principalmente dos casos complexos porque os meios de prova são escassos - e externação dos motivos que levaram ao seu convencimento. Trata-se de ferramenta validante da atividade jurisdicional.²⁴⁵

No que lhe concerne, a probabilidade indutiva, baseada nas atividades filosóficas do inglês Jonathan Cohen (*The Probable and The Provable*), impõe-se a utilização de critérios qualitativos no que tange à valoração judicial.²⁴⁶

Argumenta Gomes Filho que,

para determinar o grau de solidez de uma afirmação é necessário especificar a validade do suporte indutivo que fundamenta a generalização, deve-se, então, submeter essa generalização a uma série de procedimentos de indução eliminativa, pelos quais seja possível constatar a capacidade de resistência da afirmação à interferência de fatores que possam conduzir a outras conclusões.²⁴⁷

José Paulo Baltazar Júnior, desenvolvendo as linhas argumentativas apresentadas por Jonathan Cohen, destaca:

Exemplifica-se com a situação do réu encontrado no jardim de uma casa onde ocorreu um furto, com os objetos furtados. É preciso verificar, no entanto, se havia

²⁴⁴ MACCORMICK, Neil. Op.cit., p. 50.

²⁴⁵ “Assim, se pode concluir dizendo que o standard da congruência narrativa manifesta-se como um bom instrumento para o controle das inferências judiciais em casos complexos, principalmente os que envolvem indícios e circunstâncias e, mais exatamente, para o controle da transição fato conhecido—fato desconhecido. Fiel ao seu programa, dever-se-á, num primeiro momento, selecionar um tipo de causalidade explicativa para a premissa conhecida (naturalístico-causal ou motivacional) e, a partir disso, examinar qual, dentre as proposições fáticas possíveis e não-contraditórias, recorre a um menor número de premissas auxiliares, refugindo, assim, ao paradigma da normalidade, ou qual tem o seu processo de generalização indutiva quebrado por um desvio fático considerável” KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Op. cit., p. 44.

²⁴⁶ “para que possa considerar-se atingido o *standard* da prova para além da dúvida razoável necessária para o processo penal, é preciso estabelecer que qualquer característica relevante da situação é coerente com a generalização invocada.” COHEN, Laurence Jonathan *apud* KNIJNIK, Danilo. Id.. p. 43.

²⁴⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 53.

outras pessoas na casa, se os objetos foram encontrados por um terceiro, qual a versão apresentada pelo acusado, etc.²⁴⁸

Estabelece-se, desse modo, um método que admite a condenação desde que ultrapassadas todas as hipóteses fáticas sugeridas pela Defesa, de modo que, a grosso modo, não necessariamente aquele que é encontrado com o produto/instrumento do crime (tese acusatória genérica) é o seu autor, assim como, nem todo aquele que é encontrado com uma faca na mão perto de um corpo ensanguentado, é autor de um homicídio.

2.3.1.6. O controle de motivação

Desenvolvida pela Corte de Cassação Francesa (*Cour de Cassation*), “impõe-se ao juiz da questão de fundo uma motivação suficiente e coerente, a fim de evitar uma degradação da função judiciária.”²⁴⁹

O controle de motivação subdivide-se em três *standards* que são enfrentados paulativamente, em uma ordem crescente: a) *défaut de motifs* (falta de motivos); b) *défaut de base légale* (falta de base jurídica/legal) e c) *dénaturation de l’écrit* (deturpação de um escrito).

O primeiro deles, a caracterização de uma decisão carente de motivos (*défaut de motifs*), evidencia-se quando transgredir outros quatro *standards*: a) *absence de motifs* (ausência de motivos); b) *contradiction de motifs* (contradição de motivos); c) *motif dubitatif ou hypothétique* (motivos dubitativos ou hipotéticos) ou d) *défaut de réponse à conclusion* (falta específica de enfrentamento de uma questão).

Ultrapassado o teste em seu primeiro patamar (*défaut de motifs*), não restando viciosa a decisão, passa-se ao patamar seguinte, logo, de caráter subsidiário: a análise acerca da falta de base jurídica/legal (*défaut de base légale*).

Nesse *standard* diz-se inerente às decisões judiciais insuficientemente motivadas, decisões aquelas que não suportam as conclusões jurídicas sob as quais foram calcadas.²⁵⁰ O dever de fundamentação foi observado, entretanto, violado o dever de exposição integral e completa a respeito do fato.

Exemplifica Jacques Boré, à luz da jurisprudência da *Court de Cassation*:

²⁴⁸ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op.cit., p. 173.

²⁴⁹ BORÉ, Jacques. *La cassation en matière civile*. Paris: Dalloz, 1997. p. 452 apud KNIJNIK, Danilo. Op. cit., p. 46.

²⁵⁰ A respeito das diversas tipologias, sugere-se a leitura de KNIJNIK, Danilo. Id.

o acórdão considera o empregador civilmente responsável por ato de seu preposto, sem verificar se, no momento do fato, o preposto estava no exercício de suas funções; o acórdão anula um ato assemblear, sob a alegação de ser ilegal, sem que se defina em que consiste a ilegalidade; o acórdão se vale de expressões como “parece”, “tem-se a impressão”, “é possível que”, “não se exclui que”, ficando no terreno das conjecturas etc.²⁵¹

No que toca ao *standard* da desnaturação de um escrito (*dénaturation de l'écrit*) diz-se inerente à decisão que contém um erro de apreciação quando, cumulativamente, seu conteúdo apresenta um escrito válido, claro e manifesto, no entanto, a interpretação se apresenta contrária ao escrito. Por sua vez, o conteúdo desse escrito resta ignorado pela decisão que não detém outro motivo suficiente para fundamentar a decisão, a despeito da deturpação.²⁵²

Estabelecendo-se um paralelo entre os modelos franceses e o direito brasileiro, ilustra-se interessante reflexão a respeito da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça, a qual: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.²⁵³

Isso porque, assim como os *standards* franceses são empregados para “denunciar o erro da decisão e a cassá-la, mas não a definir a decisão que seria a correta”²⁵⁴, a respectiva Súmula, foi introduzida a partir dessa mesma lógica e utilizada pelo Tribunal da Cidadania.

É o que se pode inferir da Ementa do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 67.820-SP à Súmula correlata, da relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rechaça a supressão de instância.

Processual Civil. Recurso especial. Ofensa a Lei Federal. Prequestionamento. Imprescindibilidade. Embargos declaratórios. Rejeição. Violação ao artigo 535, inciso II do CPC. Súmulas n. 284- STF e n. 131-STJ. É lícito à parte opor embargos declaratórios visando prequestionar matéria em relação à qual o acórdão recorrido ficou-se omissivo, embora sobre ela devesse se pronunciar. A rejeição destes embargos, se impertinente, determina a subsistência da falta de prequestionamento do tema cujo conhecimento se pretende devolver ao STJ, cumprindo ao recorrente, em se julgando prejudicado, interpor recurso especial calcado em violação aos termos do artigo 535, inciso II do CPC, porquanto a decisão dos embargos não teria suprido a omissão apontada. A apreciação de questão não debatida, subverte o *iter* processual, ao tempo em que surpreende a parte adversa, suprimindo-lhe a prerrogativa do contraditório, e cria para a Corte Superior o ônus de apreciar tema inédito. A procedência das alegações de violação ao artigo 535, II do CPC induz à nulidade do acórdão vergastado, impondo que outro seja proferido pelo Tribunal *a quo*, contendo a apreciação da matéria preterida. A referência genérica a violação de lei federal, sem indicação precisa do dispositivo supostamente ofendido, impede a exata compreensão da controvérsia (Súmula n. 284-STF). Nas ações de

²⁵¹ BORÉ, Jacques. Op. cit., p. 496-506 apud KNIJNIK, Danilo. Ibid.

²⁵² KNIJNIK, Danilo. Id. p. 46.

²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado da Súmula nº 211. In: Revista de Súmulas do STJ, nº 15, 2010. p. 343. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020.

²⁵⁴ KNIJNIK, Danilo. Ibidem, p. 46.

desapropriação incluem-se no cálculo da verba advocatícia as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidas (Súmula n. 131-STJ). Agravo regimental improvido, sem discrepância.²⁵⁵⁻²⁵⁶ (*Julgamento 04/09/1995 e DJ 25/09/1995, p. 31089*)

2.3.1.7. Os modelos probabilísticos ou matemáticos (Teorema de *Bayes*)

Historicamente, por volta do século XVII, época em que o estudo da probabilidade adquiriu autonomia, não havia muitos meios de prova disponíveis. Havia sim uma imperiosa necessidade de superar os meios de prova (arbitrários) que não desafiassem Deus, afinal, as provas emergiam das ordálias. Dessa forma, os juristas do século XVII logo se interessaram pela probabilidade (matemática, quantitativa) como instrumento hábil, capaz de conferir credibilidade à prova testemunhal, diante da sua importância.

Hodiernamente, na esperança de encontrar um método racional para se determinar a veracidade de alegações fáticas no contexto judicial, recorre-se à matemática (“*trial by mathematics*”), afinal, trata-se de uma ciência exata e precisa, que dificilmente comporta

²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado da Súmula nº 211. *Ibidem*, p. 347-348.

²⁵⁶ Nessa linha, é o voto do aludido AgRg no Ag 67.820/SP: “O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo (Relator): Em que pese o denodado esforço da *Fazenda* recorrente, digno de registro, não há como reconhecer-lhe razão. É que esta Corte, em reiteradas decisões, firmou escólio no sentido da imprescindibilidade do prequestionamento da matéria devolvida como condição posta ao conhecimento do apelo raro. Não se trata de “birra”, como desavisadamente possa parecer a alguns, mas de imenso esforço destinado a ver observados os princípios constitucionais e processuais norteadores da técnica processual. Com efeito, é defeso a esta Corte debruçar-se sobre tema não examinado pelo acórdão recorrido, pois se assim procedesse estaria vulnerando o princípio das instâncias recursais, que limita a amplitude do efeito devolutivo. A supressão de instância, sua consequência concreta, constitui gravíssimo atentado contra as garantias processuais das partes, principalmente no que concerne ao direito de defesa. A apreciação de questão não debatida subverte o *iter* processual, apanha a parte adversa de surpresa e cria para esta Corte o ônus de conhecer tema jurídico inédito. A uniformização da interpretação da lei federal tem como pressuposto lógico a prévia existência de exegese distoante, não sendo logicamente possível exercer raciocínio dialético sem que haja duas teses antagônicas. Por isso, do ponto de vista lógico-processual, o conhecimento do apelo especial, *in casu*, é pleito de impossível atendimento. Só a integração do julgado, pela via dos embargos declaratórios, supre a omissão no exame da matéria cujo conhecimento se pretende devolver ao STJ. Seu inacolhimento, se equivocado, provoca, por si só, violação aos termos do artigo 535, II do CPC, já que o aresto omitiu-se sobre ponto de exame obrigatório. Em tal caso o desafeiçoamento ao dispositivo processual é mácula intrínseca do julgado. Como bem apontou o eminente Ministro *Ilmar Galvão*, à época honrando esta Corte com seu saber, “O v. acórdão, mantendo-se também em silêncio, no tocante às questões em tela, incorreu em omissão, reparável pela via dos embargos, oportunamente manifestados, cujos objetivos não se podem considerar desvirtuados, pelo simples fato de haver o Embargante dito deles necessitar, para o efeito de prequestionamento, com vistas ao recurso extremo. Na verdade, não haveria como serem reapreciadas as ditas questões, nesta Corte, se não foram elas ventiladas no v. acórdão cuja integração se pleiteou. Nestas circunstâncias, a rejeição dos embargos configurou indubitável negativa de vigência dos textos legais invocados. Meu voto, pois, é no sentido de dar provimento ao recurso, para o fim de determinar o retorno dos autos à Corte de origem, para julgamento dos embargos, em seu mérito.” Por fim, anoto que eventuais vicissitudes enfrentadas pelas partes, se existirem, devem ser eliminadas através das formas previstas na legislação processual. Se procedentes as alegações do recorrente, acerca da violação ao art. 535, o acórdão será anulado para que outro seja proferido, contendo a apreciação da matéria preterida. Desta feita, tenho como improcedentes as assertivas em que se funda o presente recurso, pelo que mantenho o posicionamento expresso no despacho aqui atacado, e nego provimento ao presente agravo regimental. É como voto.” *Idem* p. 348-351.

divergências. O raciocínio matemático, muitas vezes abstruso, demonstra-se atraente por transmitir a impressão de segurança.²⁵⁷

No sistema norte-americano não foi diferente, principalmente em razão da codificação empregada, em especial aquelas contidas na *Federal Rules of Evidence (FRE)* que estabelecem um conjunto de regras a respeito da admissibilidade e a relevância das provas (*evidences*) em matéria penal.

A exemplo, veja-se *rule 401* (regra 401) a qual define “prova relevante” como aquela capaz de alterar a probabilidade de uma alegação, tornando-a mais ou menos provável,²⁵⁸ entendendo essa “probabilidade” em termos matemáticos²⁵⁹.

A base dos modelos probabilísticos ou matemáticos se encontra no Teorema de Bayes²⁶⁰:

um método de cálculo com base no qual, diante da necessidade de valorar a atentabilidade da hipótese sobre o fato X, se estabelece a provável frequência de X em uma determinada classe de eventos, tendo em conta a distribuição de precedentes de X naquela classe. Trata-se de aplicação da probabilidade clássica, entendida como a relação entre o número de casos favoráveis e o número de todos os casos possíveis: a partir de uma análise estatística dos fenômenos de massa, busca-se a frequência com a qual certo tipo de evento se verifica na totalidade de uma classe geral de eventos.²⁶¹

Jordi Nieva Fenoll argumenta que:

El intento más destacado de proceder a esa objetivización há sido la utilización del llamado teorema de Bayes, que es un teorema probabilístico del siglo XVIII que há provocado reiteradas frustraciones en materia de prueba judicial, habiéndose demostrado que, en realidad, no funciona prácticamente nunca en ese contexto. Eso sí, se revela muy eficaz para impresionar a los jurados.²⁶²

²⁵⁷ “[. . .] I suspect the lure of objectivity and precision may be increasingly hard to resist by for lawyers concerned with the reliability or simply successful, adjudication; partly because a critique of mathematical efforts to enhance the reliability and impartiality of legal trials may yield helpful insights into what such trials are and ought to be; and partly because such a critique may ultimately contribute to an appreciation of how rigour and quantification, once their real costs and limits are better understood, might actually prove useful in processes of decision-making. TRIBE, Laurence H. *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process*. In: *Harvard Law Review, Cambridge*, v. 84, n. 6, 1971. p. 1331-1332.

²⁵⁸ “Article IV. Relevance and its limits - Rule 401. Test for Relevant Evidence Primary tabs Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action.” UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Rules of Evidence*, 2020 edition. Disponível em: <<https://www.rulesofevidence.org/article-iv/rule-401/>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

²⁵⁹ “Na probabilidade estatística se aplica o “princípio da indiferença”, segundo o qual há uma possibilidade de ocorrência de qualquer das hipóteses, razão pela qual não há qualquer motivo para preferir uma à outra.” COHEN, Laurance Jonathan apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. Op.cit., p. 217.

²⁶⁰ FAIRLEY, William B; FINKELSTEIN, Michael O. A bayesian approach to identification evidence. In: *Harvard Law Review*, v. 83, n.3, jan. 1970, pp. 489-517. E também no artigo: The continuing debate over Mathematics in the Law of Evidence: A Comment on "Trial by Mathematics". In: *Harvard Law Review*, v. 84, n. 8, jun. 1971. p. 1801-1809.

²⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. Op.cit., p. 41.

²⁶² FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Op.cit., p. 79.

A aplicação desse modelo de constatação tem como caso paradigmático – *People v. Collins* – submetido à apreciação da *Supreme Court of California*.

O evento criminoso ocorreu em *Los Angeles* em 18 de junho de 1964. A vítima, uma senhora idosa (*Juanita Brooks*), voltava para casa após fazer compras e é surpreendida por uma jovem assaltante. Em meio ao susto, a vítima ateu-se a poucos detalhes descritivos do(a) autor(a) do fato criminoso: cabelos loiros presos em um rabo de cavalo. Próximo ao local do evento danoso, um indivíduo que cuidava de seu jardim (*John Bass*) viu uma jovem pular dentro de um carro amarelo dirigido por um homem negro com bigode e barba. O casal, *Janet Louise Collins* e *Malcolm Ricardo Collins*, que apresentavam, aparentemente, as mesmas características dos autores da empreitada criminosa, são acusados pelo roubo e levados a julgamento. A acusação contrata um matemático, *Edward O. Thorp*²⁶³, cujo testemunho convence o júri de que a probabilidade de o casal ser inocente era muito baixa (1 em 12 milhões). *Janet* e *Malcolm* são condenados, mas este último recorre da decisão.²⁶⁴

Veja-se que a probabilidade foi utilizada para comprovar uma premissa fática do silogismo jurídico elaborado pela acusação: *Janet Louise Collins* e *Malcolm Ricardo Collins* assaltaram *Juanita Brooks* em *Los Angeles*.

Para tanto, a acusação se socorreu de cálculos nos quais seis características de probabilidade foram individualizadas, quais sejam: automóvel amarelo (1/10), homem com bigode (1/4), mulher com cabelo preso estilo “rabo de cavalo” (1/10), mulher de cabelo loiro (1/3), homem negro com barba (1/10), casal inter-racial num carro (1/1000). Os valores das probabilidades individuais foram multiplicados pela *product rule* (regra do produto), a qual

²⁶³ “At the trial, following testimony by a college mathematics instructor, the prosecutor introduced a table in which he hypothesized the following probabilities of occurrence of the reported characteristics of the two people involved in the crime:

Characteristic	Individual Probability
A. Partly yellow automobile	1/10
B. Man with mustache	1/4
C. Girl with ponytail	1/10
D. Girl with blond hair	1/3
E. Negro man with beard	1/10
F. Interracial couple in car	1/1000

The prosecutor multiplied these individual probabilities and arrived at a figure of 1/12,000,000, which represented the probability “that any couple possessed the distinctive characteristics of the defendants.” In his summation, the prosecutor repeated this analysis and emphasized the extreme unlikelihood-“somewhat like one in a billion”-that a couple other than the defendants had all these characteristics.” FAIRLEY, William B.; MOSTELLER, Frederick. A conversation about Collins. In: *The University of Chicago Law Review*, v. 41, iss. 2, article 5, 1974. p. 244.

²⁶⁴ Dados extraídos de FAIRLEY, William B.; MOSTELLER, Frederick. A conversation about Collins. In: *The University of Chicago Law Review*, v. 41, iss. 2, article 5, 1974. p. 244. E também: MCCORD, David. Primer for the nonmathematically inclined on mathematical evidence in criminal cases: *People V. Collins* And Beyond. In: *Washington and Lee Law Review*. v. 47, iss. 4, article 3, 1990. p. 764-768.

estabelece que a probabilidade de ocorrência conjunta de uma série de eventos independentes entre si é igual ao produto das probabilidades individuais de cada um dos eventos.²⁶⁵

Dessa forma, a probabilidade de haver mais de um casal com as características dos réus – mulher loira com rabo de cavalo e homem negro com bigode e barba e carro amarelo – era de 1 chance em 12 milhões²⁶⁶. Estava formada, portanto, a opinião da promotoria a respeito da culpa.

A literatura estrangeira²⁶⁷ apontou críticas severas²⁶⁸ (tanto jurídicas como matemáticas)²⁶⁹ à utilização genérica do respectivo método ao caso em questão - dados estatísticos aleatoriamente atribuídos, sem qualquer respaldo científico; grande possibilidade de o casal acusado não possuir todas essas características, seja porque as testemunhas possam ter sido enganadas, estivessem mentindo ou porque os autores do crime estivessem usando algum disfarce – além de ter suscitado equívocos técnicos perpetrados na sua aplicação, eis que foram ignorados os axiomas fundamentais que constituem a base do estudo da probabilidade e a nítida dificuldade da defesa em exercer o contraditório, apontando as falhas e explicá-las aos jurados.

²⁶⁵ TRIBE, Laurence H. *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process*. Op. cit., p. 1329-1393.

²⁶⁶ $10 \times 4 \times 10 \times 3 \times 10 \times 1.000 = 12.000.000$

²⁶⁷ “Most fundamentally, though, I write in reaction to a growing and bewildering literature of praise for mathematical precision in the trial process, a literature that has tended to catalog or to assume the virtues of mathematical approaches quite as uncritically as earlier writers tended to deny their relevance.” Por todos: TRIBE, Laurence H. *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process*. Ibidem, p. 1331/1332. E também no artigo: *A further critique os mathematical proof*. Ibidem, p. 1810.

²⁶⁸ “The jury convicted but the California Supreme Court reversed, holding the mathematical testimony and the prosecutor's associated argument inadmissible on four separate grounds. First, the record was devoid of any empirical evidence to support the individual probabilities assumed by the prosecutor. Second, even if the assumed probabilities were themselves correct, their multiplication under the product rule presupposed the independence of the factors they measured - a presupposition for which no proof was presented, and which was plainly false. If two or more events tend to occur together, the chances of their separate occurrence obviously cannot be multiplied to yield the chance of their joint occurrence. Third, even if the product rule could properly be applied to conclude that there was but one chance in twelve million that a randomly chosen couple would possess the six features in question, there would remain a substantial possibility that the guilty couple did not in fact possess all of those characteristics - either because the prosecution's witnesses were mistaken or lying, or because the guilty couple was somehow disguised. "Traditionally," the court reasoned, "the jury weighs such risks in evaluating the credibility and probative value of trial testimony," but - finding itself unable to quantify these possibilities of error or falsification - the jury would be forced to exclude such risks from any effort to assign a number to the probability of guilt or innocence and would be tempted to accord disproportionate weight to the prosecution's computations. Fourth, and entirely apart from the first three objections, the prosecutor erroneously equated the probability that a randomly chosen couple would possess the incriminating characteristics, with the probability that any given couple possessing those characteristics would be innocent. After all, if the suspect population contained, for example, twenty-four million couples, and if there were a probability of one in twelve million that a couple chosen at random from the suspect population would possess the six characteristics in question, then one could well expect to find two such couples in the suspect population, and there would be a probability of approximately one in two - not one in twelve million - that any given couple possessing the six characteristics would be innocent.” TRIBE, Laurence H. *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process*. Id., p. 1335-1336.

²⁶⁹ A respeito: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Op. cit., pp. 190-222; BELTRÁN, Jordi Ferrer. Op.cit., segunda Parte, Capítulo 2, item 2.2.2, pp. 96-107; STELLA, Federico. *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Terza edizione. Milano: Giuffrè, 2003. p. 53 e ss.

Diante da falibilidade do método empregado, o julgamento foi revertido e os acusados foram absolvidos. A Suprema Corte objetou a utilização genérica do método empregado²⁷⁰ e salientou que:

Não há equação matemática capaz de provar, além de qualquer dúvida razoável, que o casal considerado culpado possuía as características descritas pelas testemunhas, ou mesmo que somente um casal que possui as características distintivas pode ser encontrado em toda a área de Los Angeles.²⁷¹

Embora a relevância dos números, principalmente para as provas periciais quando se pensa nos testes genéticos com altos percentuais de certeza (DNA, por exemplo)²⁷², sua aplicação deve ser restrita às hipóteses invariáveis (como o rolar de um dado; tirar/colocar cartas de um baralho; abrir/fechar portas), situações nas quais as experiências podem ser repetidas diversas vezes, e os resultados podem ser contados porque finitos.

Como pondera Badaró,

Não se deve confundir, porém, o emprego da probabilidade quantitativa como modelo de valoração das provas e o emprego da estatística enquanto recurso à ciência como instrumento de fundamento para utilização de um determinado meio de prova.²⁷³⁻²⁷⁴

²⁷⁰ “The California Supreme Court recently perceived this danger when it warned that “[m]athematics, a veritable sorcerer in our computerized society, while assisting the trier of fact in the search for truth, must not [be allowed to] cast a spell over him.” *People v. Collins*, 68 Cal. 2d 319, 320, 438 P.2d 33, 66 Cal. Rptr. 497 (1968) apud TRIBE, Laurence H. *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process*. *Ibidem*, p. 1334.

²⁷¹ “As the California Supreme Court put it in the *Collins* case, “no mathematical equation can prove beyond a reasonable doubt (i) that the guilty [party] in fact possessed the characteristics described by the People’s witnesses, or even (2) that only one [party] possessing those characteristics could be found in the [relevant] area.” *People v. Collins*, 68 Cal. 2d 319, 330, 438 P.2d 33, 40, 66 Cal. Rptr. 497, 504 (1968) apud TRIBE, Laurence H. *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process*. *Op.cit.*, p. 1350.

²⁷² “[...] But it was the development of forensic DNA testing in the 1990s that permitted definitive cases of the conviction of innocent people in the United States to be uncovered. Defense lawyers Barry Scheck and Peter Neufeld, cofounders of the Innocence Project in New York City, took the lead and are still the central figures in facilitating the use of forensic DNA to test claims of innocence by people who were convicted by juries. Scheck and Neufeld were quick to see the pattern: Eyewitness-identification error was at the heart of the evidence used to convict the vast majority of these innocent people.” WELLS, Gary L.; MEMON, Amina; STEVEN, Penrod D. *Eyewitness Evidence: Improving Its Probative Value*. In: *Psychological Science in the Public Interest*, v. 7, n. 2, 2006. p. 48. Disponível em: < <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1111/j.1529-1006.2006.00027.x>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

²⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. *Op. cit.*, p. 42-43.

²⁷⁴ “Essa natureza generalista da probabilidade estatística a torna inadequada para ser considerada o método de valoração do raciocínio probatório, pois no processo penal não se busca apenas definir a probabilidade abstrata da repetição de uma hipótese, num determinado contexto. Julga-se a alegação de ocorrência de um acontecimento concreto, único e irrepetível e a probabilidade estatística nada diz sobre eventos individuais. ... O problema da aplicação da probabilidade estatística no contexto do processual é que, ao se basear na “frequência” ou na quantidade de vezes que um evento específico ocorre em um universo de possibilidades, a probabilidade estatística despreza os elementos concretos do caso e, principalmente, as provas produzidas. ... também é criticável por não considerar que, concretamente, é impossível realizar um cômputo absolutamente completo de informações, conhecido o conjunto completo de todas as possibilidades. Além disso, na grande maioria dos casos não há critérios “objetivos” de quantificação das premissas dos cálculos (prior probabilities), devendo o juiz estimar de modo subjetivo o valor a ser atribuído aos dados inseridos no cálculo.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. *Op.cit.*, p. 217-218.

O Direito é uma ciência peculiar, cujos acontecimentos (fatos) no tempo e no espaço não se repetem, podem se perder ou serem fatalmente distorcidos.

“Some-se a isso que, no processo penal, o *standard* de prova aplicável é muito mais elevado do que a mera preponderância, exigindo frequências de base muito altas para que a probabilidade estatística pudesse ter algum valor.”²⁷⁵

Taruffo adverte:

Racionalização dos aspectos metajurídicos do raciocínio do juiz abre, portanto, numerosas perspectivas de indubitável interesse, mas também dá motivo a uma série muito ampla de problemas de árdua solução, referentes não apenas a validade dos conhecimentos científicos utilizados no processo, como também a aspectos importantíssimos do modo como o juiz realiza seu mister e elabora suas avaliações. A resposta científica à necessidade da certeza e confiabilidade do raciocínio decisório é, pois, importante sempre que ela seja realmente possível, mas, sem dúvida ela não pode ser considerada como uma solução fácil e completa de todas as dificuldades que se enfrentam para formular a decisão.²⁷⁶⁻²⁷⁷

2.3.2. Os padrões brasileiros.

Como registra Diamond, “a precisão matemática é talvez impossível, mas definições qualitativas podem esclarecer o papel do julgador.”²⁷⁸⁻²⁷⁹

²⁷⁵ Ibidem, p. 219.

²⁷⁶ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. In: *Revista Forense*, São Paulo, n. 355, maio-jun. 2001. p. 116.

²⁷⁷ “[...] la teoría bayesiana del cálculo de las probabilidades no ofrece, en ninguna de sus versiones, una racionalización aceptable y eficiente del problema concerniente a la confirmación probatoria de la hipótesis sobre el hecho. No está excluído que su aparente «exactitud», debida al uso de un acentuado formalismo matemático y a la insistencia en datos y en resultados numericamente precisos, pueda haber inducido a muchos a sostener que han descubierto finalmente un método «científico» para afrontar ese problema. Sin embargo, más allá del hecho de que no sólo es científico aquello que puede ser traducido en números, resulta que la aplicación del método bayesiano es, por un lado, contraproducente y peligrosa, ya que implica riesgos elevados de errores y de malentendidos, y, por otro, escasamente funcional en el contexto procesal porque tiene la peculiar característica de descuidar el dato que en ese contexto es el más importante, esto es, el peso y el significado de los elementos de prueba disponibles en el caso concreto. Se trata, pues, de una teoría con una escasa capacidad explicativa porque, como se ha visto, no se adapta a numerosas situaciones, y es también antieconómica, ya que las complicaciones que produce son netamente desproporcionadas respecto a los limitados resultados que está capacitada para conseguir.” TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Op.cit., p. 203-204.

²⁷⁸ No original: “Mathematical precision is perhaps impossible, but qualitative definitions can clarify the task of the jury...” DIAMOND, Henry. Op.cit., p. 1724.

²⁷⁹ “Os *standards* de prova integram precisamente um horizonte de reflexões sobre *soluções institucionais* às limitações cognitivas que acometem os juízes; são barreiras que o desenho institucional pode – e deve – colocar à irracionalidade judicial. [...] O caminho de apreço à racionalidade envolve o abandono da convicção do julgador entendida como prova suficiente para a condenação. Já é tempo de substituir o “há prova porque há convicção” por “há convicção porque há prova”. Esse é o sentido racional da relação entre prova e convicção. [...] A partir de uma *perspectiva epistemológica*, um processo penal comprometido com a busca pela verdade deveria contar com regras que expressassem o objetivo de *redução de erros*; isto é, deveria se preocupar em reduzir os riscos de condenar inocentes e de absolver culpados. Para tanto, desenvolver regras para selecionar como verdadeiras as hipóteses fáticas mais provavelmente verdadeiras – independente de quem seja essa hipótese. [...] No entanto, a partir de uma perspectiva moral ou política, é possível que se entenda que o processo penal teria de se comprometer em “reduzir” uma classe de erros (a condenação de inocentes) com maior

Não obstante, o ordenamento jurídico pátrio não prevê, de forma evidente²⁸⁰⁻²⁸¹, *standards* probatórios²⁸² tais como os apresentados pelo sistema alienígena, a despeito da sua importância²⁸³.

Parte-se da premissa que:

Na doutrina brasileira, são escassos os trabalhos sobre a estrutura da motivação de fato, limitando-se os comentários, de modo geral, a referir a necessidade da fundamentação como garantia de controle, mas sem avançar sobre os seus requisitos mínimos. Na jurisprudência brasileira não há formulação explícita e sistemática de padrões gerais para um determinado ramo do direito, tal como aquela da prova além de dúvida razoável, utilizada no processo penal norte-americano, observando-se a utilização de múltiplos critérios, de forma fragmentária.²⁸⁴⁻²⁸⁵

intensidade do que reduz outra classe de erros (a absolvição de culpados).” MATIDA, Janaína. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: *Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*, edição 1, ano 1, 2019. p. 95, 99 e 100.

²⁸⁰ Gustavo Badaró aponta, na legislação brasileira, aqueles que poderiam ser reconhecidos como verdadeiros *standards* probatórios. “Apenas a título exemplificativo, elencam-se alguns *standards* ou “modelos de constatação”, diversos da “prova além da dúvida razoável”, frequentemente utilizados no processo penal brasileiro: para a prisão temporária bastam “fundadas razões ... de autoria” (Lei nº 7.960/89, art. 1º, III), enquanto para a prisão preventiva é necessário “indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312); já para a pronúncia não basta – no singular – indício suficiente, sendo exigidos “indícios suficientes de autoria”(CPP, art. 413, *caput*); por outro lado, para o sequestro “indícios veementes de proveniência ilícita dos bens” (CPP, art. 126). No incidente de insanidade mental, basta a “dúvida sobre a integridade mental do acusado” (CPP, art. 149, *caput*). Nas diversas situações mencionadas há variação do grau de probabilidade exigida, desde uma simples preponderância de uma hipótese sobre a outra, até uma probabilidade reforçada ou qualificada. Além das medidas cautelares, é necessário observar que, ao longo da própria persecução penal, há uma formulação progressiva de juízos sobre o tema – por exemplo, a autoria delitiva ou a materialidade delitiva –, que será objeto de investigação, da admissibilidade da denúncia até se chegar à sentença. Passa-se de um juízo de simples possibilidade para uma probabilidade, até se alcançar a certeza. Para usar a expressão de Carnelutti, em tais juízos há “*identità di sostanza... ma differenza di dose.*” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Op.cit., p. 300.

²⁸¹ Nessa toada, também se inclina Danilo Knijnik: “b) no Processo Penal: b.1) Medida liminar em habeas corpus – “evidência da ilegalidade da coação” (art. 600, § 2º, CPP); b.2) Concessão de habeas corpus - ausência veemente de porveniência ilícita dos bens (art. 126, CPP); b.3) Arresto penal – “certeza da infração e indícios veementes de autoria” (art. 134, CPP); b.4) Sequestro penal – “indícios veementes da responsabilidade” (art. 3º, Decreto-lei n. 3.240/41); b.5) busca e apreensão – “fundadas razões”(art. 240, CPP); b.6) prisão preventiva – prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (art. 312, CPP); b.7) Sequestro de recursos objeto de lavagem de dinheiro – “indícios suficientes” (art. 4º, Lei 9.613/98); b.8) Revisão Criminal – “decisão contrária à evidência dos autos, elementos “comprovadamente falsos”, descobertas de novas provas da inocência” (art. 621, incisos I, II e III, do CPP).” KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Op.cit., p. 47.

²⁸² “O *standard* probatório estabelece o grau de suporte que os meios de prova devem fornecer às alegações fáticas, para que elas possam ser consideradas verdadeiras.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op.cit., p. 239.

²⁸³ “Assim, os modelos de constatação têm uma função simbólica, com consequências práticas, não apenas evitando erros judiciais, mas realçando ao julgador a importância de sua decisão, conforme a natureza da causa.” Ibidem, p. 45.

²⁸⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Op.cit.* p. 182.

²⁸⁵ A despeito disso, o REsp 184.156/SP colocou em discussão decisão absolutória baseada em modelo de constatação equivocado e, nas palavras de Danilo Knijnik., “aceitou como “dúvida”, uma mera possibilidade teórica”. Estas são as razões do voto em comento: “[...] Na realidade, tem-se no caso a assertiva dos recorrentes de que ocorrera *error* sobre critério de apreciação da prova [...]” “Assim é que, por maioria de votos, entendeu o e. Tribunal a quo existir um *non liquet* aonde, de acordo com a prova especificamente reconhecida e tida – repetindo – como suficiente, e, ainda, pela experiência normal, não se poderia admitir qualquer dúvida relevante e juridicamente aceitável. Deu-se (por maioria) pela incidência da velha parêmia *in dubio pro reo* aonde tal solução – segundo os dados aceitos em segundo grau – se mostra, de pronto, impertinente. [...] O v. acórdão reprochado, portanto, indica, inicialmente, o que é profundamente lamentável, o choque frontal entre perícias realizadas. Mas, como está registrado no voto vencido, da lavra do magistrado Dr. Corrêa Moraes, a douta

Veja-se que, no Brasil, o controle do conteúdo decisório é realizado a partir da motivação, as razões de decidir externadas pelo juiz.²⁸⁶

maioria desprezou, *in totum*, a prova testemunhal nos tópicos em que ela era e é, obviamente, taxativa e decisiva. Tudo isto, com base até em especulações teóricas, acerca da captação dos fatos, contidos em livros e artigos (cf. fls. 619/623). O detectado e fundamental *error in iuris* (violação ao art. 386, inciso VI do CPP) ressalta aos olhos sem nenhum esforço, não só do voto vencido mas, também, do próprio voto condutor. Naquele, refutando este último, v.g., tem-se: [...] *Os pronunciamentos “técnicos”, apontando para direções opostas, anulam-se mutuamente, Porém, isto e provam o contrário, valendo dizer que provam coisa nenhuma. De sua enigmática e presunçosa “ciência”, enroupada dos jargões mais obscuros e nos cálculos mais esotéricos, o que se extrai de clarificativo é nada. Na realidade, o impasse é este: A ter em consideração a análise crítica elaborada por professores da UNICAMP e da USP, o laudo do Instituto de Criminalística espelhará pura mistificação, porque assentado em premissas falsas e resultante da aplicação de metodologia inadequada A ter em conta o laudo, os professores de física da UNICAMP e da USP não sabem do que estão falando. Portanto e dando graças aos céus por não ficar “adstrito aos laudos” (C.P.P., art. 182) e por formar minha “convicção pela livre apreciação da prova (C.P.P., art. 157) ponho de parte a física hermética e a matemática cabalística dos pronunciamentos “técnicos”--- nos quais creio ver mais tendenciosidade especulativa do que isenção e precisão científicas --- e vou buscar a verdade em fontes mais confiáveis. II – Não vejo nenhuma razão para desprezar os subsídios testemunhais, dos quais retirei a segura convicção de que o veículo dirigido pelo réu estava animado de velocidade descautelosa. [...] Não me parece razoável entender que os três rapazes, com 17 (dezessete) anos de idade à época do fato (fl.22/23), fossem incapazes de distinguir entre baixa velocidade e alta velocidade. Para atestar que um veículo desenvolve “alta velocidade”, não é necessário integrar a testemunha os quadros do Instituto de Criminalística, bastando que o faça arrimada na observação do que ordinariamente acontece. É uma questão de senso comum. Se, neste caso, firmarmos precedente, seja expressando a idéia de que a contribuição testemunhal é destituída de valor probantes nos casos do gênero, seja dando forma ao preconceito de superioridade da chamada prova técnica (não obstante a inexistência de hierarquia de provas em nossa processualística), doravante acontecerá: não terá nenhuma importância o fato de 100 (cem) pessoas asseverarem que determinado veículo estava animado de “alta velocidade”, sempre que aparecer algum corifeu do dogmatismo técnico dizendo que, consideradas a raiz, a resultante, a massa e a bissetriz, a velocidade era reduzida. [...] Dessarte, ao se negar a incisiva prova testemunhal (admitida e especificada em segundo grau) em proveito de especulações teóricas (repetindo) oriundas fundamentalmente de publicações, para, então, alcançar uma suposta dúvida relevante aonde ela, de pronto, não existe, construiu-se um decisor com flagrante violação ao art. 386, inciso VI do C.P.P.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp. n. 184.156/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, 01 de outubro de 1998, DJ 09/11/1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800566791&dt_publicacao=09-11-1998&cod_tipo_documento=3&formato=PDF>. Acesso em: 24 abr. 2020.*

²⁸⁶ Embora o Brasil não imponha ao juiz a declaração do modelo probatório ou de constatação adotado nas suas decisões, já que, o que se exige, é a motivação das decisões com base na prova dos autos (artigo 381 do Código de Processo Penal e artigo 93, inc. IX da Constituição Federal), a matéria não é estranha à jurisprudência brasileira. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. n. 363.548/SC, promoveu a anulação de decisão criminal baseada em indícios, uma vez que o Tribunal utilizou o *standard* probatório lastreado na “alta probabilidade”, afastando-se da “certeza”. “EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELITO DE FALSUM. REEXAME E REVALORAÇÃO DA PROVA. SILÊNCIO DO RÉU. LIVRE CONVENCIMENTO E CONVICÇÃO ÍNTIMA. I - A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes). II - A parte final do art. 186 do CPP não foi recepcionada pela Carta de 1988 (Precedentes do STF e do STJ). O silêncio do réu não pode ser usado, de per si, para fundamentar um juízo condenatório. III - O princípio do livre convencimento, que exige fundamentação concreta, vinculada e legalmente válida, não se confunde com o princípio da convicção íntima. IV - A condenação requer certeza, sub *specie universalis*, alcançada com prova válida, não bastando a alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador. (...) O princípio da persuasão racional ou livre convencimento (art. 157 do CPP) exige fundamentação concreta, calcada na prova dos autos, observadas as regras jurídicas pertinentes e as da experiência comum aplicáveis. Não se confunde com o princípio da convicção íntima. Aliás, está na “EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS” do CPP, que “é a motivação da sentença que oferece a garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento” (nº XII, in fine). Referindo-se ao princípio enfocado, tem-se a ensinança de J. FREDERICO MARQUES, a saber: “Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova, de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher, não o afastou, porém, do dever de decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência. O livre convencimento que hoje se adota no Direito Processual não se

Segundo Ferrajoli:

A presença e, sobretudo, a exposição ao controle da motivação graças a sua forma lógica e semântica têm o valor de uma discriminante entre métodos processuais opostos e, por reflexo, entre modelos de direito penal opostos: entre aquela que Carrara chamava "convicção autocrática", porque baseada na "mera inspiração do sentimento" e aquela que ele chamava "convicção arrazoada", sendo expostas tanto as "razões" jurídicas como as de fato, e, conseqüentemente - segundo a alternativa enunciada desde o início desse livro entre cognitivismo e decisionismo penal, entre verdade e valoração, entre garantismo e substancialismo penal. Ao mesmo tempo, enquanto assegura o controle da legalidade e do nexa entre convencimento e provas, a motivação carrega também o valor "endoprocessual" de garantia de defesa e o valor "extraprocessual" de garantia de publicidade. E pode ser, portanto, considerado o principal parâmetro tanto da legitimação interna ou jurídica quanto da externa ou democrática da função judiciária.²⁸⁷

Muito embora a motivação seja um dever constitucionalmente previsto, não há um rol de requisitos estabelecidos em sequência, para nortear, orientar e demonstrar se determinada decisão está cabalmente e suficientemente motivada. O artigo 381, incisos III e IV do Código de Processo Penal se resume a apontar que, a sentença conterà a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão e dos artigos de lei aplicados.²⁸⁸

confunde com o julgamento por convicção íntima, uma que vez que o livre convencimento lógico e motivado é o único aceito pelo moderno processo penal. " (in "ELEMENTOS DE PROCESSO PENAL", Vol. II. p. 278, 1997). E, de forma adequada à quaestio, preleciona GERMANO MARQUES DA SILVA: "É hoje entendimento generalizado que um sistema de processo penal inspirado nos valores democráticos não se compadece com decisões que hajam de impor-se apenas em razão da autoridade de quem as profere, mas antes pela razão que lhes subjaz" (in "CURSO DE PROCESSO PENAL", vol. III, ps. 288/289, 1994, Ed. Verbo, Lisboa). Referindo-se - em lição aplicável ao nosso ordenamento jurídico - à sistemática de apreciação da prova e da convicção do julgador, ensina J. FIGUEIREDO DIAS: "O princípio não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável - e portanto arbitrária - da prova produzida. "Mais adiante, no punctum saliens: "A conseqüência mais relevante da aceitação destes limites à discricionariedade estará também aqui em que, sempre que tais limites se mostrarem violados, será a matéria susceptível de recurso "de direito" para o STJ" (in "DIREITO PROCESSUAL PENAL", ps. 202/203, 1974, Coimbra Editora)." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp. n. 363.548/SC, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, 02 de maio de 2002, DJe 10/06/2002. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=42417&num_registro=200101196532&data=20020610&formato=PDF> Acesso em: 24 abr. 2020.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 498.

²⁸⁸ Diferentemente, o atual Código de Processo Civil, insculpido pela Lei 13.105/2015, no artigo 489, §1º, se incumbiu de delinear os elementos essenciais da sentença e especificar, ainda que não exaustivamente, os requisitos de uma decisão judicial, a contrário senso, fundamentada, ao prever que: "art. 489, § 1º - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento." BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2020.

Estrampes sugere operações as quais o juiz deve seguir para promover a motivação das decisões:

1ª. El juez debe identificar la fuente o fuentes de prueba utilizadas para sustentar el relato de hechos probados. Estamos ante una labor eminentemente descriptiva. [...] 2ª. El juez debe reflejar el contenido objetivo de los diferentes medios de prueba practicados, lo que permite constatar su significación o potencialidad incriminatoria. Estas dos primeras operaciones integrarían lo que podríamos denominar *fase descriptiva* que comprende la identificación y descripción objetiva de las pruebas que van a ser objeto de valoración. [...] 3ª. El juez debe explicar, también, cómo se conectan dichas pruebas con el hecho a probar, para lo cual deberá utilizar las máximas de la experiencia (las *reglas de la sana crítica*), que a su vez deberá identificar en la motivación. En otras palabras, el juez deberá explicitar el razonamiento inferencial utilizado, dando cuenta de las máximas de experiencia empleadas para justificar su decisión.²⁸⁹⁻²⁹⁰

Antônio Magalhães Gomes Filho enumera como requisitos da motivação alguns aspectos fundamentais: integridade, correlação, dialeticidade e racionalidade.²⁹¹

A integridade é corolário do próprio imperativo constitucional, uma vez que, ao estabelecer que “os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”²⁹², exige que o provimento jurisdicional seja sempre justificado.

Como argumenta Gomes Filho:

[...] não se pode conceber uma fundamentação em que não estejam justificadas todas as opções adotadas ao longo desse percurso decisório, sob pena de frustrar-se o imperativo constitucional, principalmente se consideradas as funções de garantia que consagra. [...] Nesse sentido, é possível dizer que a integridade supõe a adequação do discurso justificativo aos temas que são efetivamente objeto de decisão.²⁹³

Por sua vez, a correlação seria denominada de “correção” e consistiria na “[...] correspondência entre os elementos considerados como base da decisão e aqueles

²⁸⁹ ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La valoración de la prueba a la luz del nuevo código procesal penal peruano de 2004*. Op.cit., p. 27-28.

²⁹⁰ Por sua vez, ao revés, pontua hipóteses que evidenciam a falha na elaboração da motivação: “La ausencia de motivación se produce no sólo en aquellos su-puestos en que la sentencia no incorpora o no contiene ninguna motivación, siendo sustituida por formulas rituarías o generales carentes de significado (*ausencia total de motivación*), sino también cuando la motivación empleada carece de verdadero contenido justificativo, limitándose a efectuar una remisión a los diferentes elementos de prueba practicados en el proceso, pero sin dar ningún tipo de explicación acerca de su valor ni identificar los criterios de valoración o las máximas de experiencia utilizadas, efectuando una pura labor descriptiva (*motivación aparente*). También existirá un déficit de motivación en todos aquellos su-puestos en que resulte contradictoria, utilizando argumentos que chocan entre sí, o cuando no se respetan las reglas de la lógica o de la ciencia o experiencia común (*motivación contradictoria*). Por ultimo, también deben repudiarse los supuestos de insuficiencia de la motivación, como sucede en los casos en que el tribunal no valora la totalidad del cuadro probatorio (*motivación insuficiente*), como ya hemos visto.” Ibidem, p. 29.

²⁹¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 174 *et seq.*

²⁹² Ibidem p. 175.

²⁹³ Idem.

efetivamente existentes no processo”, e seria o “[...] exigir que na articulação do raciocínio decisório apenas sejam considerados elementos que efetivamente correspondam aos existentes no processo.”²⁹⁴ No processo penal brasileiro o tema é inerente ao Princípio da Correlação entre a denúncia e a sentença condenatória.²⁹⁵

A dialeticidade é estabelecida pelo contraditório²⁹⁶⁻²⁹⁷ no processo: o julgador deve levar em consideração argumentos e contra-argumentos, teses da acusação e da defesa, absolutamente tudo, de modo a lhe proporcionar meios para melhor decidir.

[...] o discurso justificativo dessa mesma decisão não pode ser algo semelhante a um monólogo, em que são apresentados argumentos de autoridade, mas, ao contrário, deve possuir um caráter dialógico capaz de dar conta da real consideração de todos os dados trazidos à discussão da causa pelos interessados no provimento.²⁹⁸

A racionalidade, exige a adoção de um discurso coerente, harmônico e não-contraditório, e, nas linhas desenvolvidas por Gomes Filho:

De qualquer modo, trata-se de vício gravíssimo, que, além de revelar a falta de correção no desenvolvimento do raciocínio decisório, torna inviável o próprio controle deste, pois uma argumentação que contenha asserções inconciliáveis impede aos destinatários da motivação conhecer claramente a ‘*ratio decidendi*’, frustrando a sua função de garantia.²⁹⁹

²⁹⁴ Ibidem p. 178.

²⁹⁵ AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ESAZIAMENTO DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA POR EXCESSO DE LINGUAGEM. ANÁLISE VERTICAL E EXAURIENTE. OMISSÃO NA PEÇA ACUSATÓRIA. CONFIGURADA A EMENDATIO LIBELLI. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA DEFESA. RÉU SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PRESERVADOS. [...] 3. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa um dos mais importantes postulados para a defesa, porquanto estabelece balizas fixas para a produção da prova, para a condução do processo e para a prolação do édito condenatório. 4. É princípio comezinho do direito penal e processual penal que o réu se defende dos fatos narrados na inicial, e não da capitulação jurídica a eles atribuída pela acusação. [...] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Habeas Corpus nº 289.078/PB, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, 15 de dezembro de 2016, DJe: 15/02/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67946477&num_registro=201400390712&data=20170215&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23 abr. 2020.

²⁹⁶ “[...] o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades” e, para tanto, “[...] é necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório.” FAZZALARI, Eli. Op.cit., p. 119.

²⁹⁷ Para Franco Cordero, o “[...] debate contradictorio requiere, por lo menos, dos personas que intervengam, ante uno que los modera, y presupone luchadores equivalentes, y triunfa el mejor.” Ainda: “[...] por lo menos dos personas que hablan delante de uno que las escucha y las regula: ambas niegan, afirman, aducen pruebas, elaboran los respectivos materiales, discuten; rigen reglas que tienden a establecer cuál ES La hipótesis mejor.” CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Bogotá: Temis, 2000. p. 201 *et seq.*

²⁹⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. Op. cit., 177.

²⁹⁹ Ibidem, p. 193.

Fabrício Pozzebon aponta que o dever de fundamentar tem três importantes faces no Estado Democrático e Social de Direito:

[...] a) uma garantia de defesa contra eventuais abusos do poder estatal, uma vez que o julgador deverá explicitar os motivos que o levaram a decidir daquela forma (é um ponto de partida), além de possibilitar a interposição do recurso cabível; b) a materialização do direito subjetivo à prestação jurisdicional por parte do Estado, após um procedimento marcado por garantias, as quais deverão estar traduzidas na fundamentação; e c) dever do Estado prestá-la, assim como a educação, saúde, segurança, em primeiro e segundo grau de jurisdição, devendo o juiz atuar materialmente no sentido de sua efetivação (juiz ativo do Estado Democrático e Social de Direito), sempre sob pena de configuração de nulidade expressamente prevista no texto constitucional.³⁰⁰

Embora reputemos serem insuficientes e inexistente a formulação de um *standard* explícito³⁰¹, é possível identificar no direito pátrio exigências que se aproximam dos “modelos de constatação” estrangeiros, especialmente o francês e de países da *Common Law*, como vigente nos Estados Unidos da América.

A ausência de motivação apresenta-se à semelhança do *standard* probatório do Direito Francês, *défaut de motifs*, na sua vertente *absence de motifs*. Já a hipótese de contradição da decisão autoriza a interposição de Embargos de Declaração, na forma dos artigos 382 e 619 do Código de Processo Penal, se aproximando da vertente *contradiction de motifs*. Identifica-se a vertente *motif dubitatif* ou *hypothétique*, por ocasião da anulação de decisões cujos elementos de convicção que levaram à motivação não se encontram repousados no processo judicial (decisões teratológicas); enquanto que, o não enfrentamento de todas as questões suscitadas, batidas e combatidas, travadas pela dialeticidade entre as partes no processo, aproxima-se do vício da decisão na vertente *défaut de réponse à conclusion*.

Relevância no direito pátrio vem recebendo o *standard* probatório *proof beyond a/any reasonable doubt*.

Válido relembrar que:

Gardner e Anderson mencionam que, desde o século XVII, cortes inglesas já reconheceram que a culpa do réu nunca era estabelecida com absoluta segurança: ‘Um júri poderia não ter certeza da culpa do réu para além de qualquer dúvida porque uma chance sempre existia, não importa o quanto improvável, de que o réu fosse inocente’. A partir disso, as cortes passaram a orientar os júris que declarassem o réu culpado quando houvesse ‘certeza moral’. Nos Estados Unidos, a partir de 1850, os julgadores evoluíram para passar a instruir os júris com base no *reasonable doubt standard*. A dúvida razoável era conceituada então por exclusão: não consiste

³⁰⁰ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 247.

³⁰¹ “A ausência de um *standard* de prova representa, nas palavras de Ferrer Beltrán, o calcanhar de Aquiles de um sistema processual que pretenda limitar a arbitrariedade e fomentar o controle das decisões probatórias.” FERRER BELTRÁN, Jordi apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op.cit., p. 241.

em uma dúvida meramente possível, pois tudo em assuntos humanos está aberto a uma dúvida possível ou imaginária.³⁰²

Neste aspecto, determinada instrução foi destinada aos jurados no caso *Victor v. Nebraska*:

A acusação tem o ônus de provar que o réu é culpado para além de uma dúvida razoável. Alguns de vocês podem ter servido como jurados em casos civis, onde vocês escutaram que é necessário apenas provar que o fato é mais provável do que não verdadeiro. Em casos criminais, a prova da acusação deve ser mais poderosa do que aquilo. Ela deve ser para além de uma dúvida razoável. Prova para além de uma dúvida razoável é prova que deixa você firmemente convencido da culpa do réu. Há muitas poucas coisas neste mundo que nós sabemos com certeza absoluta, e em casos criminais o direito não requer prova que supere cada possível dúvida. Se, baseado em sua consideração da prova, você está firmemente convencido de que o réu é culpado do crime imputado, você deve considerá-lo culpado. Se, por outro lado, você achar que há uma possibilidade real de que ele não seja culpado, você deve dar-lhe o benefício da dúvida e considera-lo não culpado.³⁰³

O *standard beyond a/any reasonable doubt*, desde tenros tempos é utilizado pela jurisprudência brasileira³⁰⁴ e vem, atualmente, assumindo posição de destaque em julgados nacionais³⁰⁵, principalmente nos casos de alta complexidade e dificuldade probatória³⁰⁶ promovendo significativa evolução do direito pátrio ao estabelecer novas balizas para se preferir um julgamento justo (*fair trial*).³⁰⁷⁻³⁰⁸

³⁰² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op.cit., p. 268.

³⁰³ Ibidem, p. 270.

³⁰⁴ V.g. “Se o Ministério Público oferece denúncia contra qualquer réu por crime de corrupção de menores, cumpra-lhe demonstrar, de modo consistente – e além de qualquer dúvida razoável –, a ocorrência do fato constitutivo do pedido, comprovando documentalmente, mediante certidão de nascimento, a condição etária (menor de (18) anos) da vítima do delito tipificado no art. 1º da Lei 2.252/54.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 73.338/RJ, relator Min. Celso de Mello, j. 13/08/1996, DJ de 19/12/1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

³⁰⁵ Destacam-se outros votos consagrados no Supremo Tribunal Federal cujo modelo de constatação *beyond a/any reasonable doubt* (além de toda dúvida razoável) repercutiu: HC 83.947/AM, DJe 01/02/2008; HC 84.580/SP, DJe 18/09/2009; HC 88.875/AM, DJe12/03/2012; HC 80.084/PE, DJe 11/12/2012, todos da relatoria do Min. Celso de Mello; AP 470/MG, DJe 22/04/2013, relator Min. Joaquim Barbosa; Inq. 2036/PA, DJ 22/10/2004, ambos da relatoria do Min. Ayres Britto; Inq. 2968/SP, DJe 17/08/2011, relator Min. Dias Toffoli; Ag.Reg. no terceiro Ag.Reg. na AC 4327/DF, DJe 27/10/2017; AP 962/DF, DJe 23/10/2019, ambos da relatoria do Min. Marco Aurélio; HC 102.936/RS, DJe 28/04/2011; ADC 30/DF, ADC 29/DF e ADI 4578/AC, DJe 29/06/2012; AP 595/SC, DJe 10/02/2015, Inq. 3932/DF, DJe 09/09/2016, AP 968/SP, DJe 02/08/2019, todos da relatoria do Min. Luiz Fux; AP 521/MT, DJe 06/02/2015; AP 580/SP, DJe de 26/6/2017; AP 694/MT, DJe 31/08/2017; AP 676/MT, DJe 06/02/2018, ADI 4066/DF, DJe 07/03/2018, todas da relatoria da Min. Rosa Weber; AO 2093/RN, DJe 10/10/2019, relatora Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

³⁰⁶ Principalmente, v.g., crimes como a “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e a corrupção, que, em sua maioria, são praticados por organizações criminosas altamente qualificadas e até mesmo crimes eleitorais, como a captação ilícita de sufrágio.

³⁰⁷ “A defendant in a criminal action is presumed to be innocent until the contrary is proved, and in case of a reasonable doubt whether his or her guilt is satisfactorily shown, he or she is entitled to an acquittal, but the effect of this presumption is only to place upon the state the burden of proving him or her guilty beyond a reasonable doubt. Reasonable doubt is defined as follows: “It is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that

Respeitamos as teses contrárias e as que reforçam que o *standard beyond a/any reasonable doubt* tem fundamentos originais da *common law* distantes daqueles que vêm sendo infundidas, de algum modo, no ordenamento pátrio.³⁰⁹

Entretanto, inicialmente, podemos afirmar a compatibilidade entre o respectivo *standard* e o Direito Processual Penal brasileiro. A propósito, são as disposições do artigo 386, incisos VI e VII do Código de Processo Penal, ao estabelecerem que:

art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação. (grifos nossos)³¹⁰

A despeito das ponderações contrárias – e respeitáveis - existentes³¹¹, infere-se que esse modelo de constatação tem proporcionado transformações significativas.³¹²

they cannot say they feel an abiding conviction of the truth of the charge.” SNAPE, John (compiled by). California Penal Code and Evidence Code 2014. Book 1 of 2, part 2, title 7, chapter 2, article 1096. California: Snape Legal Publishing, 2014. p. 523.

³⁰⁸ “[...] no extremo do *spectrum* encontra-se a típica demanda civil, envolvendo questões meramente patrimoniais. A sociedade tem uma preocupação menor com o resultado desses litígios privados. Em contraste, quando (se) inicia uma demanda (relacionada com) um importante direito individual, protegido pela Constituição, ‘os interesses postos em jogo são considerados mais substanciais que a mera perda de dinheiro, e, por isso, alguns tribunais reduzem o risco do requerido, de ter sua reputação erroneamente vilipendiada, aumentando o ônus de provar por parte do autor; então, os tribunais reclamam uma prova clara e convincente, para refletir a maior importância dos interesses em jogo (...). No critério da preponderância, os litigantes suportam igualmente o risco de um julgamento equivocados. No critério da prova clara e convincente, o (autor) suporta um risco maior (...). E no critério (além) da ‘dúvida razoável’, a sociedade barra quase que totalmente o risco de um erro”. MCCAULIFF, C.M.A *apud* KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Op.cit., p. 45.

³⁰⁹ “O problema das decisões que parecem se utilizar do estandar de *prova acima de toda dúvida razoável*, como um rebaixamento das exigências para a condenação penal, é o risco de consolidação de que se trata de uma suficiência probatória pouco exigente, ignorando ser inegável que, no contexto dos países que ainda o utilizam, ele consiste em uma alta exigência de suficiência probatória.” PEIXOTO, Ravi. Op. cit., p. 249. Nessa linha, “O ponto fulcral da tese doutrinária em liça parece ser a defesa do rebaixamento do *standard* probatório para condenações por crimes econômico-financeiros complexos, em razão do maior grau de dificuldade estatal na sua comprovação. (...) o rebaixamento do *standard* de prova aplicável à sentença condenatória por crimes complexos (ou de difícil prova) enseja violação à garantia da igualdade perante a lei processual penal, sem distinção de qualquer natureza.” MIRZA, Flávio. Op.cit.

³¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

³¹¹ “Por qué un estandar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estandar”. Por todos, LAUDAN, Larry. *El estandar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 57-86.

³¹² A despeito da respeitável posição crítica deduzida por MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Criminalidade econômico-financeira complexa, presunção de inocência e standard de prova. Op.cit. para quem “o BARD encerra uma fórmula conceitualmente imprecisa e subjetiva, que não cumpre a função precípua de qualquer *standard* probatório: conferir o maior grau possível de *racionalidade* à decisão judicial, no que tange ao suporte probatório mínimo para que determinada hipótese fática seja aceita pelo julgador”. E acrescenta, conclusivamente: “Malgrado não se discuta que processos criminais têm diferentes graus de complexidade, as sobreditas dificuldades teóricas e práticas desaconselham a vinculação de normas ou institutos processuais penais ao grau de complexidade (ou dificuldade probatória) da infração penal imputada. O *standard* de prova consiste em patamar mínimo para que o julgador possa aceitar determinada hipótese fática como provada

Além de apartar um vínculo aparentemente indissociável entre verdade e certeza absoluta, promove uma atenuação do Princípio *in dubio pro reo* ao fixar a premissa de que não é toda e qualquer dúvida que enseja a absolvição do réu³¹³⁻³¹⁴. Simultaneamente, autoriza um juízo condenatório a partir da formação de provas suficientes – enfatizando a prova indiciária - do fato criminoso praticado, sem macular o Princípio da Presunção de Inocência ou da não culpabilidade³¹⁵.

Dito de outra forma, entendemos que o *standard beyond a/any reasonable doubt* e a regra de julgamento imposta pelo Princípio *in dubio pro reo* são ferramentas ao atingimento da decisão justa e caminham lado a lado.³¹⁶

O *standard* fomenta um ressignificado do Princípio enquanto mitiga sua rigidez. Explica-se e realce-se: não é toda e qualquer dúvida que impõe a absolvição, mas a dúvida razoável. Afinal, dúvida, em boa parte dos casos judiciais sempre existirá, já que certeza e

na sentença penal condenatória. No horizonte do Estado Democrático de Direito, esse *standard* deve ser o mais claro, controlável, objetivo e racional possível, para reduzir os espaços de arbítrio, decisionismo e irracionalidade na adjudicação do caso penal. O direito fundamental à presunção de inocência impõe adoção de *standard* probatório rigoroso para a prolação de sentença condenatória, em razão do custo consideravelmente maior da falsa condenação do inocente, comparado à falsa absolvição do culpado.”

³¹³ “Havendo nos autos uma prova, por menor que seja, a que o juiz atribua o seu convencimento, estará estabelecida a ausência de dúvida razoável no caso, que possibilita a condenação do acusado”. NÓBREGA, Rafael Estrela. *A releitura do princípio in dubio pro societate no rito especial do Júri*. In: Revista Magister, v. 16, n. 91, ago./set., 2019.

³¹⁴ “[...] é de indagar se a presunção de inocência implicaria algum *standard* de prova. A posição que nega tal repercussão considera que a presunção de inocência seria somente como regra de julgamento, isto é, a disciplina do ônus da prova, ou *in dubio pro reo*. Outros, porém, vão além e entendem que a presunção de inocência também implica a necessidade de se adotar o *standard* de prova “além de qualquer dúvida razoável”. [...] Realmente, a presunção de inocência, do ponto de vista do *standard* probatório adotado no processo penal, não exige que se adote a fórmula “além de qualquer dúvida razoável”. [...] Todavia, embora a presunção de inocência não implique, em si, a adoção do *standard* de prova “além de qualquer dúvida razoável”, ela exige que o modelo de constatação adotado no processo penal represente o mais elevado nível de confirmação probatória que seja racionalmente exigível, para que a proposição seja considerada provada, isto é, verdadeira. Por outro lado, não é admissível que o processo penal, quanto à decisão final que realizará o juízo de mérito sobre a imputação, adote um *standard* de prova rebaixado.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. Op.cit., p. 245/247.

³¹⁵ “Importante salientar o conceito de verdade acolhido em matérias científica e histórico-jurídica. Em matéria científica, considera-se obtida a verdade quando a proposição formulada como hipóteses (por exemplo, o teorema matemático) corresponde à medida quantitativa do fenômeno observado. Em contrapartida, no campo histórico, e para o juiz, obtém-se a verdade quando a hipótese sobre um fato, anteriormente verificado, corresponde à reconstrução do mesmo fato obtida por meio de provas. É óbvio que não se poderá nunca conhecer a verdade “total” sobre o fato histórico, porque a capacidade do conhecimento humano é limitada; por outro lado, para realizar a justiça não é indispensável conhecer a “verdade absoluta”: as provas demonstrarão o quão provável é a hipóteses ou em que medida pode ser descartada. Não é necessário que a reconstituição do fato histórico seja “perfeita”, mas deve ser razoável e deve respeitar os princípios gerais a seguir examinados, entre os quais está compreendida a presunção de inocência”. TONINI, Paolo. Op. cit., 2002. p. 50.

³¹⁶ “Em diversos países, a exemplo dos EUA e Espanha, (...), o desenvolvimento do *standard* que exige a *prova acima de qualquer dúvida razoável*, pelo Poder Judiciário, teve por fundamento a presunção de inocência. Parte da doutrina também chega à mesma conclusão, enquanto outros apenas apontam a necessidade de que o *standard* seja mais exigente para o reconhecimento da culpa do acusado. Para uma outra corrente doutrinária, a presunção de inocência tem como consequência a exigência de um *standard* de prova que “represente o mais elevado nível de confirmação probatória que seja racionalmente exigível, para que a proposição seja considerada provada, isto é, verdadeira.” PEIXOTO, Ravi. Op.cit., p. 253.

verdade absoluta, como discorreremos no início desse trabalho, podem ser inacessíveis, atingindo-se tão somente o conhecimento da verdade.³¹⁷

Sendo que, embora retornemos à necessidade de conceituação do que se depreende acerca de razoável a título de dúvida para absolvição, não verificamos qualquer dificuldade em relacioná-la àquela mesma dúvida que se socorre o Princípio constitucional da Presunção de Inocência.

A esse respeito, temos que, “o significado central do de prova *acima de toda dúvida razoável* é a exigência de um grau de confirmação particularmente elevado da culpabilidade do acusado, tendo o objetivo de diminuir os riscos de um falso positivo”.³¹⁸⁻³¹⁹

Como pontuou o Ministro Luiz Fux em voto:

Advirta-se que a presunção de não culpabilidade somente atua como um peso em favor do acusado no momento da prolação da sentença de mérito. É dizer: se, para a sentença absolutória, existe um relaxamento na formação da convicção e na fundamentação do juiz, na sentença condenatória, deve o magistrado romper esta força ou peso estabelecido pelo ordenamento em sentido contrário. Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminosa. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, no conjunto probatório, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório. O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para “além da dúvida razoável” não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da “dúvida razoável” em “certeza absoluta”.³²⁰

A efetiva utilização do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt* requer sensatez, devendo ser um aliado do julgador ao proferir um decreto condenatório. Trata-se,

³¹⁷ Contrariamente, para quem o ônus da prova é exclusivamente da acusação, Gustavo Badaró: “Na dinâmica das sequências probatórias, primeiro se apresenta a questão do *standard* de prova, e somente se este não for atingido, se aplica a regra do ônus da prova. ... Dizendo o óbvio: somente se aplica o *in dubio pro reo*, se houver dúvida. Porém, se foi atingido previamente o *standard* de prova para que o fato seja considerado provado, isto é, demonstrado é porque dúvida não há.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op.cit., p. 239 e 263.

³¹⁸ PEIXOTO, Ravi. Op.cit., p. 166.

³¹⁹ “O melhor *standard* probatório, que exprime essa ideia, é o da prova para além de uma dúvida razoável, ou na expressão inglesa, *beyond a/any reasonable doubt*. Essa noção, embora um tanto fluida, assume a realidade de que a verdade e a certeza são inalcançáveis ou inadequadas, e ao mesmo tempo, infunde a necessidade de uma dose bastante significativa de segurança para a condenação criminal. Dentro dessa ideia, apenas a dúvida que seja razoável, e não qualquer dúvida, afasta a condenação, nesse sentido devendo ser compreendido o brocardo *in dubio pro reo*.” DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Op.cit., p. 267.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJE 22/04/2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

como argumenta a doutrina moderna, da relatividade na valoração da prova³²¹, impondo a variação desse *standard* de acordo com a dificuldade probatória³²².

Crimes complexos são, de fato, de difícil elucidação porque não deixam rastros e, portanto, merecem a adoção de medidas legítimas para uma imediata resposta punitiva estatal, sob pena de se tornarem compensadoras aos autores dos fatos criminosos.

Salutar e, derradeiras, são as reflexões extraídas de voto proferido pela Ministra Rosa Weber:

No processo criminal, tem prevalecido certa elasticidade na admissão da prova acusatória, com a valorização, por exemplo, do depoimento da vítima nos delitos contra os costumes, especialmente o estupro. São os crimes da intimidade. A lógica autorizada pelo senso comum faz concluir que, em tal espécie de criminalidade, a consumação sempre se dá longe do sistema de vigilância. No estupro, em regra, é quase impossível uma prova testemunhal. Isso determina que se atenua a rigidez da valoração, possibilitando-se a condenação do acusado com base na versão da vítima sobre os fatos confrontada com os indícios e circunstâncias que venham a confortá-la. Nos delitos de poder não pode ser diferente. Quanto maior o poder ostentado pelo criminoso, maior a facilidade de esconder o ilícito, pela elaboração de esquemas velados, destruição de documentos, aliciamento de testemunhas etc. Também aqui a clareza que inspira o senso comum autoriza a conclusão (presunções, indícios e lógica na interpretação dos fatos). Daí a maior elasticidade na admissão da prova de acusação, o que em absoluto se confunde com flexibilização das garantias legais, dos cânones processuais e dos meios probatórios e sua avaliação. É o que impõe a técnica mais adequada para interpretação da verdade diante dos dados fornecidos pela instrução do processo. A potencialidade do acusado de crime para falsear a verdade implica o maior valor das presunções contra ele erigidas. Delitos no âmbito reduzido do poder são, por sua natureza, em vista da posição dos autores, de difícil comprovação pelas chamadas provas diretas. Daí a visão particular do nível de convencimento da prova no processo, bem sopesados e considerados todos os meios probatórios, diretos e indiretos, em Direito admitidos. [...] Quanto à aptidão da prova indiciária para embasar o juízo condenatório, relembro de início que vigora, no

³²¹ “Dentro da linha de exemplos utópicos formulados apenas para efeitos de raciocínio, um *standard* de prova que exija 95% de probabilidade para condenar alguém pela prática de homicídio, o que poderia – suponha-se – ser alcançado em boa parte dos casos diante de uma menor dificuldade probatória, deixará 100% dos culpados impunes nos crimes de lavagem de dinheiro, por ser impossível se alcançar tal nível de demonstração em fatos extremamente complexos, o que deixará descoberto o fundamento pelo qual o crime foi estabelecido pelo legislador”. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *Ibidem*, p. 257.

³²² “Quanto mais próximo de 100% for o *standard* estabelecido pelo julgador, mais culpados ficarão soltos e maiores serão os efeitos da impunidade danosos à sociedade, ainda mais em uma longa série de casos criminais. De outra parte, quanto mais baixo for o grau em que esse *standard* for estabelecido, maior será o número de inocentes condenados em uma longa série de casos, ferindo-se gratuitamente o precioso direito fundamental, consistente na liberdade de um inocente, que o Estado deve tutelar.” O autor propõe requisitos para aplicação da variação do *standard* na medida dessa dificuldade probatória: “a) o fato sob consideração deve ser de difícil prova – há, diga-se, uma presunção *hominis* de dificuldade probatória em relação a alguns tipos de crime, como crimes praticados por organizações criminosas (notórias por destruir fontes de prova), crimes de lavagem de dinheiro (que objetiva justamente ocultar ou dissimular um delito) e crimes de corrupção (praticados às escuras e com pacto de silêncio); b) a dificuldade ou lacuna probatória não pode ser fruto da ineficiência ou falta de esforços do Estado na investigação; c) deve a acusação demonstrar que empregou todos os meios exigíveis, dentro das circunstâncias, para elucidação do fato; d) por fim, deve-se exigir um maior grau de motivação judicial sobre a valoração da prova.” E ressalta a criação de regras de provas a partir de algumas diretrizes: “(a) a adequada compreensão do *standard* probatório, atenuando a rigidez da valoração, desde que respeitada a exigência da prova para além da dúvida razoável e atendidas certas condições; (b) adequada valoração da prova indireta; e uso, a título de corroboração, (c) da ausência de uma explicação alternativa que só o réu poderia prover e (d) da omissão do réu em produzir provas que lhe são de fácil acesso, quando preenchidas, novamente, certas condições.” *Ibidem*, p. 255, 258 e 283.

Direito brasileiro e no Direito Contemporâneo em geral, o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, como explicita o art. 155 do Código de Processo Penal, a afastar qualquer sistema prévio de tarifação do valor probatório das provas. Isso significa que mesmo provas indiciárias, no sentido técnico de provas indiretas do artigo 239 do Código de Processo Penal, são aptas a afastar a presunção de inocência e justificar o juízo condenatório. [...] Então – e para que fique bem claro – considerar e valorar indícios, no sentido técnico de prova indireta, não representa qualquer transigência em relação à presunção de inocência, pois as provas indiretas devem ser robustas, convincentes, aptas a afastar qualquer dúvida razoável quanto à materialidade e à autoria de um delito. A essa consideração, agrego que, em determinadas circunstâncias, pela própria natureza do crime, a prova indireta é a única disponível e a sua desconsideração, *prima facie*, além de contrária ao Direito positivo e à prática moderna, implicaria deixar sem resposta graves atentados criminais à ordem jurídica e à sociedade.³²³

Não se defende, de modo algum, a superação da Presunção de Inocência, tampouco condenações que rompam com os paradigmas do sistema probatório. Propõe-se a elevadíssima probabilidade, aquela extraída a partir do conhecimento da verdade alinhado às provas produzidas, o que não se requer é o estabelecimento de uma probabilidade absoluta.

Nessa dicção, exige-se que a sentença penal condenatória esteja fixada na coerência lógica estabelecida entre a tese levantada pela acusação e as provas produzidas no processo, não havendo contratese ou contraprova capaz de desconstruir tais ilações.

A dúvida permeia toda e qualquer mente, inclusive a do magistrado, mas condenações justas, ressalvadas ponderações pessoais a respeito do júri, são exaradas por homens com formação técnica suficientemente idônea para desenvolverem um processo cognitivo inferencial, baseando-se nas regras jurídicas, da lógica e da experiência, enquanto seres sociais, e acima de tudo, coerentes e racionais.

Dúvida, para nós, não se resume à ausência de certeza, porque essa, admitimos, pode existir em casos de condenação da prática forense. Dúvida, para nós, corresponde à estabilidade da tese de defesa diante da ausência de um conjunto de elementos probatórios que instituem um nexo de causalidade a respeito de uma tese proposta pela acusação.

Para o controle da discricionariedade judicial e eventual transformação em arbítrio temos a exigibilidade da fundamentação da sentença que fornece subsídios para disposição em farta gama de recurso e ação rescisória.

Sem maiores delongas, o assunto será melhor desenvolvido adiante, quando passaremos a refletir a respeito da proposta da fixação de *standards* probatórios mínimos, ao menos no que tange à verificação das declarações do delator em confronto com outros

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJe 22/04/2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+470%2ENU ME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+470%2EACMS%2E%29&pagina=6&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cu4o2ob>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

elementos de prova como suporte ao recebimento da denúncia, decretação de medidas cautelares pessoais ou reais e a condenação em face do delatado.

2.4. Ônus probatório no Processo Penal.

Afastando-se do sentido estrito, “dever” ou “obrigação”, que culminam em sanção processual, a expressão “ônus”, ao revés, retrata um encargo cujo descumprimento gera consequências desfavoráveis.³²⁴

Trata-se de “um imperativo que a lei estabelece em função do próprio interesse daquele a quem é imposto.”³²⁵ O ônus é a “subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio”, enquanto a obrigação significa a “subordinação de um interesse próprio a outro alheio”³²⁶.

No âmbito da prova e adotada a acepção “atividade probatória”, o ônus probatório caracteriza-se pelo encargo das partes em provarem a veracidade das alegações deduzidas ao longo do processo a partir de todos os meios legais (e moralmente legítimos) admitidos.

Segundo Taruffo,

[...] a função do ônus da prova é permitir ao tribunal resolver o caso quando os fatos principais não forem provados. (...). O princípio do ônus da prova é também um recurso para se resolver a incerteza acerca da prova dos fatos principais: ante a incerteza os fatos são considerados inexistentes.³²⁷

O adimplemento do ônus é deixado livremente à vontade da parte, de modo que o seu não-cumprimento não representada um ato violador da ordem, do direito. Contrariamente, o inadimplemento de uma obrigação diz respeito a fato em contradição à ordem jurídica e consequências.

2.4.1. Distribuição do ônus da prova

³²⁴ “O ônus é a situação passiva na qual o titular deve comportar-se não no interesse de outrem, mas sim, próprio. O ônus é definido [...] como *obbligatio* potestativo, no sentido de que o seu titular pode realizá-lo ou não. [...] representa uma situação instrumental para alcançar um resultado útil para o titular.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 698.

³²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Op.cit., p. 267.

³²⁶ LOPES, João Batista; MORAIS, Paulo Heber de. *A prova penal*. 2ª ed. Copola, 1994. p. 33.

³²⁷ TARUFFO, Michele. *A prova*. Op.cit., p. 143.

Fincadas essas balizas, a dicotomia – ônus objetivo e subjetivo da prova³²⁸ – autoriza adentrar, mais refletidamente, no campo da distribuição do ônus da prova no processo penal, voltada especificamente à instrução probatória como fase primordial na formação do convencimento do juiz para proferir sentença.

Sob o aspecto objetivo, o ônus da prova representa uma regra de julgamento cuja finalidade é orientar o juiz no momento da sentença em caso de ausência ou insuficiência probatória dos fatos do processo, dada a impossibilidade de o juiz se eximir de julgar (vedação ao *non liquet*).

Nas palavras de Tornaghi: “as normas disciplinadoras do ônus da prova servem de roteiro ao juiz para decidir nos casos duvidosos.”³²⁹

Noutro viés, o aspecto subjetivo traduz a atividade probatória propriamente dita, o encargo que recai sobre as partes, estabelecendo uma regra de conduta: a busca de provas comprovantes das argumentações enumeradas no processo.

Sabe-se que o Princípio da Comunhão da Prova (ou da aquisição processual) atenua o encargo probatório das partes (ônus subjetivo). Isso porque, “uma vez no processo, pertence a todos os sujeitos processuais (partes e juiz), não obstante ter sido levada apenas por alguns deles.”³³⁰ As provas pertencem ao interesse da justiça, de modo que, não importa quem produziu e carregou aos autos os meios de prova responsáveis por formarem a convicção do juiz.

O poder instrutório do juiz, legalmente assentado no artigo 156 do Código Processo Penal, também se presta ao referido efeito: mitigar o ônus subjetivo da prova. No entanto, esse aspecto será melhor tratado em tópico específico, quando a gestão da prova pelo juiz for abordada. Por ora, outras reflexões exsurtem e merecem maior atenção.

Nesse ponto, questão de relevante e de inevitável discussão envolve a Presunção de Inocência, da qual se extrai o Princípio *in dubio pro reo*, aquela alçada a Direito Fundamental por disposição no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.³³¹

³²⁸ “esses dois institutos têm o traço comum de viabilizar a adjudicação do caso penal, porém, são conceitualmente distintos e aplicáveis em momentos processuais diferentes: primeiro há valoração judicial das provas e, após, se remanescerem dúvidas quanto à comprovação da hipótese fática apresentada pelo acusador, aplica-se a regra do ônus objetivo da prova.” MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Criminalidade econômico-financeira complexa, presunção de inocência e standard de prova. Op.cit.

³²⁹ TORNAGHI, Helio. *Curso de Processo Penal*. v. 1. Op.cit., p. 312.

³³⁰ RANGEL, Paulo. Op.cit., p. 468.

³³¹ “A presunção de inocência, princípio cardinal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o “standard” anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.”

Necessário identificar até que ponto a presunção de não-culpabilidade do agente e o Princípio *in dubio pro reo* são capazes de nortear a atividade do julgador no caso de dúvida (ônus objetivo) e o nível de contribuição probatória de cada uma das partes no cenário processual (ônus subjetivo), com especial enfoque à atuação da defesa.

A Presunção de Inocência (indissociável do Princípio do Devido Processo Legal - *Due Process of Law*),³³² influencia, sobremaneira, a regra de julgamento no processo penal a partir do imperativo da absolvição na existência de dúvida sobre quem praticou o crime ou sobre a própria conduta criminosa.³³³

La presunción de inocencia opera imponiendo la absolución del acusado tanto en los supuestos de ausencia total de prueba (*vacío probatorio*) como en los supuestos de insuficiencia probatoria o duda razonable.³³⁴

Se por um lado exige-se que o decreto penal condenatório esteja lastreado em prova robusta, atingindo o grau máximo (possível) da certeza, por outro, à defesa bastaria criar um estado de (simples) dúvida³³⁵. Repise-se, a partir dos esforços argumentativos deste trabalho e discorridos no tópico anterior, reputamos não ser qualquer dúvida que imponha a absolvição.

Vicente Greco Filho argumenta que o descumprimento do ônus, por parte do réu, não acarreta necessariamente, a procedência da imputação.³³⁶

Para Frederico Marques:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 676/MT. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJe 06/02/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

³³² “Presunção de Inocência e Devido Processo Legal são, portanto, conceitos interdependentes, que traduzem a concepção de que o reconhecimento da culpabilidade exige, acima de tudo, um processo justo, com paridade de armas entre o poder repressivo estatal e o direito à liberdade.” GOMES FILHO, Antônio Magalhães apud MADURO, Flávio Mirza. Processo Justo: o ônus da prova à luz dos Princípios da Presunção de Inocência e do *In Dubio pro Reo*. In: *Revista eletrônica de direito processual* – Periódico semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, volume V, Rio de Janeiro: 2010. p. 548. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/23103/16456>>. Acesso em: 05 mai 2020.

³³³ “O princípio do *in dubio pro reo* é um dos corolários do princípio da presunção de inocência do arguido. Corolário que já não elucida acerca de quem deve provar o quê no processo penal (como a questão anteriormente tratada – do ônus da prova), mas acerca do modo como o julgador deve valorar a prova feita e decidir com base nela” PATRÍCIO, Rui. *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português*. Lisboa: AAFDUL, 2004. p. 30.

³³⁴ ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La valoración de la prueba a luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004*. Op.cit., p. 13-14.

³³⁵ Em Jordi: “Sea como fuere, lo que es evidente es que nada de eso tiene que ver con una regla de carga de la prueba en ningún sentido, porque del hecho, no sólo se absuelve cuando no hay prueba que valorar, sino cuando dicha prueba se tiene por insatisfactoria para condenar, pese a ser probablemente suficiente. Es decir, la presunción de inocencia juega su papel en situaciones em que sí existe prueba, obligándole al juez a interpretarla em el sentido más favorable a la inocencia”. FENOLL, Jordi Nieva. *La duda en el proceso penal*. Op.cit., p. 69.

³³⁶ Explica-se: “porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio do *in dubio pro reo*, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à improcedência da imputação. Assim, em princípio, à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite uma dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor.” GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 182-183.

Não lhe cumpre, porém, como lembra Robert Vouin, trazer 'uma prova plena e completa em apoio de sua defesa', porquanto a prova insuficiente pode mostrar ser provável a existência da causa excludente e justificar assim a absolvição 'pour la raison que le doute profile a l'inculpé', ao reverso do que se dá com a acusação, que somente pode ser procedente com provas decisivas, 'pour la raison que l'inculpé est presumé innocent'. Idêntico fenômeno ocorre com o ônus da prova no tocante às causas de exclusão da culpabilidade mencionadas no art. 386, n. V, do Cód. de Proc. Penal. (...) De um modo geral, o *onus probandi* é repartido, também no processo penal, segundo a regra de que 'incumbe a cada uma das partes alegar e provar os fatos que são a base da norma que lhes é favorável'. E isto quer se trate de norma jurídico-penal, como de norma processual.³³⁷

Nucci, por sua vez, argumenta que enquanto a inocência é a regra; a culpa, é a exceção. Desse modo, o ônus da prova é integralmente da acusação enquanto presentante do Estado.³³⁸ No entanto, pondera que esse ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, de modo que, da defesa exige-se um grau de prova “razoável”.³³⁹

Para nós o artigo 156 do Código de Processo Penal dispõe taxativamente que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer". Essa passagem é mais do que suficiente para mostrar que existe, em nosso processo penal, um *onus probandi*.

Em razão da presunção de não-culpabilidade e do Princípio *in dubio pro reo*, há quem sustente que o ônus da prova é exclusivo da acusação³⁴⁰, a quem se atribui o dever de provar o fato típico, ilícito e culpável³⁴¹.

Malatesta aponta que, “O vulgar nos homens é a inocência, por isso ela presume-se, e é à acusação que compete a obrigação da prova no juízo penal. Mas é necessário esclarecer esta presunção de inocência, determinando o seu conteúdo.”³⁴²

Estrampes afirma que,

La primera de las consecuencias de la presunción de inocencia como regla probatoria es que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos. No son

³³⁷ MARQUES, José Frederico. Op.cit., v. II. p. 282-283.

³³⁸ “Por isso, caso o réu assuma a autoria do fato típico, mas invoque a ocorrência de excludente de ilicitude ou culpabilidade, permanece o ônus probatório da acusação em demonstrar ao magistrado a fragilidade da excludente e, portanto, a consistência da prática do crime.” NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 264-266.

³³⁹ Ibidem. *Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 514-515.

³⁴⁰ No mesmo sentido: “... incumbe a la acusación la prueba positiva, no sólo de los hechos que constituyan el delito, sino también de la inexistencia de los que le excluyan”. GUARNERI, Jose. *Las Partes en el Proceso Penal*. Tradução de Constancio Bernaldo de Quirós. México: José M. Cajica, 1952. p. 305.

³⁴¹ “Quando se pretende aludir a um suposto ônus do réu de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor, com isto pretendendo-se dizer que causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade deveriam ser alegadas e provadas pelo réu, ignora-se, antes de tudo, que a presunção de inocência implica que o réu não tenha necessidade de construir sua inocência, já construída de antemão pela presunção que o ampara, o que, naturalmente, conduz ao ônus da Acusação de destruir completamente esta posição de inocência, afastando, através das provas que lhe cabe cuidar que sejam produzidas, todas as dúvidas sobre a prática do fato punível.” KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p.21.

³⁴² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. Op. cit., p. 139.

admisibles aquellas presunciones legales o judiciales que operan invirtiendo la carga de la prueba, exigiendo del acusado que pruebe su no culpabilidad.³⁴³

É a linha perfilhada por Luiz Flávio Gomes: “e) E esse ônus de comprovar os fatos e a atribuição culpável (imputação subjetiva) deles ao acusado, por força do art. 156 do CPP, cabe a quem formula a acusação.”³⁴⁴⁻³⁴⁵

Infere-se das lições extraídas de Afrânio Silva Jardim³⁴⁶ que à acusação penal compete alegar o fato típico, antijurídico e culpável, sendo que, à defesa, se atribui a faculdade de apenas negar os fatos, uma vez que, mesmo não havendo impugnação, na perspectiva criminal, não se pode presumi-los verdadeiros.³⁴⁷

Nessa seara, Mittermaier argumenta que o entendimento diverso representa um raciocínio falso e perigoso, reproduzido (equivocadamente) em razão das analogias inerentes ao processo civil:

As analogias do processo civil têm feito considerar as justificações fornecidas pelo indiciado em relação às circunstâncias do fato, que lhe são favoráveis, como verdadeiras exceções, recaindo sobre ele a obrigação de prová-las. Mas este raciocínio é um dos mais falsos e mais perigosos. A mesma confusão que reina frequentemente no direito civil nesta matéria, encontra-se no processo criminal em que se introduziu tal princípio; e assim como se tentou classificar o primeiro sob diversas denominações as exceções que o réu pode produzir, assim também os antigos criminalistas trataram da exceção álbi e da exceção culpa; e não obstante terem caído em desuso estas denominações nos tempos modernos, todavia sempre permaneceu em alguns espíritos a opinião de que em matéria de exceção (no caso por exemplo, da legítima defesa) a prova incumbe ao indiciado. Ora, esta opinião mesmo restrita a um pequeno número de casos é insustentável em matéria de processo criminal; e produz grandes inconvenientes, sendo aplicada principalmente à confissão parcial (qualificada).³⁴⁸⁻³⁴⁹ (tradução livre)

³⁴³ ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La valoración de la prueba a luz del Nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004*. Op.cit., p. 14-15.

³⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.112.

³⁴⁵ “A meu juízo, a Presunção de Inocência transfere toda a carga probatória à acusação” MADURO, Flávio Mirza. *Processo Justo: o ônus da prova à luz dos Princípios da Presunção de Inocência e do In Dubio pro Reo*. Op.cit., p. 550.

³⁴⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 209-216.

³⁴⁷ Na doutrina, nessa linha, pode-se citar BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 433, 435; LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 203; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 49.

³⁴⁸ No original: “Las analogias del procedimiento civil han hecho tambien considerar las justificaciones suministradas por el inculpado, siempre que tuvieran aplicacion á las circunstancias del hecho que le fueran favorables, como otras tantas verdaderas escepciones, cuya prueba debiera ser de su incumbencia; pe ro este raciocinio es de los mas falsos y peligrosos . La confusion que tan a menudo reina en esta materia en el derecho civil, se la encuentra tambien en el procedimiento criminal, siempre que se ha introducido en él un principio se mejante; y asi como se ha tratado de colocar en el primero bajo denominaciones diferentes las escepciones que pueda producir el demandado, asi tambien han hablado los antiguos criminalistas de la exceptio alibi y de la exceptio culpæ; y si bien es cierto que estas denominaciones han caido en desuso en los tiempos modernos, no lo es menos que aun se conserva en algunas là opinion de que en materia de escepcion (si, por ejemplo, se alega el caso de legítima defensa, etc. , etc.) la prueba incumbe al acusado. Pero, aunque limitadà á un corto número de

Interessantes argumentos intermediários adotam aqueles que defendem que à acusação cabe todo ônus probatório, deixando a cargo da defesa uma mera faculdade em provar a tese por ela soerguida. Rechaçamos essa postura. O ônus probatório é repartido, não exclusivo. Desta forma estabelece-se uma efetiva distribuição do ônus da prova entre a acusação e a defesa³⁵⁰⁻³⁵¹.

À acusação compete a prova do fato típico³⁵² e a autoria; enquanto à defesa, incumbe fazer prova quanto às excludentes de ilicitude, da culpabilidade ou alguma causa extintiva da

casos, es insostenible dicha opinion en el procedimiento criminal; y aplicada sobre lode á la confesion parcial (calificada) - ha producido graves inconvenientes.” MITTERMAIER, C.J.A. Op.cit., 1857. p. 137.

³⁴⁹ Nessa mesma dicção: “A nosso ver, a regra geral de repartição do ônus probatório prevista no caput do art. 373 do novo CPC não possui aplicabilidade ao processo penal diante da existência de comando específico, previsto no art. 156 do CPP. Apesar de mal redigida, a regra do processo penal não poderia ceder espalho ao direito adjetivo civil, já que suas premissas não levam em consideração as peculiaridades da pretensão penal, o que significaria reconhecer que o problema normativo da divisão de ônus probatório persistiria. A divisão dinâmica do ônus probatório (art. 373, §1º do novo CPC) poderia ser admitida no processo penal sempre que a defesa demonstrasse uma dificuldade natural na comprovação de determinado fato e o órgão acusatório dispusesse de meios capazes de produzir aquela prova, como autoriza o art. 373, §2º, quando veda a inversão no caso de prova diabólica. [...] O caminho contrário, no entanto, em que o Ministério Público pretendesse inverter o ônus probatório, transferindo sua incumbência ao acusado não seria possível, já que em matéria penal vigora o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal, mesmo diante da recente mitigação operada pelo STF quando do julgamento do HC nº 126.292/SP. No direito norteamericano o chamado “*duty to disclosure*” extraído do julgamento da Suprema Corte no caso *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963) reforça o dever de o Ministério Público fornecer à defesa quaisquer elementos que levam a absolvição do acusado. Por essência, no processo penal, o ônus da imputação criminal deve sempre ser oponível ao órgão acusatório, em virtude das garantias fundamentais que norteiam o processo penal, o que obstaria a proposição de inversão, cuja essência é equilibrar a balança processual quando uma das partes se encontra em posição de vulnerabilidade probatória”. SILVA, Franklyn Roger Alves. Os efeitos do novo Código de Processo Civil no Direito Processual Penal. In: *Direito Processual Contemporâneo – Estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. 1.ed. PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribiero. (Coord.). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018. p. 229.

³⁵⁰ “Chiovenda, depois de reconhecer as dificuldades de formulação de regras rígidas sobre a repartição do ônus da prova, lembra que o problema está ligado ao princípio dispositivo ou de iniciativa de parte, porque, se ao juiz incumbisse a investigação plena da prova, a questão não existiria. Em resumo, Chiovenda resolve o problema pelo interesse que cada parte tem em provar determinado fato, porque deseja que seja considerado pelo juiz como verdadeiro. Os critérios, portanto, seriam de mera oportunidade. Carnelutti objetou que o critério do interesse é equívoco, porque, alegado um fato, ambas as partes têm interesse em direção oposta. O interesse na afirmação de certo fato é unilateral, só de quem serve de base para o pedido, mas o interesse na prova é bilateral: um quer fazer prova e o outro contraprova. A distribuição do ônus da prova, portanto, não pode fundar-se no interesse de provar, mas no interesse em afirmar certo fato: ao autor interessa afirmar os fatos constitutivos de seu direito e, portanto, compete prová-los, e ao réu interessa afirmar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, daí, também, o ônus de a estes provar.” GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 180-181.

³⁵¹ Segundo Câmara Leal: “não é verdadeira a doutrina que atribui ao autor o encargo da prova. Toda alegação consistente em matéria de fato deve ser provada. Assim, pois, quem alega um fato deve produzir a prova do mesmo, seja autor ou réu.” LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. p. 429.

³⁵² Para uma parte da doutrina o dolo é presumido, cabendo à acusação tão somente comprovar a culpa. Nesse sentido, João Batista Lopes: “Algumas dificuldades surgem na aplicação do ônus da prova no processo penal. Como se deve resolver, por exemplo, o problema relativamente ao dolo? Depois de assinalar que ‘o ordinário se presume, o extraordinário se prova’ e que ‘l’ordinario degli uomini é l’innocenza’, Malatesta assevera que o normal é que o homem aja consciente da natureza das próprias ações: há, portanto, uma presunção relativa de dolo decorrente da exterioridade criminoso da ação já provada. [...] O mesmo não se pode dizer, entretanto, a respeito da culpa (culpa *strictu sensu*). Como se sabe, a culpa não se presume, devendo ser cumpridamente

punibilidade as quais alega³⁵³. É a linha adotada pela jurisprudência brasileira.³⁵⁴ É a linha a qual perfilhamos, não solitários.³⁵⁵

Veja-se que, negar o ônus da prova do acusado no processo penal contraria, frontalmente, a lógica do próprio processo penal. Não se discute que o acusado será presumidamente inocente e a dúvida lhe socorre, impondo-se à acusação a prova de suas alegações. No entanto, e aqui reside o cerne da questão, uma vez adimplido o *onus probandi* ministerial, o acusado tem altíssimas chances de restar condenado caso permaneça inerte.

Desta forma, apesar do Princípio da Presunção de Inocência impor ao Ministério Público o ônus de demonstrar a culpa dos acusados, não remove da Defesa o ônus da prova acerca dos aspectos que lhes são favoráveis.

demonstrada, dentro dos elementos de sua configuração, desprezadas as deduções, as ilações ou as conclusões que não se assentem em prova concreta, acima de qualquer dúvida.” LOPES, João Batista. O Ônus da Prova no Processo Penal. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, julho-dezembro de 1978, n.s 11-12. p. 147-153.

³⁵³ “Se aquele que acusa (o Ministério Público quando pede a condenação) provou a culpa do acusado (ou seja, os elementos constitutivos do delito), o ônus da prova pode ser considerado cumprido: nesse momento incumbe ao acusado o ônus da prova contrária. À defesa compete provar a falta de credibilidade das fontes ou a inidoneidade do resultado das provas da acusação ou, então, deve apresentar a prova da existência de fatos incompatíveis com a reconstituição realizada pela parte contrária, ou da existência de fatos favoráveis à defesa (por exemplo, o crime não foi cometido ou o acusado não é o autor) ou, ainda, deve fornecer a prova da existência de uma causa excludente de ilicitude ou punibilidade. Obviamente, o acusado pode apresentar imediatamente as provas da defesa, adotando assim uma estratégia processual que torna inútil a realização de investigações por parte do Ministério Público”. TONINI, Paolo. *Op.cit.*, p. 66/67.

³⁵⁴ “4. A conclusão das instâncias ordinárias está em sintonia com a jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova. Precedentes.” (HC nº 542197/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, DJe 25/11/2019); “... tendo a acusação provado a ocorrência de remessas de valores ao exterior, e tendo a defesa alegado a preexistência desses valores, caberia a ela provar essa alegação, nos termos do art. 156 do CPP... não configura indevida inversão do ônus da prova exigir que a defesa comprove fato impeditivo da pretensão acusatória...” (AgRg nos EDcl no Resp nº 1.465.485/PR, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6º Turma, DJe 18/06/2019); “CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO EXIGIDO POR LEI MUNICIPAL. [...] FATO IMPEDITIVO DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA. [...] 6. Cabe à defesa comprovar a alegação sobre a realização do devido processo seletivo, fato impeditivo da pretensão acusatória, não havendo violação ao art. 156 do CPP.” (REsp nº 1.577.195/PB, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, DJe 10/10/2018); “[...] 1. De acordo com o caput do artigo 156 do Código de Processo Penal, “a prova da alegação incumbirá a quem fizer”. 2. Em virtude do princípio da presunção de inocência, cabe à acusação, via de regra, provar os fatos descritos na denúncia ou queixa, podendo o réu, por sua vez, produzir os elementos de convicção necessários à comprovação de suas alegações. 3. No caso dos autos, não se atribuiu à defesa o encargo de comprovar a qualificadora do rompimento do obstáculo, que estaria evidenciada por vários elementos de convicção coletados, tendo-se apenas salientado que ao réu competia produzir provas que sustentassem a sua versão, motivo pelo qual não há que se falar em nulidade do acórdão em razão da inversão do ônus da prova para a condenação.” (HC 328.021/SC, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, 5ª Turma, DJe 15/09/2015). Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

³⁵⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Ibidem*, p. 182; MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 2. Op. cit. p. 286-289; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 242; TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. Op.cit., p. 309-310; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 267-268.

A essa lógica atribui-se o aspecto tático o qual impregna a contenda penal no seu aspecto probatório, de modo que, cabe às partes uma avaliação sobre o estado da prova para adoção de uma postura reativa: a prova da acusação pode ser tão robusta a ponto de ensejar a condenação caso a defesa não prove o contrário.³⁵⁶

Para Magalhães Noronha³⁵⁷, o acusado tem o ônus de provar as excludentes de antijuridicidade e culpabilidade alegadas; Adalberto Aranha³⁵⁸ afirma que ao autor compete a prova dos fatos constitutivos, enquanto ao réu, a dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos. Eugênio Pacelli³⁵⁹ argumenta que o acusador não precisa trazer provas da inexistência de excludentes.

O Ministro Luiz Fux, em voto substancioso, reconheceu ônus probatório inerente à Defesa:

Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para

³⁵⁶ Ancora-se na doutrina estrangeira de Prakken e Bex, a respeito de *tactical burden of proof* (ônus tático da prova). “Nas lições dos referidos autores, o ônus tático seria propriamente uma avaliação estratégica que as partes devem realizar no curso da instrução processual sobre o estado atual da prova já produzida. Avaliar-se-ia o mosaico probatório e caso se concluísse por um elevado risco de sucumbência, haveria um ônus tático, correspondente à produção de uma nova prova ou mesmo de um novo argumento que encontrasse eco nas provas já produzidas. A depender do cenário dos autos, poderia ser que, por exemplo, a mera alegação de uma causa justificante pela defesa já servisse para fazer emergir a almejada dúvida razoável e, assim, alcançar-se a sentença absolutória. Em outras ocasiões, porém, a mera alegação defensiva poderá não ter o mesmo condão, seja porque a prova da acusação se encontre bastante sólida ou porque a alegação de uma causa excludente dependa de elementos que só o próprio réu tenha acesso. Nesses casos, não vemos alternativa à defesa senão tentar anexar o máximo de elementos possíveis aos autos para semear a dúvida, fugindo do risco de condenação.” MORAIS, Felipe Soares Tavares. O ônus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro. In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 81, set. 2016 – dez. 2016, p. 47-49.

³⁵⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 89.

³⁵⁸ “O ônus de provar é carregado a quem fez a alegação, importando numa segunda indagação: o que as partes devem alegar? O que compete à acusação e o que cabe à defesa: Sem o receio de errar podemos afirmar que tanto a doutrina como a jurisprudência, interpretando o referido no art. 156, fraternalmente seguiram a doutrina de Carnelutti, baseada no interesse da própria afirmação. É o ensinamento do autor citado: 'Cabe provar a quem tem interesse de afirmar; portanto, a quem interessa uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas'. E acrescenta uma viabilidade prática surgida da experiência: 'Quase sempre, aquele a favor de quem um fato constitui a base de uma pretensão, ou de uma exceção, procura dispor dos meios necessários para demonstrá-lo'. Robustecendo nossa afirmativa trazemos à colação Hélio Tornaghi: 'Portanto, o sentido do art. 156 deve ser esse: ressalvadas as presunções que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu.’” ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 10.

³⁵⁹ “Afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria. (...) Cabe, assim, à acusação, diante do princípio da inocência, a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e de sua autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade. Por isso, é perfeitamente aceitável a disposição do art. 156 do CPP, segundo a qual ‘a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.’” OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2006. p. 290-291.

levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja “irrazoável”, inacreditável ou inverossímil. Nesse contexto, a defesa deve trazer argumentos devidamente provados que infirmem as ilações articuladas pela acusação. A simples negativa genérica é incapaz de desconstruir o itinerário lógico que leva *prima facie* à condenação.³⁶⁰

Quando argumentamos a respeito da posição por nós defendida, não se propõe a descaracterização da concepção analítica do crime quanto aos seus aspectos fato típico, antijurídico e culpável. Asseveramos, no entanto, que a mera alegação da defesa não tem o condão de promover dúvida no julgador para se beneficiar, lhe sendo também inerente o ônus de demonstrar, cabalmente, a existência de discriminantes e exculpantes.

2.4.2. Inversão do ônus da prova

A distribuição diversa do ônus da prova no sistema legal brasileiro é regra de julgamento³⁶¹ excepcional,³⁶² da qual se socorre o juiz no caso de dúvida para exarar uma decisão.

Instrumento expressamente disposto em lei, tem a função de promover um equilíbrio entre as partes envolvidas e minimizar eventuais desigualdades (hipossuficiência) que, uma vez existentes no campo sócio-econômico-tecnológico, refletem também no campo probatório do processo.

Assumindo qualquer das correntes doutrinárias apresentadas acerca do ônus subjetivo da prova, seja ele exclusivamente da acusação, seja compartilhado com a defesa, a inversão – processual penal - do ônus da prova, equivaleria, em tese, atribuir à defesa a desconstituição do lastro mínimo de prova (verossimilhança) ofertado pela acusação e suportar as consequências dessa atribuição.

³⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJe 22/04/2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+470%2ENU ME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+470%2EACMS%2E%29&pagina=6&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cu4o2ob>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

³⁶¹ Não adentraremos neste tópico a respeito da doutrina que considera ser inversão do ônus da prova exigir que o acusado comprove a licitude da origem dos bens, direitos ou valores apreendidos ou sequestrados para liberação, nos termos da Lei 9.613/98, artigo 4º, §2º. Por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini. *A legislação brasileira em face do crime organizado*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, RT, São Paulo, out./dez., 1997. p. 20-64. Contrariamente, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. Op. cit., p.370.

³⁶² Vide artigo 2º-A da Lei 8.560/92; artigos 6º, inciso VIII, 12, §3º, 14, §3º e 38, *caput* do Código de Defesa do Consumidor; artigo 1.597, inciso II do Código Civil; artigo 373, §§1º a 4º do Código de Processo Civil e Enunciado da Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça.

A aplicação dessa regra no processo penal dissolveria, por completo, a razão precípua e original da inversão do ônus da prova: promover a paridade de forças entre os sujeitos da relação processual em situação de profunda desigualdade. Na relação processual penal, a parte em verdadeira situação desfavorável é o acusado (e a defesa técnica), já que o Estado, como detentor do *ius puniendi*, detém toda a máquina estatal a sua disposição.³⁶³

Ademais, a regra de julgamento que norteia o ônus da prova no processo penal é traduzida pelo Princípio *in dubio pro reo*, extraído do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

Winfried Hassemer alega que o Princípio do *in dubio pro reo* é incompatível com a criminalidade moderna,³⁶⁴ isso porque, tal qual concebida hoje, organizada e hierarquizada, dotada de capacidade econômica, difere frontalmente da estrutura clássica e desafia algumas regras garantistas do Direito Penal Clássico.

De fato, o crime praticado pelas organizações criminosas modernas supera fronteiras e alcança níveis transnacionais; não se restringe a vítimas individuais, mas a nível difuso; e muito embora seja capaz de promover manobras criminosas resultando em danos assombrosos, a complexidade da estrutura dificulta consideravelmente a perceptibilidade do dano.

A despeito das evidências do aludido autor, partilhamos do viés o qual, como percorrido neste trabalho³⁶⁵, a criminalidade moderna admite uma atenuação da garantia da Presunção de Inocência e a máxima dele extraída do *in dubio pro reo*, assim como alteração no modelo atual de valoração de provas, principalmente indiciárias, não mais que isso. Qualquer tentativa de ultrapassar esse viés, dogma do Direito Penal - consagrada no art. 9º pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 - não resta autorizado e

³⁶³ [...] tem-se tornado relativamente comum, em decisões judiciais de vários graus de jurisdição, a admissão da inversão do ônus da prova, transferindo a tarefa de evidenciar a sua inocência ao réu. Não são poucos os julgados a defender que, por exemplo, se alguém é encontrado dirigindo um veículo roubado, cabe-lhe o ônus de provar que não o subtraiu, nem tampouco é o receptor. Do mesmo modo, tornou-se habitual exigir-se do acusado o ônus de demonstrar que, surpreendido com droga ilícita, por menor quantidade que seja, deve ele demonstrar não ser traficante, mas usuário. (...) Parece-se nos desnecessária essa afirmação, que tem sido claramente exposta nos autos, de que o ônus da prova é do réu, pois o órgão acusatório, com um mínimo de esforço, tem condições de demonstrar quem é a pessoa a dirigir o veículo roubado ou quem é o sujeito a portar determinada quantidade de drogas. Se o Estado não conseguir produzir esse tipo de prova, está-se apontando a falência dos órgãos investigatórios e acusatórios estatais. Em suma, se essa tendência se firmar na jurisprudência pátria, cai por terra o princípio da presunção de inocência. Ocorre que se trata de um direito/garantia humana fundamental, expressamente previsto na Constituição Federal. NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. Op.cit., p. 516.

³⁶⁴ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 8. p. 41-51, out./dez. 1994.

³⁶⁵ Mais precisamente no item "Os padrões brasileiros".

impossibilita o juiz, por ocasião de uma decisão final de mérito, da adoção de uma postura *in dubio pro societate* no julgamento.

Como bem destacado em voto do Ministro Luiz Fux:

Essas sutilezas que marcam a identidade dos crimes do “colarinho branco” constituem razões que devem informar a lógica probatória inerente à sua persecução. [...] Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua função persuasiva, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. O que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.³⁶⁶

2.4.3. A gestão da prova pelo juiz

Parte da doutrina, principalmente autores italianos como Florian e Manzini³⁶⁷⁻³⁶⁸, não atribuíam grande relevância à questão do *onus probandi* diante dos poderes instrutórios inerentes ao juiz.

Antônio Silva Jardim assevera que:

Preliminarmente, deve-se notar que, para aqueles autores, o conceito de ônus processual foi tomado numa perspectiva subjetiva, ou seja, a faculdade de as partes provarem os fatos de seu interesse. Realmente, se o Juiz deve buscar a verdade, nada obstante a inércia das partes, estas podem se sentir um pouco desestimuladas no campo probatório, limitando-se a fornecer a fonte da prova ao magistrado e aguardando a atuação instrutória oficial.³⁶⁹

No entanto, acertadamente, a atividade probatória exercida pelas partes é salutar e de inafastável importância por duas simples evidências.

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJe 22/04/2013. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+470%2ENU ME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+470%2EACMS%2E%29&pagina=6&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cu4o2ob>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

³⁶⁷ FLORIAN, Eugênio. *De las pruebas penales*. 2. ed. 1. v. Tradução de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1976, pp. 142-145; MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*. v. 3. 6. ed. Torino: Unione tipografico-editrice torinese. pp. 234-238.

³⁶⁸ “En nuestro derecho positivo actúan ambos, pero prevalecen notablemente las facultades conferidas al juez en materia de prueba. Es lo contrario de lo que ocurre en el proceso civil, donde por regla general corresponde a las partes fijar los hechos relevantes para la causa y proponer los medios de prueba pertinentes. En el proceso penal las partes tienen una función subordinada. Más amplia es la del juez, en razón a que lo más importante en él es el descubrimiento de la verdad objetiva, para el cual es indispensable la labor del juez. La manifestación más importante de estos poderes autónomos de actividad probatoria que corresponde al juez la encontramos en el debate, donde sin necesidad de petición de las partes, éste tiene facultades de prueba supletoria (arts. 455 y 457). Estos poderes instructorios del juez por cima de la actividad de las partes, son expresión del amplio y especial carácter público que se imprime al juicio penal.” FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho procesal penal*. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1933. p. 318-319.

³⁶⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Op. cit., p. 210.

A primeira, mais simples: dificilmente, em matéria penal, há assunção do risco por quaisquer das partes na formação de um juízo de mérito imperfeito gerado pela insuficiência do contexto probatório.³⁷⁰

A segunda, mais complexa: sendo defesa a autotutela, o Estado chamou para si o poder e dever de pacificar o litígio e solucionar as controvérsias, aplicando o direito ao caso concreto (jurisdição). Sendo a jurisdição ordinária ínsita ao Poder Judiciário, referendada pelo texto constitucional no artigo 5º, inciso XXXV, somente o juiz investido possui legitimidade para proclamar o direito. Assim sendo, uma vez que o acesso à justiça consiste em um Direito Fundamental, não pode o juiz se eximir de julgar (vedação ao *non liquet*) mesmo que jungido de dúvidas.

Pondera Afrânio Silva Jardim:

Entretanto, deve ser notado também que a possibilidade de o Juiz atuar no campo probatório não elimina o estímulo da parte em demonstrar a veracidade dos fatos que lhe interessam, mas, quando muito, pode mitigá-lo, esmorecê-lo. A realidade prática demonstra a ânsia com que as partes se lançam em busca de suas provas, mesmo porque elas sabem que o Juiz, por razões diversas, nem sempre tem condições materiais de investigar o ponto duvidoso. Em matéria tão relevante, ninguém assume risco desta envergadura, sujeitando-se a um resultado adverso no processo penal. Mas a questão central ainda não é bem essa. A utilidade prática das regras sobre o ônus da prova está em fornecer ao Juiz critérios legais para que possa decidir mesmo diante de fatos incertos. Malgrado todo o empenho das partes e do juiz em buscar determinada prova, constantemente ocorre que persiste dúvida sobre ponto relevante para o julgamento da pretensão punitiva. Aqui é que está o cerne da questão, pois o magistrado não pode escusar-se de julgar e, em nosso direito, não existe o instituto da suspensão no processo penal por insuficiência de provas. É lógico que a possibilidade de o Juiz, de ofício, perquirir sobre a verdade reduz consideravelmente o campo de incertezas no processo penal, mas a realidade mostra que elas sempre existirão. Por outro lado, não existindo aquelas presunções de veracidade de fatos não provados, próprias do Código de Processo Civil, exige-se que fique cabalmente demonstrado no processo penal pois todos os fatos relevantes são objeto de prova, mesmo os não impugnados pela parte contrária, salvo aquelas poucas exceções anteriormente apontadas.³⁷¹

Nesse viés, perfilha José Carlos Barbosa Moreira:

Obviamente, se não é de uma única procedência que se esperam subsídios, aumenta a probabilidade de um esclarecimento cabal dos fatos relevantes, e na mesma proporção diminuirá a necessidade de recorrer às normas de distribuição do *onus probandi*. Jamais se poderá, entretanto, afastar por completo a possibilidade de frustrar-se a investigação. Para estes casos residuais, não haverá outro meio senão utilizar aquele expediente. Como disse Sturmer, a repartição do risco da prova é solução necessária para o caso de impossibilidade de esclarecimento, apesar de todos os esforços. Daí reconhecerem muitos, com razão, que a relevância das regras sobre o ônus da prova, consideradas como regras de julgamento, não é incompatível com a adoção do chamado ‘princípio inquisitório’.³⁷²

³⁷⁰ Ressalta Devis Echandia que “1) No se trata de fijar quién deve llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falta.” ECHANDIA, Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Op.cit., p. 484.

³⁷¹ Ibidem, p.210-211.

³⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: *Temas de Direito Processual*. 2ª série. Saraiva: São Paulo, 1980. p. 79.

O poder instrutório do juiz encontra-se positivado no artigo 156 do Código de Processo Penal, e como posto e dito, embora seja possível afirmar a capacidade de mitigar o ônus subjetivo da prova, uma vez que o juiz se coloca como sujeito ativo na produção da prova para proferir decisão de mérito, não encerra a existência desse encargo, na medida em que as partes têm consciência de que, caso não produzam provas suficientes, arcarão com as consequências de sua inatividade diante do dever do juiz de julgar. Em linhas gerais, o juiz pode ser levado a condenar quando devia absolver ou absolver quando deveria condenar.

Como já nos posicionamos nesse sentido, a prova apresentada pela acusação pode se apresentar robusta e suficiente para proferir um juízo condenatório, não suscitando dúvidas ao juiz, embora a defesa tenha alegado, mas não provado, alguma discriminante ou dirimente desconhecida pela acusação. Por outro lado, a acusação pode não se desincumbir do seu ônus de provar o fato constitutivo, ou, mesmo se provado, a alegação defensiva suscite dúvida insuperável, culminando em decreto absolutório.

Algumas das discussões mais relevantes no que tange à atuação positiva do juiz na gestão da prova refere-se: a) admissibilidade da iniciativa probatória do juiz – fase investigativa e processual; b) transformação do sistema processual acusatório em inquisitório.

Aderimos à doutrina³⁷³⁻³⁷⁴ para a qual a atuação positiva do juiz ordenando, de ofício, a produção antecipada de prova na fase investigativa, portanto, pré-processual, é incompatível

³⁷³ “Ora, como se sabe, investigar e instruir são fenômenos diversos. Primeiro concentra as energias para a construção de uma acusação de modo que o sujeito que a conduz dificilmente deixará de ficar a ela vinculado. Diferente é o fenômeno da instrução. Aqui examina-se a veracidade, ou não, de uma imputação que foi apresentada por um sujeito invariavelmente diverso do julgador. Todos participam desse experimento. Uns de forma prevalente-as-partes-, outros apenas em caráter suplementar - juiz ou jurados -, desde que informados pela necessidade de melhor aclarar os fatos.” ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 2.

³⁷⁴ Contrariamente e negando qualquer atividade probatória do juiz: “Pensar que o juiz precise descer à arena das investigações, como se fosse um policial a procura de pistas e vestígios, seria tentar a ressurreição das devassas, do procedimento inquisitivo e criar o risco e perigo de decisões parciais e apaixonadas, com grande prejuízo, sobretudo, para o direito de defesa.” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Op. cit., v. 2. p. 279). “Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão” (PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 19). “O juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valorar essa prova. A figura do *juiz espectador* em oposição à figura inquisitória do *juiz ator* é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório”. (LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal*. Op.cit., p. 90). “A busca da verdade por parte do juiz compromete a estrutura de correção do caráter alucinatório da evidência em torno da qual deve se fundar um processo penal acusatório de inspiração constitucional. Quando o

com o Estado Democrático de Direito e as garantias do Devido Processo Legal³⁷⁵, dentre tantas, a imparcialidade.

Por todos, Ada Pellegrini Grinover:

Não se confunda o que se disse quanto aos poderes do juiz no processo e à sua iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a investigação prévia. Esta não pode ser confiada ao juiz, sob pena de retornar ao juiz-inquisidor do modelo antigo. Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares.³⁷⁶

Veja-se que o Supremo Tribunal Federal já foi instado algumas vezes a afastar a figura do juiz “investigador e inquisidor”, a exemplo, HC 82.507/SE³⁷⁷ e ADI nº 1.570/DF³⁷⁸.

juiz atua como sujeito do conhecimento que parte em busca da verdade – como se pilotasse o laboratório da história –, são maximizadas as possibilidades de danos pois aumentam as possibilidades de que evidências assumam indevidamente a função de lugar-tenência dos rastros. [...] Decididamente a verdade correspondente não pode ser atingida – seja ela na forma absoluta ou relativa –, mas infelizmente a não-verdade – uma condenação equivocada – certamente deve ocorrer com mais frequência do que se imagina quando o horizonte instrutório é dominado pela lógica inquisitória que remonta a Eymerich. [...] sinalizamos com a necessidade de mecanismos de constrangimento do caráter alucinatório e indicamos a busca da verdade pelo magistrado é incompatível com essa intenção, uma vez que vulnera o contraditório e rompe com a exclusividade de gestão da prova pelas partes.” (KHALED JÚNIOR, Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosófica da consciência. cap. 11. In: *Verdade e prova no Processo Penal* – Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 296-297).

³⁷⁵ Veja-se que “a participação mais ativa do juiz na colheita de provas pode - e deve - ser preservada num modelo processual acusatório, desde que limitada e orientada pelas garantias do devido processo legal.” GOMES FILHO, Antônio Magalhães *apud* GERACI, Denise de Mattos Martinez; TOVIL, Joel. *Poderes instrutórios do juiz*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 26, jun/jul, 2004. p. 35.

³⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, n. 27, julho-setembro, 1999. p. 75

³⁷⁷ “I. STF: competência originária: habeas corpus contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante susceptível de agravo. II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial. 1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. 2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste “autoridade investigadora”, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações. III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.507/SE, Min. Sepúlveda Pertence, julgamento 10/12/2002, DJ 19/12/2002. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82507%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82507%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=htt p://tinyurl.com/13hfna7>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

³⁷⁸ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo

Inexoravelmente, qualquer interpretação a respeito dessa atuação positiva, que admita ao juiz, ao se deparar com evento aparentemente criminoso, se antecipar à autoridade policial ou Ministério Público, ora inertes, para determinar, de ofício, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, se apresenta intolerável. Trata-se de verdadeira assunção da atividade investigativa da autoridade policial e da acusação, caracterizada afronta às disposições do texto constitucional, a teor do artigo 144, §4º e artigo 129, incisos I e VIII, todos da Constituição Federal.

A Lei 13.964/2019, rotulada “Pacote Anticrime” (reservadas eventuais críticas), embora não tenha reformulado as disposições do artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal, sob uma interpretação lógico-sistemática, encerrou a discussão a respeito da (im)possibilidade da atividade probatória pelo juiz na fase investigativa ao pontuar no artigo 3º-A do Código de Processo Penal que “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Atuação completamente diferente e, portanto, legitimada no ordenamento pátrio, é a do juiz que, na fase investigativa, uma vez instado, autoriza a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes. Conduta diametralmente oposta àquela entabulada no inciso I, do artigo 156 do Código de Processo Penal e que não refoge às atribuições do juiz enquanto sujeito responsável na condução oficial do processo.

Por seu turno, revelam-se meras elucubrações assertivas no sentido de que a determinação pelo juiz, no curso da instrução, da realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, à luz do artigo 156, inciso II do Código de Processo Penal, seja capaz de tornar o sistema processual penal brasileiro inquisitório. A bem da verdade um dos equívocos da doutrina nacional brasileira tem sido confundir o sistema processual acusatório com a correspondente busca complementar da prova pelo juiz durante a instrução processual.

magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.570/DF, Min. Maurício Corrêa, julgamento 12/02/2004, DJ 22/10/2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28JUIZ+E+INQUISIDOR%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc86ryfr>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

A classificação entre sistema processual acusatório e inquisitivo em nada se confundem com os modelos *adversarial system* e *inquisitorial system* referentes aos poderes instrutórios do juiz durante o processo.³⁷⁹

O sistema processual brasileiro inequivocamente é acusatório - separação entre as funções de acusar, defender e julgar conferidas a autoridades distintas na relação processual - com poderes instrutórios do juiz mais aproximado do *inquisitorial system*.

O direito à prova das partes é “um dos mais significativos elementos de transformação de um regime processual autoritário para um regime processual democrático”³⁸⁰ e por essa razão, a atividade probatória do juiz, uma vez admitida, deve ter expressão secundária, subsidiária, supletiva à atividade probatória das partes.

Inúmeros são os benefícios promovidos pelo sistema processual ao dotar o juiz de poderes instrutórios, dentre eles e mais acertadamente, é a diminuição dos riscos de julgamentos equivocados³⁸¹. Nessa linha e como fartamente desenvolvido até aqui, o juiz com iniciativa probatória é capaz de promover esclarecimentos relevantes à reconstrução história dos fatos para se aproximar, em maior escala possível, ao conhecimento da verdade enquanto realidade³⁸². Assim agindo, irrefutavelmente, privilegia a verdade³⁸³, elemento imprescindível à justiça da decisão.³⁸⁴

³⁷⁹ “[...] nos preocupamos, em diversos escritos, em salientar aquilo que distingue, sinteticamente, o modelo acusatório do inquisitório. No primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto no segundo as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. [...] Denomina-se “adversarial system” o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No “inquisitorial system”, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Op.cit., p. 71.

³⁸⁰ GALATI, A.; SIRACUSANO, D.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto Processuale penale*. v. 1. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. p. 348.

³⁸¹ “Apesar de ser o condutor *mor* do processo, o juiz deve estar sempre atento para não tomar inteiramente das partes os atos que lhes caibam, todavia, o mesmo empenho é necessário para não permitir que alguma omissão das partes, liminação de seus representantes e mesmo imperfeição do procedimento desvirtuem o processo de seu objetivo principal: *resolver o conflito com Justiça*.” MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo). In: *O Novo Processo Civil Brasileiro* (direito em expectativa): (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil. Andrea Carla Barbosa et al. Luiz Fux (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 180.

³⁸² Para Helio Tornaghi “se o juiz sabe da existência de provas que não estão no bojo do processo, deve trazê-las, juntando documentos, determinando diligências, etc.” TORNAGHI, Helio. *Curso de Processo Penal*. v. 1. Op. cit., p. 280.

³⁸³ “A evolução dialética do processo romano individualista para o sistema acusatório público se deveu, no processo penal, à noção de que ao Estado também interessa conhecer a verdade dos fatos, para bem poder prestar a sua jurisdição, função pública por natureza. Tal interesse se faz alcançar também através da atividade probatória das partes, mas está acima do estímulo destas, devendo ser perquirido pelo Juiz até mesmo diante da inércia ou contra a vontade dos demais sujeitos processuais”. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Op. cit., p. 206.

³⁸⁴ Luciana Campanelli reforça essa ideia: “Os poderes instrutórios oficiais utilizados para a apuração da verdade dos fatos e a compreensão do ocorrido não são excludentes e nem concorrentes da atividade probatória das partes, pois o ônus probante é incumbência delas. Tampouco são complementares, na medida em que o julgador não colabora com os litigantes, mas busca autonomamente a verdade processual para a solução da demanda,

Conforme Michele Taruffo argumenta:

[...] a passividade do juiz terminaria por desenvolver um papel contraepistêmico, na medida em que o juiz passivo deixa que o processo seja dominado por sujeitos que na maior parte dos casos são indiferentes – se não hostis – em relação à descoberta da verdade. Por conseguinte, a atribuição ao juiz de poderes instrutórios adequados, bem como seu efetivo exercício, aparecem como atributos relevantes do justo processo, já que são instrumentos necessários – não obstante acessórios – para a busca da verdade.³⁸⁵

O ordenamento jurídico moderno não mais se satisfaz com a figura do juiz neutro, desinteressado, mero repetidor de palavras. O “juiz boca de lei”, personagem criado pelo filósofo francês Montesquieu em sua obra “O Estado de Direito”, rendeu espaço ao juiz hermeneuta da contemporaneidade.

A neutralidade não se confunde com a imparcialidade que se exige do juiz.³⁸⁶

[...] para ser imparcial não se espera que o juiz seja passivo e neutro no âmbito do processo: ser imparcial não significa não se posicionar (ou seja, permanecer neutro). Ao contrário: <<a imparcialidade refere-se a uma posição ativa no juízo>> e <<dá estrutura ao juízo>>, pressupondo, portanto, um papel ativo daquele que – inclusive – deve ser imparcial. É, por conseguinte, possível configurar-se uma postura ativa do juiz, que se traduza em uma busca objetiva e imparcial da verdade dos fatos.³⁸⁷

Como reconhecido por Marcos Zilli:

Não há mais espaço para qualquer alegação de que, assim atuando, estaria o julgador entrelaçando as mãos com o órgão acusador. Na verdade e, como consequência natural da imparcialidade, quando o juiz assim age, por óbvio, desconhece o possível resultado que possa advir. Aliás, a nova prova obtida poderá revelar tanto a absoluta impertinência da acusação com a demonstração, por exemplo, de não ter o réu sido o autor da infração penal, como indicar a sua responsabilidade penal, podendo, ainda, transmutar a hesitação em um verdadeiro estado de dúvida.³⁸⁸

Em Barbosa Moreira essas reflexões se avigoram:

[...] a tendência moderna mundial é aumentar os poderes instrutórios do juiz, para que ele conheça a realidade dos fatos e decida com Justiça. A lógica de sua conclusão, afasta toda controvérsia a respeito da questão dos poderes *ex officio* do juiz versus direitos indisponíveis. Fundamenta: se é possível o autor dispor de seu direito optando ou não pela iniciativa da demanda (Princípio da Demanda), porquê não poderia escolher os meios de provas utilizados. Também a inconfundibilidade do preceito máximo do Processo Civil da relação jurídica material com a relação jurídica processual, o que acarreta consequências jurídicas diversas, nessa

verdade esta obtida pelo entendimento global da situação objeto do conflito, e não parcial, como ocorre com os litigantes.” CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. São Paulo: Juarez De Oliveira, 2006. p. 91-91.

³⁸⁵ TARUFFO, Michele. *Notas sobre a verdade no processo*. Op.cit., p. 145.

³⁸⁶ “Se tivermos que tachar de imparcial o Juiz que ordena a realização de uma prova somente porque seu resultado seja capaz de beneficiar um dos litigantes, logicamente sua eventual abstenção mereceria a mesma crítica, já que a falta da prova causaria benefício para o outro litigante. Dilema insolúvel para o pobre juiz, preso à desconfortável alternativa de ser, em qualquer hipótese, parcial a favor de um ou parcial a favor de outro.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre Alguns Aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos*. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 94, n. 344. p. 95-110, out./dez., 1998.

³⁸⁷ TARUFFO, Michele. *Ibidem* p. 146.

³⁸⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Op.cit., p. 151.

hipótese. Outro aspecto é a distinção entre a faculdade da iniciativa das partes – do poder – dever do juiz no momento da averiguação das provas e decisão. Quanto a imparcialidade do juiz, ressalta o equívoco das expressões parcialidade e neutralidade. O juiz não pode prever um fato ou criar uma conclusão sobre os fatos, tem que buscar pela verdade ou sob o fundamento da parcialidade, ignorar o ideal de Justiça. Como segurança à parcialidade do juiz, sugere, a atividade probatória sob o crivo do Princípio do Contraditório e do Princípio das Motivações Judiciais. O juiz não verifica a distribuição do ônus da prova, somente no momento da prolação da sentença. Não importa quem trouxe a prova ao conhecimento do juiz, ela pertence ao processo, denomina a comunhão de prova. O que vale, é o juiz decidir com certeza e o justo.³⁸⁹

Ada Pellegrini Grinover discorre que:

Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social. (...) A visão do estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas. O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito. A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte.³⁹⁰

Não obstante, reflete a autora:

[...] a atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada. Existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.” ou seja, “exclusão das provas ilícitas e ilegítimas.”³⁹¹

Chama-nos atenção interessante abordagem feita por Guilherme de Souza Nucci a qual fomenta uma percepção distintiva entre o juiz parcial de hoje e o juiz parcial de ontem. O juiz-inquisidor do passado, em regra, deixa claramente evidenciado seu ímpeto diante das posturas que adota. Por seu turno, o juiz-inquisidor do presente tem ânimo de aparência sutil e singela.

Hodiernamente, cenários político-econômicos tão ricos em escândalos, a imensurável rede de informações diárias e os fartos canais de divulgação avultam-se ferramentas hábeis no estímulo de um envolvimento pessoal do juiz e a chamada “busca excessiva por concentração de poder de julgar” e endossando inevitável “comparação com um juiz parcial de hoje e um parcial de ontem”³⁹²⁻³⁹³.

³⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a prova*. In: Revista de Processo, São Paulo, ano 9, n. 35. p. 181. jul./set.1984.

³⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Op.cit., p. 73 e 74.

³⁹¹ Ibidem, p. 20.

³⁹² “É preciso muito esforço do judiciário para agir com imparcialidade e não se deixar envolver pela *pretensa opinião pública*, julgando cada caso – dos desconhecidos da mídia aos mais divulgados – com absoluta isenção.

Trata-se de contexto propício ao resgate da verdade como consenso, ou seja, aquilo que se crê verdadeiro, apesar de se distanciar de qualquer comprovação processual, simplesmente por atender aos reclamos da sociedade e da mídia.³⁹⁴

O balizamento proposto pela saudosa Ada Pellegrini Grinover, acima transcrito, se manifesta ainda coevo e imprescindível ao restabelecimento pleno da imparcialidade do juiz, e encontra na doutrina pátria contemporânea reforço, a partir do que se convencionou *thema probandum*³⁹⁵, circunscrição limítrofe a que deve a atuação probatória do juiz ficar adstrita.

2.5.Limites à atividade probatória.

O método probatório judiciário, cuja função garantidora dos direitos das partes e da legitimação da jurisdição, implica limitações ao objeto de prova e aos meios de obtenção, assim como estabelece procedimentos adequados à colheita do material probatório.³⁹⁶

Reforça-se em Binder:

Quando se percebe um juiz personalista, que chama a si *tudo* ou *quase tudo* relacionado com o crime principal, pode realizar, nessa busca excessiva por concentração de poder de julgar, um trabalho pior do que a atividade do inquisidor da Idade Média, pois este, em várias épocas, defendia o mais fraco do mais forte. E não julgava inúmeros casos por conexão: cada caso era um caso. Longe de defender o inquisidor, que muitos excessos cometeu, mas o papel, nestas linhas, é promover uma comparação com um juiz parcial de hoje e um parcial de ontem.” NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. Op.cit., 2016. p. 515.

³⁹³ “O horizonte, pois, da perspectiva analítica com a qual trabalho identifica no equilíbrio de poderes e faculdades entre as partes no processo penal o fundamento do que para mim é um sistema acusatório ideal, enquanto percebe na acumulação quântica deste poder por uma das partes ou pelo juiz os sinais do modelo inquisitivo. Há neste aspecto relação direta e inequívoco vínculo entre o sistema acusatório e o estado de direito.” PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Investigação pelo Ministério Público*. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALRINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. *Polícia e investigação no Brasil*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016b. 0. 327. Essas reflexões desenvolvem o conceito de “aglomeração quântica de poder” traçado por SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 30, a qual evidencia uma simbiose entre as figuras processuais de quem investiga, julga e acusa e nos permite indagar se tal ocorrência na persecução criminal não tem também o condão de deturpar e macular a credibilidade do ativismo judicial e da judicialização.

³⁹⁴ “Essa verdade é obtida rapidamente, na velocidade do interesse pela notícia nos meios de comunicação e sem a dialética processual, que exercer uma importantíssima função epistemológica. Logo, após um acontecimento de interesse público, a verdade é pronta e imediatamente anunciada, pois deve atender à urgência da notícia, e torna-se consenso, antes de qualquer instrução processual em contraditório.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op.cit. p. 90.

³⁹⁵ “Em suma, é possível que a atividade probatória esteja concentrada nas partes, verdadeiros titulares do direito à prova, mas que o juiz tenha poderes instrutórios subsidiários, sem comprometer sua imparcialidade, nas seguintes condições: a primeira, o juiz pode determinar a produção de meios de prova no curso do processo, mas não tem poderes investigatórios para buscar fontes de prova antes de ser formulada a acusação; a segunda, o juiz, no curso do processo, que já está com seu objeto delimitado, deve se limitar a determinar a produção do meio de prova correspondente a uma fonte de prova relevante já existente no processo. [...] O respeito ao perímetro traçado pelos fatos alegados pelas partes é um limite aos poderes instrutórios do juiz, que atua previamente à determinação judicial de produção de um meio de prova de ofício. Há, também, um importante fator de controle dos poderes instrutórios do juiz, embora atuante *ex post*: o contraditório. [...] o contraditório e a dialética das partes são fundamentais para o processo e, portanto, ao exercício da jurisdição penal.” *Ibidem*, p. 32-33 e 35-36.

³⁹⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. Op.cit., p. 92.

[...] muchas veces se afirma equivocadamente, que el principio general que regula la adquisición de información es el de la libertad y amplitud de la prueba. No digo que este principio no exista, sino que no es el principio básico; al contrario, en el marco de un Estado de Derecho se puede decir que el principio es el inverso: existen limitaciones básicas y esenciales a la adquisición de información que surgen de las limitaciones constitucionales y de muchas garantías procesales, que conforman un núcleo muy importante del concepto mismo de la dignidad de las personas y sus derechos fundamentales. Hasta se puede decir que las normas y las prácticas que regulan la actividad de adquisición de información se convierten en el fiel de la balanza para juzgar el grado de adecuación de ese proceso penal a los principios de un Estado protector de la igualdad, dignidad y libertad de las personas.³⁹⁷

Nessa linha de entendimento Ada Pellegrini Grinover aduz que:

Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que exerce a atuação do juiz e das partes. Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um *valor* de verdade. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia.³⁹⁸

Não adentraremos no campo da exclusão/indeferimento pelo juiz das provas manifestamente irrelevantes, impertinentes e protelatórias, tal qual lançadas no artigo 400, §1º do Código de Processo Penal por entendermos que essa regra, apesar de limitar a atividade probatória, não diz respeito à atividade probatória corrompida, a qual passaremos discorrer a seguir.³⁹⁹

2.5.1. Prova ilícita e ilegítima

A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes⁴⁰⁰, é sob esse contexto que inauguramos esse tópico.

³⁹⁷ BINDER, Alberto M. El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva-destructiva de la prueba penal". In: *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993. p. 25-26.

³⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. São Paulo: Forense Universitária, 1996. p. 56.

³⁹⁹ "Fatos que não pertençam ao litígio e que relação alguma apresentem com o objeto da acusação, consideram-se fatos sem pertinência, e que, portanto, devem ser excluídos do âmbito da prova *in concreto*. Inadmissíveis também são, como objeto de prova, os fatos que não influírem sobre a decisão da causa, embora a elas se refiram." MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Op. cit., p. 269.

⁴⁰⁰ "A exclusão de uma prova ilícita, com potencial cognitivo, cria uma grande dificuldade ao atingimento do objetivo de uma correta reconstrução histórica dos fatos. Não se está, contudo, inviabilizando tal escopo, na medida em que outras provas poderão ser produzidas para demonstrar o mesmo fato que era o conteúdo daquela

A atividade probatória contaminada (meios pelos quais foram obtidas) resulta em duas espécies do gênero provas ilegais: ilícitas e ilegítimas⁴⁰¹. Essas definições são baseadas nas lições do jurista italiano Pietro Nuvolone⁴⁰² acerca da prova vedada (*prova vietata*), as quais orientaram a doutrina pátria.⁴⁰³

Diferenciação vinculada à origem da proibição normativa, enquanto as provas ilícitas são resultado da violação ao direito material; as ilegítimas são obtidas pela violação ao direito processual.⁴⁰⁴

Ada Pellegrini Grinover endossa:

... a prova pode ser ilegal, por infringir à norma, quer de caráter material, quer de caráter processual. Quando a prova é feita em violação a uma norma de caráter material, essa prova é denominada por Nuvolone de prova *ilícita*. Quando a prova,

prova inadmitida. ... O que se deve buscar é estabelecer uma relação equilibrada entre o interesse na obtenção da verdade e a dignidade dos investigados e acusados.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op. cit., p. 166-167.

⁴⁰¹ “Fala-se, na doutrina, de “prova ilícita”, “prova ilegitimamente obtida”, “prova ilegítima”, “prova obtida ilegalmente” etc. Em resumo, a prova é proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material. Com fundamento nessa conceituação, dividem os autores as provas em: ilícitas, as que contrariam as normas de Direito Material, que quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção; e ilegítimas, as que afrontam normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo. Cortando cerce qualquer discussão a respeito da inadmissibilidade ou não de provas ilícitas em juízo, a Constituição Federal de 1988 expressamente dispõe que “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI). Deu o legislador razão à corrente doutrinária que sustentava não ser possível ao juiz colocar, como fundamento da sentença, prova obtida ilicitamente. A partir da vigência da nova Carta Magna, pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material.” MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 259.

⁴⁰² Essa distinção é baseada nos estudos do jurista italiano Pietro Nuvolone: “Prova vietata significa prova che, in senso assoluto, o in senso relativo, è contraria a una specifica norma di legge o a un principio del diritto positivo. La prova è vietata in senso assoluto, quando il diritto proibisce in ogni caso, qualunque ne sia il modo di assunzione, l’acquisizione di una certa prova da un punto di vista generale o limitatamente a un determinato oggetto; tale è, per il diritto italiano il caso delle cosiddette perizie psicologiche (art. 314 cod. proc. pen.). La prova è vietata in senso relativo, quando l’ordinamento giuridico, pur ammettendo un certo mezzo di prova (ad esempio, l’interrogatorio dell’imputato), ne condiziona la legittimità all’osservanza di determinate forme. (...). Anzitutto, ricordiamo la distinzione da noi prospettata tra divieti di prova di natura processuale e divieti di prova di natura sostanziale. La distinzione ha importanza, ma non con riferimento alla collocazione della norma, bensì con riferimento alla sua intima natura. Un divieto ha natura esclusivamente processuale, quando è posto in funzione di interessi attinenti unicamente alla logica e alle finalità del processo; un divieto ha natura sostanziale, allorché, pur servendo mediamente anche interessi processuali, è posto essenzialmente in funzione dei diritti che l’ordinamento riconosce ai singoli, indipendentemente dal processo. La violazione del divieto costituisce in entrambi i casi un’illegalità; ma mentre, nel primo caso, sarà solo un atto illegittimo, nel secondo caso sarà anche un atto illecito”. NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. In: *Rivista Di Diritto Processuale*, XXI, 1966, Padova, pp. 442-475.

⁴⁰³ Sergio Demoro Hamilton pondera que tal distinção vale “tão-somente para fins didáticos, pois, nos dois casos, haveria manifesta ilegalidade” HAMILTON, Sérgio Demoro. *As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito*. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11. p. 253, jan./jun. 2000.

⁴⁰⁴ “Por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales.” ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. In: *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010. p. 133 Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=192138>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

pelo contrário, é produzida com infringência a uma norma de caráter processual, ela usa o termo 'prova ilegítima'.⁴⁰⁵

Outra distinção se refere ao momento da transgressão da norma. Enquanto na prova ilícita a violação se dá no momento da colheita da prova (obtenção), em momento anterior ou concomitante ao processo, mas externamente (extraprocessual); na prova ilegítima, ocorre no curso do processo (intraprocessual), durante a sua produção.⁴⁰⁶

O desenvolvimento desse aspecto é relevante no que toca ao tratamento dispensado às provas ilícitas e ilegítimas.

A atividade probatória processual, inicialmente, era norteada pela busca desmedida da verdade. Sobrepondo-se ao interesse privado, em regra, o interesse público determinava a apuração de todos os fatos juridicamente relevantes, ainda que baseada em meios espúrios e inidôneos.

Para Schönke o interesse da coletividade predominaria sobre eventual formalidade antijurídica realizada no procedimento, como, por exemplo, a busca ilegal; Fleming não admitia a supressão da prova ilicitamente obtida como represália ao mau comportamento da polícia; para Wigmore, a exclusão da prova ilícita gerava uma incongruência: considerar o diligente agente público um perigo maior à sociedade do que o próprio criminoso impune.⁴⁰⁷

Segundo refere-se Avolio:

[...] esses autores, extremamente devotados à concepção da busca da verdade, colocavam a reconstrução da realidade como princípio inspirador do processo, argumentando que prescindir de provas formalmente corretas pela tão-só existência de fraude em sua obtenção seria prescindir voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo.⁴⁰⁸

Noutra linha⁴⁰⁹, a prova ilícita é admissível quando não seja ilegítima, dito de outro modo, sendo a prova ilícita, mas sem correspondente violação no direito processual, logo, legítima, seria aceitável, culminado tão somente no sancionamento do infrator da norma de direito material quanto à colheita imperfeita da prova. Veja-se que esse modelo ainda é adotado pelo direito inglês e países socialistas.⁴¹⁰

⁴⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade* - II. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 171.

⁴⁰⁶ Segundo GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua Unidade* - II. Ibidem; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência. 2.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 44; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. Op.cit., p. 94.

⁴⁰⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Idem. p. 46.

⁴⁰⁸ Id.

⁴⁰⁹ Guasp e Cardozo apud AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Franco Cordero apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 138-139.

⁴¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 205: 11-22, jul./set. 1996. p. 12-13.

Como destaca Torquato Avolio, prevalecia a máxima *male captum bene retentum*, na qual extrai-se o axioma: o que foi mal colhido (direito material), foi bem conservado (direito processual).⁴¹¹

Ultrapassada essa fase inicial a qual admitia a utilização de provas ilícitas, inaugura-se a fase propriamente dita da vedação das provas ilícitas, tendo como precursor o direito norte-americano sob o argumento das *exclusionary rules*⁴¹².

Trata-se de regras que excluem a admissão de certas provas em processo judicial, extraída a essência da IV Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, a qual estabelece proteção contra buscas e apreensões arbitrárias, as chamadas *unreasonable searches and seizures*.⁴¹³

A partir desse marco formulou-se entendimento⁴¹⁴ de que as provas ilícitas eram de todo modo inadmitidas, ainda que legítimas, isso porque, o ordenamento jurídico deve ser interpretado como um bloco unitariamente considerado e a punição do criminoso não deveria ocorrer às custas das violações aos direitos individuais insculpidos pelo Estado de Direito.⁴¹⁵

Nuvolone afirma que “o ordenamento jurídico não está constituído em compartimentos estanques; se a prova foi ilicitamente obtida, tal prova deve considerar-se ilegal e, se é ilegal, não pode ser utilizada.”⁴¹⁶

Aportando-se em outra linha argumentativa,⁴¹⁷ a inadmissibilidade da prova ilícita deriva da violação a direitos fundamentais constitucionalmente tutelados, motivo pelo qual, prova ilícita é também inconstitucional.

⁴¹¹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Idem. p. 44.

⁴¹² “Exclusionary rule, in U.S. law, the principle that evidence seized by police in violation of the Fourth Amendment to the U.S. Constitution may not be used against a criminal defendant at trial. The Fourth Amendment guarantees freedom from unreasonable searches and seizures—that is, those made without a warrant signed by a judge. The U.S. Supreme Court held in *Wolf v. Colorado* (1949) that “security of one’s privacy against arbitrary intrusion by the police—which is at the core of the Fourth Amendment—is basic to a free society.” However, that decision did not extend to state courts. During the next decade, approximately half of the states adopted the rule. Later the Supreme Court held in *Mapp v. Ohio* (1961) that the rule had to be applied universally to all criminal proceedings.” *Exclusionary rule*. In: Encyclopaedia Britannica, inc. February 27, 2020. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/exclusionary-rule>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

⁴¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo penal norte-americano e sua influência*. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 12, jul./dez. 2000, p. 92.

⁴¹⁴ BARROS, Adherbal Orlando Girolamo de. A investigação criminosa da prova. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, out. 1997. p. 200.

⁴¹⁵ Nesse sentido, veja-se: “Súmula nº 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa”, oriunda das Mesas de Processo Penal, até então dirigidas por Ada Pellegrini Grinover, do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁴¹⁶ NUVOLONE, Pietro apud MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 62.

⁴¹⁷ FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 190.

Finalmente⁴¹⁸ sobrevém outra tendência, ainda que prova inconstitucional e ineficaz, uma vez que obtida pela violação de direitos fundamentais do homem, deve ser considerada. Direitos fundamentais outros, também constitucionalmente assegurados, prevalecem sobre o direito fundamental à inadmissibilidade da prova ilícita, mediante um exercício de sopesamento de valores e preponderância de interesses, norteado pelo critério da proporcionalidade e seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

No ordenamento pátrio anterior, nem o regime constitucional, tampouco infraconstitucional, dispunham de regras claras a respeito da aceitabilidade ou não de provas vedadas no processo. Embora direitos individuais pontuais fossem tutelados constitucionalmente e o Código de Processo Civil de 1973 admitisse como “hábeis a provar a verdade dos fatos”, “todos os meios legais” e os “moralmente legítimos” (artigo 332), o Código de Processo Penal até então restava silente. Eventuais debates ficavam a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Na jurisprudência encontravam-se três importantes julgados, RE nº 85.439/RJ⁴¹⁹, RE nº 100.094/PR⁴²⁰ e RHC nº 63.834/SP⁴²¹ os quais repudiaram as provas então produzidas por infringência a direitos fundamentais e ao artigo 332 do Código de Processo Civil.

A Constituição Federal de 1988 ao sedimentar a inadmissibilidade processual das provas ilícitas como direito fundamental expresso no artigo 5º, inciso LVI, correspondeu à orientação doutrinária segundo a qual as provas ilícitas eram de todo modo inadmitidas, ainda que legítimas.

Na linha dos entendimentos doutrinários até então desenvolvidos, em regra, a prova ilícita é inexistente juridicamente (equivalente a um não-ato) e resultaria em inadmissibilidade porque não-prova; enquanto a prova ilegítima importaria em nulidade.⁴²²

⁴¹⁸ FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. *Prova ilícita no direito pátrio e no direito comparado*. In: Revista da Fundação Escola Superior do MPDFT, Brasília, jul./dez. 1995. p. 232.

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Publicações. RTJ Eletrônica Volume 84, Tomo 2, 1978. p. 609. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/084_2.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁴²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Publicações. RTJ Eletrônica Volume 122, Tomo 1, 1987. p. 47. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/122_1.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁴²² “La anterior diferenciación conceptual tiene una enorme repercusión, pues la regla de exclusión probatoria y el reconocimiento de su eficacia refleja, que se expone más adelante, se debe predicar con exclusividad de la denominada prueba ilícita, mientras que la prueba irregular quedaría sometida al régimen de nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación.” ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Op.cit., p. 133.

Lembra Antônio Magalhães Gomes Filho a distinção entre inadmissibilidade e nulidade da prova:

[...] enquanto a nulidade é pronunciada num julgamento posterior à realização do ato, no qual se reconhece sua irregularidade e, conseqüentemente, a invalidade e ineficácia, a admissibilidade (ou inadmissibilidade) decorre de uma apreciação feita antecipadamente impedindo que a irregularidade se consuma [...]. Sob um outro ângulo, a declaração de nulidade não é automática e o ato praticado irregularmente pode mesmo vir a ser considerado válido e eficaz, se não ocorrerem determinados pressupostos legais para sua invalidação (v.g. a inexistência de prejuízo, a ocorrência de alguma convalidação); já a inadmissibilidade, por operar em momento anterior à prática ou ao ingresso do ato no processo, impede a produção de qualquer efeito válido, aproximando-se mais de inexistência (jurídica) do ato vedado pela lei.⁴²³

No entanto, a Reforma no Código de Processo Penal estabelecida pela Lei nº 11.690/2008 – artigo 157 - promoveu uma conceituação única e considerou ilícitas as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Alçaram-se, portanto, duas posições.

A primeira, para a qual a prova ilícita é resultado da violação de normas materiais ou processuais.⁴²⁴ A segunda, mantendo a ideologia desenvolvida desde então, e à qual aderimos, o dispositivo diz respeito às violações de normas de direito material (penal ou constitucional).⁴²⁵

Desta forma, sob uma interpretação conjunta, infra e constitucional, a prova ilícita resulta em inadmissibilidade e proibição de juntada no processo. Uma vez juntada, o juiz não pode valorá-la, razão pela qual exsurge o direito de exclusão por meio do desentranhamento.⁴²⁶

Por sua vez, a prova ilegítima resulta na sanção correspondente à transgressão,⁴²⁷ subordinada às regras atinentes às nulidades processuais, em especial o princípio basilar, *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não se declara a nulidade – seja absoluta, seja relativa - de um ato sem que seja provado o prejuízo causado por ele.⁴²⁸

⁴²³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. Op.cit., p. 92-93.

⁴²⁴ Nesse sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 391 e GOMES, Luiz Flávio. *Legislação criminal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 414.

⁴²⁵ Por todos, GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. *As nulidades no processo penal*. Op. cit.

⁴²⁶ “No obstante, el hecho de que una prueba ilícita hubiera superado el filtro de admisibilidad, no es obstáculo para negarle todo valor probatorio. En otras palabras, si la prueba ilícita se incorporó al proceso no impide la posibilidad de denunciar y apreciar su ilicitud y la consecuencia será la prohibición de su valoración por parte del Tribunal sentenciador quien no podrá fundamentar un pronunciamiento condenatorio sobre la base de una prueba o pruebas ilícitas.” ESTRAMPES, Manuel Miranda. *Ibidem*, p. 138.

⁴²⁷ A exemplo, citam-se as disposições contidas nos artigos 203, 206, 207, 212, 226 e 479, todos do Código de Processo Penal.

⁴²⁸ “É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não se proclama nulidade sem a demonstração de efetivo prejuízo. O “princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 170.490 AgR/PE, julgamento em 27/04/2020, DJe 14/05/2020, relatoria do

Antônio Magalhães Gomes Filho discorre, sob uma visão crítica, que:

Assim, o caput do novo art. 157 do CPP fornece uma definição do que se deve entender por provas ilícitas: "as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Essa redação não parece ter sido a melhor: a vedação processual da prova ilícita foi a solução encontrada pelas cortes constitucionais para a proteção de certos direitos e garantias fundamentais, que não devem ceder nem mesmo diante do interesse estatal na obtenção de provas. (...) a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual pode levar à nulidade do ato de formação da prova e impor a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573 caput do CPP. No caso da prova ilícita, diversamente, o ordenamento veda absolutamente o seu ingresso no processo e consequente valoração pelo juiz.⁴²⁹

Ainda que a inadmissibilidade processual das provas ilícitas seja regra, suscitam-se crescentes debates acerca da abrangência da vedação constitucional, relativizando-a, e a aplicação do Princípio da Proporcionalidade⁴³⁰, na perspectiva doutrinária discorrida anteriormente.

Como pontua José Carlos Barbosa Moreira, essa flexibilização leva em conta alguns aspectos, como: “a gravidade do caso, a índole da relação controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias”.⁴³¹

Trata-se da efetiva ponderação de interesses, em tese conflitantes, que embora ocupem uma mesma posição constitucional, cedem entre si, já que não são absolutos, sacrificando valores em detrimento da manutenção de outros. Na suposta colisão entre valores e a inadmissibilidade de provas ilícitas, busca-se um perfeito equilíbrio.

Inevitavelmente esse cenário rende ensejo a outro dissenso doutrinário quanto à aplicação do Princípio da Proporcionalidade para abrandar a vedação da admissão da prova ilícita no processo. Pende-se de um lado, a tolerância da utilização da prova ilícita desde que

Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁴²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. In: Revista Brasileira De Ciências Criminais - RBCCRIM, ano 18, n. 85, jul.-ago./ 2010. p. 399.

⁴³⁰ “A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, uma construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.” AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Op.cit., p. 64.

⁴³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. Op. cit., p. 13.

empregada somente em prol do acusado,⁴³² de outro, beneficiária não só ao acusado como também à acusação⁴³³.

No Supremo Tribunal Federal, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, pode-se dizer, ser absoluta. Inequivocamente, o Pretório Excelso tem por abominável a prova ilícita para dar suporte à pretensão acusatória e, mesmo no que tange à utilização a favor da defesa, esse não se torna o argumento central dos precedentes.

A bem da verdade, os fundamentos apontados pela Corte Suprema giram em torno mais pela defesa de liberdades públicas fundamentais (do lesado), da conduta respaldada em causas excludentes de ilicitude (legítima defesa ou estado de necessidade) e dos Princípios do Devido Processo Legal e da Presunção de Inocência, do que a prova ilícita propriamente dita ou aplicação do Princípio da Proporcionalidade, cujas divagações ficam mantidas em segundo plano.⁴³⁴

⁴³² GRANDINETTI, Luís Gustavo. *O processo penal em face da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 49; GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 147; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 180.

⁴³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op.cit., p. 112/113; HAMILTON, Sérgio Demoro. Op. cit., p. 259/260; CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 25; FERNANDES, Antônio Scarance. A lei de interceptação telefônica. In: *Justiça Penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. Coord. Jaques de Camargo Penteado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 51-52.

⁴³⁴ Rcl 33711/SP, julgamento em 11/06/2019, DJe 23/08/2019; HC 96056/PE, julgamento em 28/06/2011, DJ 08/05/2012; RHC 88371/SP, julgamento em 14/11/2006, DJ 02/02/2007, todos da relatoria do Min. Gilmar Mendes; HC 103325/RJ, julgamento em 03/04/2012, DJe 30/10/2014; HC 93050/RJ, julgamento em 10/06/2008, DJ 01/08/2008; RHC 90376/RJ, julgamento em 03/04/2007, DJ 18/05/2007; RHC 90376/RJ, julgamento em 03/04/2007, DJ 18/05/2007; HC 82788/RJ, julgamento em 12/04/2005, DJ 02/06/2006; RE 251445, julgamento em 21/06/2000, DJ 03/08/2000, todos da relatoria do Min. Celso de Mello; HC 90298/RS, julgamento em 08/09/2009, DJ 16/10/2009, relatoria do Min. Cezar Pelluso; HC 89032/SP, julgamento em 09/10/2007, DJ 23/11/2007, relatoria do Min. Menezes Direito; HC 80949/RJ, julgamento em 30/10/2001, DJ 14/12/2001; HC 79512/RJ, julgamento em 16/12/1999, DJ 16/05/2003, todos da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence; HC 80948/ES, julgamento em 07/08/2001, DJ 14/12/2001, relatoria do Min. Néri da Silveira; AP 307/DF, julgamento em 12/12/1994, DJ 13/10/1995, relatoria do Min. Ilmar Galvão. Ao fundamento de excludente de antijuricidade: “É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.” HC 75338/RJ, julgamento em 11/03/1998, DJ 25/09/1998, relatoria do Min. Nelson Jobim e “Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuricidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna).” HC 74678/SP, julgamento em 10/06/1997, DJ 15/08/1997, relatoria do Min. Moreira Alves. No HC 70814/SP, julgamento em 01/03/1994, DJ 24/06/1994, relatoria do Min. Celso de Mello, admitiu-se que “a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” por preso em cumprimento de pena em estabelecimento prisional. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PROVA+E+IL%28CDCITA+E+PROPORCIONALIDADE%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8h9qhul>>. Acesso em: 19 mai. 2020.

Vale à pena transcrição de trecho do voto do então Ministro Ilmar Galvão na Ação Penal 307 que, embora proferido há 25 anos, demonstra-se ainda muito atual:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste de necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático.⁴³⁵

Inelutável são as lições de Manuel Miranda Estrampes:

La licitud de la prueba no es una cuestión de apreciación o valoración, sino un presupuesto ineludible de dicha apreciación. La libre valoración de la prueba solo puede predicarse de aquellas pruebas obtenidas de forma lícita y con todas las garantías, y ella misma no puede fundar su licitud.⁴³⁶

2.5.1.1. Prova ilícita por derivação

Todas as premissas basilares firmadas anteriormente a respeito da prova ilícita (originária) aplicam-se à prova derivada.

No ordenamento jurídico foi introduzido a partir da formulação do conceito pela Suprema Corte norte-americana cunhado de *fruits of the poisonous tree* no julgamento do caso *Nardone v. United States*, 308 U. S. 338 (1939)⁴³⁷, apesar da noção acerca da exclusão

⁴³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 307/DF, julgamento em 12/12/1994, DJ 13/10/1995, relator Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁴³⁶ ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La valoración de la prueba a la luz del nuevo código procesal penal peruano de 2004*. Op. cit.

⁴³⁷ "1. In a prosecution in a federal court, evidence procured by tapping wires in violation of the Communications Act of 1934 is inadmissible. This applies not only to the intercepted conversations themselves, but also, by implication, to evidence procured through the use of knowledge gained from such conversations. P. 308 U. S. 339. [...] Any claim for the exclusion of evidence logically relevant in criminal prosecutions is heavily handicapped. It must be justified by an overriding public policy expressed in the Constitution or the law of the land. In a problem such as that before us now, two opposing concerns must be harmonized: on the one hand, the stern enforcement of the criminal law; on the other, protection of that realm of privacy left free by Constitution and laws but capable of infringement either through zeal or design. [...] To forbid the direct use of methods thus characterized, but to put no curb on their full indirect use, would only invite the very methods deemed "inconsistent with ethical standards and destructive of personal liberty." [...] "The essence of a provision [...] forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the court, but that it shall not be used at all." UNITED STATES OF AMERICA. *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939), n.º. 240, Argued November 14, 1939, decided December 11, 1939. In: JUSTIA US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

de provas derivadas de práticas ilegais já ter sido mencionada anteriormente, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U. S. 385 (1920)⁴³⁸.

A ausência de previsão expressa na Constituição Federal Brasileira culminou em inafastável controvérsia tanto na doutrina⁴³⁹ quanto na jurisprudência⁴⁴⁰⁻⁴⁴¹ a respeito da sua aplicabilidade, nada obstante a redação do artigo 573, §1º do Código de Processo Penal. Com o advento da Lei nº 11.690/2008 e a vedação expressa contida no artigo 157, 1º do Código de Processo Penal encerrou-se, ao menos, normativamente, qualquer discussão.

Apesar da prova por derivação, seus frutos, tem aparência de licitude se isoladamente analisada, verte-se em ilícita a partir da perquirição de sua gênese.⁴⁴² A ilicitude da prova originária repercute em toda cadeia probatória sucessiva em razão de um vínculo de contaminação imanente (nexo causal), o vício inicial que macula a prova se transmite, portanto, às provas subsequentes.

Vale dizer, “se as raízes estão viciadas, contaminado fica tudo que delas provém”.⁴⁴³

Nesse sentido, Manuel Miranda Estrampes reforça a tese quando discorre a respeito da “eficacia refleja de la prueba ilícita” e se reporta ao chamado “efecto dominó”.⁴⁴⁴⁻⁴⁴⁵

⁴³⁸ “The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court, but that it shall not be used at all. [...] If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed.” UNITED STATES OF AMERICA. *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, n. 358, Argued December 12, 1919, Decided January 26, 1920. In: JUSTIA US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/#tab-opinion-1928437>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

⁴³⁹ Por todos, a favor: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Op. cit. Contra: TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. v. 1. Op.cit., p. 307.

⁴⁴⁰ A exemplo, o Ministro Moreira Alves, revisor da Ação Penal 307/DF, para quem, “O texto constitucional se restringe às provas ilícitas em si mesmas, não dando margem à figura retórica dos frutos da árvore venenosa.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 307/DF, julgamento em 12/12/1994, DJ 13/10/1995, relator Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁴⁴¹ “33. Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do “fruit of the poisonous tree” é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. 34. De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria “degravação” das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 69.912/RS, julgamento em 16/12/1993, DJ 25/03/1994, voto do relator Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72076>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

⁴⁴² “36. Na espécie, é inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga [...]. 37. Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subsequentemente colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas – frutos da operação ilícita inicial – sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada.” *Ibidem*.

⁴⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo penal norte-americano e sua influência*. Op.cit., p. 93.

⁴⁴⁴ ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación*. In: *Jueces para la democracia*, n. 47, Espanha, 2003. p. 56. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=192138>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

2.5.1.1.1. Aparente flexibilização

Em razão de um forte movimento reacionário contra a rigidez imposta à doutrina dos frutos da árvore envenenada (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), foram sagradas algumas limitações teóricas.

Preliminarmente explica-se a escolha da nomenclatura do tema nesse subtópico. Busca-se demonstrar nossa postura (reacionária) frente às doutrinas que afirmam que se trata de uma flexibilização às regras que vedam a utilização da prova ilícita derivada.

Para nós equivocam-se no sentido de que, se a prova não guarda qualquer nexos causal com a fonte impura, revelada autônoma e independentemente da prova contaminada, derivada não é, tampouco ilegal. Trata-se de prova originária, absolutamente legal, lícita e legítima, portanto, não haveria que se falar em temperança à regra.

No entanto, compreendemos a importância da temática e sua relevância histórica para extirpar qualquer pretensão desfavorável ao ideal maior de coibir o uso de provas derivadas ilegais e para aclarar eventuais circunstâncias nas quais, entre as provas originárias e derivadas “a conexão entre umas e outras for tênue”, pelo que passamos a discorrê-las.⁴⁴⁶⁻⁴⁴⁷

A doutrina da mancha purgada (*the attenuated connection doctrine or purged taint limitation*)⁴⁴⁸ é também conhecida como doutrina da limitação dos vícios sanados, do nexos causal atenuado, da tinta diluída ou da conexão atenuada.

⁴⁴⁵ “En cuanto a su alcance, la exclusión debe predicarse tanto de las pruebas obtenidas directamente con vulneración de los derechos fundamentales como de aquellas otras que, si bien han sido lícitamente obtenidas o practicadas, tienen su origen en las primeras, esto es, de las denominadas pruebas derivadas. La utilización en el precepto del término indirectamente hace referencia a la conocida doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado y supone la plasmación normativa de la eficacia refleja de la prueba ilícita, que como hemos visto venía admitiendo la Corte Suprema peruana.” ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La valoración de la prueba a la luz del nuevo código procesal penal peruano de 2004*. Op. cit., p. 19.

⁴⁴⁶ Nesse sentido: “É dizer, se uma determinada prova viria aos autos de qualquer maneira, mesmo que a ilicitude não tivesse acontecido, esta deve ser encarada como uma fatalidade, e o vínculo entre a prova originária e a derivada não deve levar a mácula desta última” TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Nota de atualização do livro Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 15. E também: “Em relação à primeira situação, era perfeitamente desnecessária a previsão normativa, na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de prova derivada. Mas, apesar de redundante, essa parte do texto legal não parece trazer inconvenientes na sua aplicação.” GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. Op.cit., p. 404.

⁴⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et.al. apud FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 96-97.

⁴⁴⁸ Precedente *Wong Sun v. United States*, 371 U. S. 471 (1963) apud JENKINS, Jeffrey A.: “1. On the record in this case, there was neither reasonable grounds nor probable cause for Toy’s arrest, since the information upon which it was based was too vague and came from too untested a source to accept it as probable cause for the issuance of an arrest warrant; and this defect was not cured by the fact that Toy fled when a supposed customer at his door early in the morning revealed that he was a narcotics agent. Pp. 371 U. S. 479-484.2. On the record in

Parte da doutrina brasileira entende que o instituto foi tratado no artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal na parte dispositiva que se refere a salvaguardar provas derivadas que não evidenciaram o nexo de causalidade com a prova ilícita primeva.⁴⁴⁹

O parágrafo em comento, em sua integralidade, à luz da doutrina nacional dominante, diz respeito à teoria da fonte independente (*the independent source doctrine*)⁴⁵⁰ na qual trata da prova advinda de fonte autônoma, totalmente desvinculada das informações extraídas da prova originariamente ilícita, ou que com ela não mantenha nenhum nexo causal. A prova secundária existe por si só, independentemente da prova primária.⁴⁵¹

Por seu turno, na doutrina da mancha purgada, a ilicitude da prova de origem é esvaecida e dissipada na prova secundária em razão de alguns fatores⁴⁵²: a fluência do tempo entre uma e outra, as “circunstâncias intervenientes na cadeia probatória, a menor relevância da ilegalidade ou a vontade do agente em colaborar com a persecução criminal”.⁴⁵³⁻⁴⁵⁴

this case, the statements made by Toy in his bedroom at the time of his unlawful arrest were the fruits of the agents' unlawful action, and they should have been excluded from evidence. Pp. 371 U. S. 484-487. 3. The narcotics taken from a third party as a result of statements made by Toy at the time of his arrest were likewise fruits of the unlawful arrest, and they should not have been admitted as evidence against Toy. Pp. 371 U. S. 487-488. 4. After exclusion of the foregoing items of improperly admitted evidence, the only proofs remaining to sustain Toy's conviction are his and his codefendant's unsigned statements; any admissions of guilt in Toy's statement require corroboration; no reference to Toy in his codefendant's statement constitutes admissible evidence corroborating any admission by Toy, and Toy's conviction must be set aside for lack of competent evidence to support it. Pp. 371 U. S. 488-491. 5. In view of the fact that, after his unlawful arrest, petitioner Wong Sun had been lawfully arraigned and released on his own recognizance and had returned voluntarily several days later when he made his unsigned statement, the connection between his unlawful arrest and the making of that statement was so attenuated that the unsigned statement was not the fruit of the unlawful arrest and, therefore, it was properly admitted in evidence.” UNITED STATES OF AMERICA. *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963), n. 36, Argued March 29 and April 2, 1962, Restored to calendar for reargument June 4, 1962, Reargued October 8, 1962, Decided January 14, 1963. In: JUSTIA Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>>. Acesso em: 22 mai. 2020. JENKINS, Jeffrey A. *The American Courts: a procedural approach*. Sudbury/MA: Jones and Bartletts Publishers, 2009.

⁴⁴⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008. p. 137; MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008. p. 177.

⁴⁵⁰ Precedente *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U. S. 385 (1920) apud JENKINS, Jeffrey A. Op.cit., “The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court, but that it shall not be used at all. [...] If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed.” UNITED STATES OF AMERICA. *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, n. 358, Argued December 12, 1919, Decided January 26, 1920. In: JUSTIA US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/#tab-opinion-1928437>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

⁴⁵¹ Como afirma Jeffrey Jenkins, “The independent source rule attempts to place police in the same position it would have been in if the evidence had not been improperly obtained. This balances society's interest in deterring police from unlawful behavior against the interests of society in prosecuting crime”. JENKINS, Jeffrey A. Op.cit., p. 286.

⁴⁵² Tais fatores podem ser extraídos da leitura atenta do precedente *Brown v. Illinois*, 422 U. S. 590 (1975). UNITED STATES OF AMERICA. In: Findlaw for legal professionals. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/422/590.html>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

⁴⁵³ SILVA JUNIOR, Walter Nunes. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 513.

A teoria da descoberta inevitável ou exceção da fonte hipotética independente (*the inevitable discovery exception or hypothetical independent source doctrine*)⁴⁵⁵ é referendada no artigo 157, §2º do Código de Processo Penal.

Apesar da impropriedade técnica legislativa⁴⁵⁶ ao se utilizar o termo “fonte independente”, o que conduziria a um desalinho desnecessário entre os intérpretes, não se

⁴⁵⁴ A dificuldade em distinguir ambas doutrinas supera fronteiras. Veja-se. “La *STC 86/1995* nos ofrece un claro ejemplo de extensión desmesurada del concepto de “prueba independiente” ... La sentencia atribuye a la *confesión voluntaria del acusado*, ante el Juez de Instrucción y en el acto del juicio oral, la condición de “prueba jurídicamente independiente” ... El propio TC reconoce la existencia de relación causal entre la intervención telefónica practicada con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues no había existido autorización judicial, y la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos inculpativos, pero a continuación añade que: “la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención” ... Siendo suficiente para su utilización probatoria que el imputado hubiera sido informado de sus derechos con carácter previo a la declaración y que hubiera estado asistido de abogado (vid. fj. 4º). ... La doctrina contenida en dicha sentencia parece inspirarse en la excepción del nexo causal atenuado (*attenuated connection principle o purged taint*). ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Op. cit., p. 57.

⁴⁵⁵ Precedente *Nix v. Williams*, 467 U. S. 431 (1984) apud JENKINS, Jeffrey A. Op.cit. “Following the disappearance of a 10-year-old girl in Des Moines, Iowa, respondent was arrested and arraigned in Davenport, Iowa. The police informed respondent's counsel that they would drive respondent back to Des Moines without questioning him, but during the trip one of the officers began a conversation with respondent that ultimately resulted in his making incriminating statements and directing the officers to the child's body. A systematic search of the area that was being conducted with the aid of 200 volunteers, and that had been initiated before respondent made the incriminating statements, was terminated when respondent guided police to the body. Before trial in an Iowa state court for first-degree murder, the court denied respondent's motion to suppress evidence of the body and all related evidence, including the body's condition as shown by an autopsy, respondent having contended that such evidence was the fruit of his illegally obtained statements made during the automobile ride. Respondent was convicted, and the Iowa Supreme Court affirmed, but later federal court habeas corpus proceedings ultimately resulted in this Court's holding that the police had obtained respondent's incriminating statements through interrogation in violation of his Sixth Amendment right to counsel. *Brewer v. Williams*, 430 U. S. 387. However, it was noted that, even though the statements could not be admitted at a second trial, evidence of the body's location and condition might be admissible on the theory that the body would have been discovered even if the incriminating statements had not been elicited from respondent. Id. at 430 U. S. 407, n. 12. At respondent's second state court trial, his incriminating statements were not offered in evidence, nor did the prosecution seek to show that respondent had directed the police to the child's body. However, evidence concerning the body's location and condition was admitted, the court having concluded that the State had proved that, if the search had continued, the body would have been discovered within a short time in essentially the same condition as it was actually found. Respondent was again convicted of first-degree murder, and the Iowa Supreme Court affirmed. In subsequent habeas corpus proceedings, the Federal District Court, denying relief, also concluded that the body inevitably would have been found.” UNITED STATES OF AMERICA. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), n. 82-1651, Argued January 18, 1984, Decided June 11, 1984. In: Justia US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

⁴⁵⁶ Outras críticas ao artigo são mais relevantes. “Mais grave parece ter sido o equívoco da lei ao consagrar a exceção da fonte independente. Aqui o legislador afastou-se da noção original fixada na jurisprudência americana, que supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens, uma ilícita e outra lícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal. Com efeito, já na parte final do parágrafo 1º, ao empregar o verbo no condicional – “puderem ser obtidas” – a lei dá a entender que basta a simples possibilidade de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial. Não bastasse isso, no parágrafo segundo o legislador estabeleceu um conceito normativo de fonte independente que subverte não só aquela idéia original, mas também coloca em risco a própria finalidade da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior. Ao dizer que “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”, a disposição abre as portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a

confunde com a teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) disposta no §1º do mesmo artigo. Nesta, há outras provas referentes ao fato que não se ligam diretamente à prova ilícita; enquanto naquela, a descoberta dos fatos seria inevitável porque outros meios lícitos, investigativos/instrutórios, foram empregados concomitantemente.⁴⁵⁷

Sobre algumas das teorias apresentadas, disserta Capez:

(a) Limitação da fonte independente (*independent source limitation*): [...] Trata-se de teoria que já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no qual se entendeu que se deve preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da prova ilícita impugnada por força da não-observância de formalidade na execução de mandando de busca e apreensão [...]. (b) Limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*): [...] tem-se afastado a tese da ilicitude derivada ou por contaminação quando o órgão judicial se convence de que, fosse como fosse, [...] a prova que deriva da prova ilícita originária seria inevitavelmente conseguida de qualquer outro modo. [...] O legislador considera, assim, fonte independente a descoberta inevitável.⁴⁵⁸

A limitação da boa-fé (*the good faith exception*)⁴⁵⁹ considera lícita a prova obtida pelo agente público diligente, que age de boa-fé, sem conhecimento da ilegalidade que norteia o contexto probatório.

Tanto a doutrina da mancha purgada (*the purged taint limitation*) quanto da limitação da boa-fé (*the good faith exception*) não encontram, por ora, respaldo (expresso) na jurisprudência pátria.⁴⁶⁰ Reputamos ser proposital e coerente, afinal, não é a boa-fé do agente

ser convalidada.” GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. Op.cit., p. 404.

⁴⁵⁷ Sob um argumento crítico, “En todo caso, se requiere que el Gobierno acredite fehacientemente que la prueba obtenida como resultado de una violación constitucional hubiera sido descubierta por medios legítimos e independientes de la conducta ilícita original”. ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Op.cit., p. 58.

⁴⁵⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 309-310.

⁴⁵⁹ Precedente *United States v. Leon*, 468 U. S. 897 (1984) *apud* JENKINS, Jeffrey A. Op.cit. “Acting on the basis of information from a confidential informant, officers of the Burbank, Cal., Police Department initiated a drug-trafficking investigation involving surveillance of respondents' activities. Based on an affidavit summarizing the police officers' observations, Officer Rombach prepared an application for a warrant to search three residences and respondents' automobiles for an extensive list of items. The application was reviewed by several Deputy District Attorneys, and a facially valid search warrant was issued by a state court judge. Ensuing searches produced large quantities of drugs and other evidence. Respondents were indicted for federal drug offenses, and filed motions to suppress the evidence seized pursuant to the warrant. After an evidentiary hearing, the District Court granted the motions in part, concluding that the affidavit was insufficient to establish probable cause. Although recognizing that Officer Rombach had acted in good faith, the court rejected the Government's suggestion that the Fourth Amendment exclusionary rule should not apply where evidence is seized in reasonable, good faith reliance on a search warrant. The Court of Appeals affirmed, also refusing the Government's invitation to recognize a good faith exception to the rule. The Government's petition for certiorari presented only the question whether a good faith exception to the exclusionary rule should be recognized.” . UNITED STATES OF AMERICA. *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984), n. 82-1771, Argued January 17, 1984, Decided July 5, 1984. In: Justia US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

⁴⁶⁰ No que tange às teorias da descoberta inevitável e da fonte independente, o Supremo Tribunal Federal não só faz alusão como adota seus fundamentos como razão de decidir. HC 91.867/PA “Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial,

público (critério subjetivo) que define a licitude ou não da prova, mas se a colheita e a formação se amoldam aos rigores procedimentais da lei (critérios objetivos), principalmente no que tange ao resguardo dos direitos fundamentais.⁴⁶¹

Na linha do que vimos discorrendo, a teoria do encontro fortuito de provas, também conhecida como serendipidade⁴⁶², evidencia-nos verdadeiro sinônimo de provas derivadas. Embora inexistam previsão legal, sua aplicação é corriqueira, principalmente a partir de medidas cautelares como a busca e apreensão ou a interceptação telefônica.

O encontro fortuito se verifica no ramo probatório, quando a prova de determinada infração penal é obtida casualmente - sem que estivesse na linha de desdobramento normal da investigação - a partir de investigações regularmente destinadas à apuração de outro crime, revelando aquilo que a jurisprudência chama de “crime achado”.⁴⁶³

cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º.” (grifo nosso). HC 84.679/MS “A questão da prova ilícita, decorrente da não observância de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão, foi debatida e rejeitada pela maioria, prevalecendo o voto divergente no sentido de preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da que foi impugnada.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91.867/PA, julgamento em 24/04/2012, DJe de 20/09/2012, rel. Min. Gilmar Mendes e HC 84.679 ED, julgamento em 30/08/2005, DJ 30/09/2005, rel. Min. Eros Grau. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

⁴⁶¹ “En el ámbito de la prueba ilícita lo verdaderamente relevante non solo las creencias de los concretos agentes actuantes (policiales o judiciales), sino la constatación objetiva de la violación de un derecho fundamental. Constatada sua presencia la consecuencia debe ser la prohibición de admisión y la prohibición de valoración de la prueba así obtenida pues está en juego la propia noción de proceso justo o equitativo. La única excepción a la aplicación de la regla de exclusión que resulta admisible serían los supuestos de pruebas ilícitas a favor del reo.” ESTRAMPES, Manuel Miranda. *Ibidem*, p. 65.

⁴⁶² “Essa estranha palavra significa algo como sair em busca de uma coisa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa. Vem do inglês *serendipity*, onde tem o sentido de descobrir coisas por acaso. Serendip era o antigo nome da ilha do Ceilão (atual Sri Lanka). A palavra foi cunhada em 1754 pelo escritor inglês Horace Walpole, no conto de fadas *Os três príncipes de Serendip*, que sempre faziam descobertas de coisas que não procuravam.” GOMES, Luiz Flávio. *Legislação criminal especial*. Op. cit., p. 474.

⁴⁶³ HC 129.678/SP “O ‘crime achado’, ou seja, a infração penal desconhecida e, portanto, até aquele momento não investigada, sempre deve ser cuidadosamente analisada para que não se relativize em excesso o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal” HC 167.550/PR “[...] o ‘crime achado’ em interceptação telefônica devidamente autorizada não constitui prova ilícita se o meio de obtenção de prova foi legitimamente determinado [...]” “Assim, o ‘crime achado’ - ou seja, a infração penal desconhecida e, portanto, até aquele momento não investigada - sempre deve ser cuidadosamente analisado para que não se relativize em excesso o inciso XII do art. 5º da Constituição (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 129.678/SP, relator p/ acórdão, Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 13/06/2017, DJe de

Em regra, a interceptação telefônica, meio de obtenção de prova, assim como a busca e a apreensão, vêm suscitando debates doutrinários e jurisprudenciais contemporâneos. Acreditamos ser em razão de algumas causas. Vejamos.

Embora em ambas as medidas haja descrição do objeto a ser investigado, na busca e apreensão a descoberta fortuita ocorre em razão de uma conduta (comissiva) do seu agente executor, que poderia obstá-la a qualquer momento, mas não o faz; enquanto que, na interceptação, a prova descoberta pode ocorrer ao longo de toda a cadeia investigativa, havendo fatal inviabilidade técnica de encerrá-la imediatamente.

Ademais, a ordem judicial de busca e apreensão não é capaz de antever tudo o que será buscado e apreendido de modo a esmiuçar quais documentos e objetos possam ser alvo da diligência. Dessa forma, em regra, tudo o que é encontrado passa a ser, num primeiro momento, relacionado ao fato objeto da investigação.

Não menos importante, vale ressaltar que, a medida de busca e apreensão por ser atividade realizada *in loco* depara-se com situações inesperadas como a flagrância delitiva, que autoriza intervenção efetiva e imediata, mitigando-se, portanto, o rigor das garantias constitucionais e direitos fundamentais, como a inviolabilidade do domicílio, a privacidade e a intimidade, para fazer cessar a atividade criminosa.⁴⁶⁴

Desta maneira, em regra, para a validade das provas casualmente reveladas na medida de busca e apreensão basta a observância dos procedimentos legais durante a diligência pioneira, de modo que não configure desvio de finalidade, tampouco instrumento de salvaguarda de atividades criminosas.

Por outro lado, no que tange à validade da prova inesperadamente obtida por meio de interceptação telefônica a doutrina se divide quanto aos requisitos essenciais.

De fato, há aqueles que a inadmitem totalmente⁴⁶⁵; mas há também os que exigem tão somente a observância integral dos procedimentos legais durante a diligência primeira⁴⁶⁶, de

18/8/2017 e HC 167.550 AgR/PR, relator Min. Luiz Fux, julgamento em 23/08/2019, DJe 03/09/2019. Disponíveis em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

⁴⁶⁴ “Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.” RE 603.616/RO no qual foi fixada a seguinte tese (Tema 280): “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 603.616/RO, julgamento em 05/11/2015, DJe 10/05/2016, relatoria do Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

⁴⁶⁵ JESUS, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, versão digital s/p. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. Op.cit., p. 432 alude à possibilidade da utilização da prova fortuitamente encontrada como elemento informativo, “a prova obtida a partir do desvio causal sirva

modo que não reste configurado desvio de finalidade e, finalmente, somado a esse último requisito, outros para quem a conexão com o fato principal investigado (liame de fatos) é imprescindível, assim como se trate do mesmo sujeito passivo, caso contrário, a descoberta receberá o *status* de *notitia criminis*.⁴⁶⁷

A Operação Lava-Jato conferiu maior relevo à matéria principalmente porque medidas cautelares da interceptação telefônica foram autorizadas por juiz de primeiro grau e provas inesperadas relativas a outra infração penal revelaram a participação de agente detentor de foro com prerrogativa de função.

Neste caso, a orientação foi no sentido de se obstem os atos investigativos, os autos remetidos ao juízo competente para deliberação sobre o prosseguimento das investigações, sem que as atividades até então efetivadas sejam descartadas.⁴⁶⁸ Mesmo tratamento recebeu os elementos novos de informação trazidos pelo colaborador.⁴⁶⁹

como *starter* de investigação do novo crime”. Outros autores apresentam preocupações salutares. Vejam-se. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas: Interceptação telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 230-231, faz menção à interceptação prospectiva, ou seja, sem motivação concreta, a teor do artigo 2º, incisos I a III e parágrafo único da Lei 9296/96, para buscar, eventualmente, uma circunstância ou fato incriminador.

⁴⁶⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, versão digital s/p. No mesmo sentido Alexandre de Moraes: “Na hipótese de o “crime achado” ser conexo com o crime objeto principal da investigação, descabível seria a decretação da ilicitude da prova, independentemente de o mesmo ser apenado com reclusão ou detenção, por encontrar-se no âmbito da investigação inicial. Nas demais hipóteses, como regra, para a preservação das liberdades públicas consagradas constitucionalmente, a prova obtida mediante interceptação telefônica e relação à infração penal diversa daquela investigada, somente deverá ser considerada lícita se, além de presentes todos os requisitos constitucionais e legais na decretação da interceptação telefônica original, não se verificar nenhuma hipótese de desvio de finalidade ou mesmo simulação ou fraude para obtenção da mesma, como, por exemplo, a realização de um simulacro de investigação em crime apenado com reclusão somente para obtenção de ordem judicial decretando interceptação telefônica, porém, com o claro objetivo de descobrir e produzir provas em crimes apenados com detenção, ou, ainda, para produção de provas a serem, posteriormente, utilizadas em processos civil ou administrativo-disciplinar.” MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 72-73.

⁴⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Interceptação telefônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 592; FRAGOSO, Tomás López. Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal. In: *Derechos y libertades*, Revista del instituto Bartolomé de las casas. Madri: ano 1, out. 93/mar. 94. p. 81-89.

⁴⁶⁸ RHC 171.572 AgR/GO: “[...] No presente caso, no dia 03 de março de 2017 foi instaurado, mediante Portaria, procedimento inquisitorial (fraudes havidas no concurso público de provimento de cargo de Delegado de Polícia Substituto do Estado de Goiás), após denúncia realizada no dia 02 de março de 2017, pelo candidato Nicolas Horn. [...] a descoberta do envolvimento do Prefeito de Urutaí/GO, Ailton Martins de Oliveira, deu-se de modo casual, como resultado do avanço das investigações. [...] Importante destacar que o encontro fortuito de provas, no curso da investigação, não induz à nulidade da prova coletada, conforme jurisprudência assente no Supremo Tribunal Federal, desde que lícitamente obtida. A propósito, os seguintes julgados: (Inq. 3.732/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 22/03/2016; RHC 120.111/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 31.03.2014 e AI 626.217 Agr/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 08.10.2010). [...] usurpação da competência do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás para supervisionar as investigações contra o recorrente Ailton Martins de Oliveira, então Prefeito municipal de Urutaí/GO [...] participação de Ailton Martins de Oliveira no esquema criminoso, o que foi confirmado com a sua confissão no dia 04 de maio de 2017, tornara impositiva a remessa do caso para o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o que não ocorreu *opportune tempore*, como se verifica. [...] Ante esses fatos, reconheço a nulidade das provas originadas a partir da mencionada confissão (04 de maio de 2017), sob o fundamento de usurpação de competência penal do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Entretanto, com relação às demais provas, caberá ao Juízo de origem

A serendipidade é questão bastante frequente nas questões atualmente submetidas ao Supremo Tribunal Federal e, ao longo dos anos, os requisitos para a utilização das provas obtidas fortuitamente ao longo das interceptações telefônicas, ao menos na linha dessa jurisprudência, sofreu abrandamentos⁴⁷⁰, distanciando-se das orientações de parte da doutrina e culminando em críticas⁴⁷¹.

avaliar quais daquelas que teriam sido contaminadas e quais permaneceriam lícitas, seja porque autônomas ou porque obtidas por fonte independente, como já tive oportunidade de destacar: "Em conclusão, as provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorreram de outras fontes, além da própria prova ilícita; garantindo-se, pois, a licitude da prova derivada da ilícita, quando, conforme, salientado pelo Ministro Eros Grau, 'arrimada em elementos probatórios coligidos antes de sua juntada aos autos.'" (Direito Constitucional. p. 135, 35. ed., 2019, Atlas). BRASIL Supremo Tribunal Federal. RHC 171.572 AgR/GO, julgamento em 13/09/2019, DJe 24/09/2019, relatoria do Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

⁴⁶⁹ "5. Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica. [...] 20. A questão de ordem se resolve no sentido do desmembramento do feito, a fim de que a investigação prossiga perante a Suprema Corte somente em relação à autoridade com prerrogativa de foro, com a consequente remessa de cópia dos autos à Seção Judiciária do Estado de São Paulo, independentemente da publicação do acórdão, para livre distribuição, preservada a validade dos atos praticados na origem, inclusive medidas cautelares, dentre as quais a prisão preventiva de um dos investigados, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente (HC nº 81.260/ES, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/4/02). [...] Sendo a colaboração premiada um meio de obtenção de prova, é possível que o agente colaborador traga informações (declarações, documentos, indicação de fontes de prova) a respeito de crimes que não tenham relação alguma com aqueles que, primariamente, sejam objeto da investigação. Esses elementos informativos (art. 155, CPP) sobre crimes outros, sem conexão com a investigação primária, a meu sentir, devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.130/PR, julgamento: 23/09/2015, DJe 03/02/2016, relatoria do Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 26/05/2020.

⁴⁷⁰ Vejam-se as mudanças paulatinas enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal. A exigibilidade da conexão: AI 761706/SP, julgado em 03/08/2009, DJe 27/08/2009, relatoria da Min. Cármen Lúcia; firmando o sentido do HC 81260/ES, julgamento em 14/11/2001, DJ 19/04/2002, relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Exigência da conexão, sendo despicando que o crime conexo fosse também penalizado com reclusão: AI 626.214 AgR/MG, julgado em 21/09/2010, DJe 08/10/2010, relatoria do Min. Joaquim Barbosa; HC 153.010 AgR/SP, julgamento em 29/06/2018, DJe 06-08-2018, relatoria do Min. Roberto Barroso; HC 83.515/RS, julgamento em 16/09/2004, DJe 04/03/2005, relatoria do Min. Nelson Jobim. Não se exigindo a conexão, mas que o crime secundário fosse punido com reclusão: HC 129.678/SP, relator Min. Marco Aurélio, relator p/ acórdão, Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 13/06/2017, DJe de 18/8/2017. Admissibilidade quanto a pessoas ou crimes diversos (dispensa conexão), cuja penalização não seja de reclusão: RHC 120.379/RO, julgamento em 26/08/2014, DJe 24/10/2014, relatoria do Min. Luiz Fux. É a linha do Superior Tribunal de Justiça na Ação Penal 690/TO, relator para o voto Min. João Otávio De Noronha, julgamento em 15/04/2015, DJe 22/05/2015): "Aqui, opto pela orientação do STJ, como exposta (cf., ainda, HC 197.044/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 23.09.2014; HC 187.189/SP, rel. Min. Og Fernandes, DJe 2308.2013), e da maioria da doutrina (por todos: Fernando Capez, Curso de Direito Penal, 4 v., 9. ed., 2014. p. 491), ou seja, que a prova é admitida para pessoas ou crimes diversos daquele originalmente perseguido, ainda que não conexos ou continentes, desde que a interceptação seja legal" BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponíveis em <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

⁴⁷¹ "Com a devida vênia, utilizar uma interpretação telefônica como prova num crime punido com detenção significa flagrante violação ao texto legal em análise. Trata-se de prova inválida. Pela lei a interceptação só vale para crimes punidos com reclusão. Não se pode, pois, fazer interpretação extensiva do texto legal para considerar que se o delito punido com detenção ou contravenção é conexo com o delito para o qual foi autorizada a

Hodiernamente, ao que parece, a conexão é requisito dispensável para a admissibilidade da prova fortuitamente encontrada, preservando-se o rigor, tão somente, no que concerne à observância da validade do procedimento prógono, de modo a evitar eventual desvio de finalidade. No mais, quando revele pessoas estranhas à investigação principal, pode desencadear nova linha de investigação e receber o tratamento conferido aos elementos informativos, a teor do artigo 155 do Código de Processo Penal.⁴⁷²

2.6. Prova emprestada

interceptação a prova então será válida para todas as infrações. Não há nada na presente lei que permita tal interpretação.” GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. Op.cit., p. 121.

⁴⁷² A exemplo, trago à baila a questão aventada no Inq 4831/DF, instaurado a partir do pronunciamento feito no dia 24/04/2020, pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Fernando Moro, para averiguação das declarações que evidenciarão a prática de delitos, em tese, pelo Presidente da República, nos termos da Pet 8802/DF subscrita pelo Procurador Geral da República, consistentes em falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal), coação no curso do processo (art. 344 do CP), advocacia administrativa (art. 321 do CP), prevaricação (art. 319 do CP), obstrução de Justiça (art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013), corrupção passiva privilegiada (art. 317, § 2º, do CP) ou mesmo denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal), além de crimes contra a honra (arts. 138 a 140 do CP). “1. O caso ora em julgamento: a questão da divulgação, total ou parcial, da gravação da reunião ministerial realizada no dia 22/04/2020, no Palácio do Planalto. [...] 8. Descoberta fortuita de prova da aparente prática, pelo Ministro da Educação, de possível crime contra a honra dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. [...] Assinale-se, bem por isso, no que se refere à descoberta fortuita ou acidental de elementos de informação obtidos, casualmente, contra alguém até então desconhecido, por meio de obtenção de prova efetuada em face de terceiras pessoas, em procedimento probatório validamente instaurado quanto a tais terceiras pessoas (Presidente Bolsonaro e Sérgio Fernando Moro), que a prova penal daí resultante reveste-se de plena eficácia jurídica. Destaque-se, bem por isso, que o tema da descoberta fortuita ou acidental tem constituído objeto de ampla discussão doutrinária, com especial destaque para aqueles autores que reconhecem a legitimidade dos dados informativos causalmente obtidos em face de pessoas estranhas aos procedimento investigatório, tal como sucede na espécie, assumindo, em consequência, plena validade jurídica e conferindo, desse modo, inteira licitude aos elementos de informação assim descobertos [...]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. 4831/DF, relatoria do Ministro Celso de Mello, julgamento em 22/05/2020, DJe 25/05/2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5899439>>. Acesso em: 27 mai. 2020. E também: “5. Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica. [...] 20. A questão de ordem se resolve no sentido do desmembramento do feito, a fim de que a investigação prossiga perante a Suprema Corte somente em relação à autoridade com prerrogativa de foro, com a consequente remessa de cópia dos autos à Seção Judiciária do Estado de São Paulo, independentemente da publicação do acórdão, para livre distribuição, preservada a validade dos atos praticados na origem, inclusive medidas cautelares, dentre as quais a prisão preventiva de um dos investigados, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente (HC nº 81.260/ES, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/4/02). [...] Sendo a colaboração premiada um meio de obtenção de prova, é possível que o agente colaborador traga informações (declarações, documentos, indicação de fontes de prova) a respeito de crimes que não tenham relação alguma com aqueles que, primariamente, sejam objeto da investigação. Esses elementos informativos (art. 155, CPP) sobre crimes outros, sem conexão com a investigação primária, a meu sentir, devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.130/PR, julgamento: 23/09/2015, DJe 03/02/2016, relatoria do Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 26/05/2020.

Sinônimo de prova produzida em um processo e que é trasladada documentalmente a outro⁴⁷³, sua utilização responde aos anseios de economia processual, seja porque obsta a repetição desnecessária de atos processuais, reduzindo os custos operacionais, seja porque é capaz de conservar a integridade das provas não repetíveis porquanto perecíveis. Não de outra forma, a prova emprestada se presta fundamentalmente à otimização, racionalidade e eficiência da prestação jurisdicional na perquirição pela verdade judicial.

A prova emprestada é um viés do Princípio da Comunhão da Prova, sob a perspectiva da comunhão externa, a partir do momento que a prova nos autos não é da acusação ou da defesa, mas do juízo. Pode-se falar em empréstimo de prova não só a requerimento das partes, como também determinado de ofício pelo juiz.

Como bem pondera Rui Portanova:

Sendo o fim da prova levar a certeza à mente do juiz, para que possa falar conforme a justiça, diz Echandía, há um interesse indubitável e manifesto em razão da função que desempenha no processo. É o princípio do interesse público na função da prova. É evidente, cada parte persegue, com suas próprias forças, um benefício próprio e imediato. Contudo, há de se considerar, ainda, o interesse público mediato que está acima dos benefícios específicos das partes. Em conseqüência, a prova nunca pertence a uma ou outra parte, mas ao juízo. Por igual, o benefício que se retira do elemento probatório não se vincula somente ao interesse da parte que produziu tal prova. É o princípio da comunhão ou comunidade da prova, também chamado da aquisição.⁴⁷⁴

Tais ilações são corroboradas precisamente nas dicções do mestre Hernando Devis Echandía:

Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad; esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que solo a este beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia Del hecho a que se refiere, sea que resulte em beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla. Como el fin del proceso es La realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a esse resultado, nada importa quién lãs haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho.⁴⁷⁵

⁴⁷³ “A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos documentos que a documentaram”. CAMARA, Alexandre Freitas. *Doenças Preexistentes e o ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*. In: Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31. p. 11.

⁴⁷⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Campinas: Livraria do Advogado, 1999. p. 217.

⁴⁷⁵ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Op. cit., p. 118.

A prova emprestada ao processo assume a forma documentada, no entanto, seu valor “é o da sua essência, e esta será sempre a originária, consoante foi produzida no processo primitivo”.⁴⁷⁶⁻⁴⁷⁷

Em razão da sua importância na formação da convicção do juiz, de acordo com a doutrina majoritária⁴⁷⁸, a admissibilidade da prova emprestada requer ter sido produzida em processo frente a órgão jurisdicional, formada entre as mesmas partes ou ao menos contra quem a prova será utilizada, sob a luz do contraditório e da ampla defesa.⁴⁷⁹ Não obstante, vezes se levantam em todos os sentidos em termos de requisitos.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ ARANHA, Adalberto José Camargo apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Op.cit., p. 62.

⁴⁷⁷ “O juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo. Eis o aspecto essencial da prova trasladada: apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário. É tal diversidade que confere à prova emprestada regime jurídico específico – o qual não se identifica com o da prova documental nem com o da prova que se emprestou, em sua essência de origem.” TALAMINI, Eduardo. *Prova emprestada no Processo Civil e Penal*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 35, n. 140, out./dez. 1998. p. 147.

⁴⁷⁸ Pela presença de ambas as partes: LESSONA, Carlo. *Trattato delle prove in materia civile*. 3. ed. Florença: Fratelli Camelli, 1914. v. 1; ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Exegese do CPC*. v. 4, t. 1. Rio de Janeiro: Aide, [198?]. p. 62; ALVIM, J. Manoel; ALVIM, Tereza A. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 2. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 233. Pela presença, ao menos, daquele contra quem a prova será utilizada: ECHANDIA, Hernando Devis. Op.cit., p. 367-368; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 255-256; MARQUES, J. Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 305; SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op.cit.; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Prova emprestada*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 4, 1993. p. 66.

⁴⁷⁹ Para Ada Pellegrini Grinover, “A esse primeiro, indispensável requisito constitucional de admissibilidade, há que acrescentar outro, em face do princípio constitucional do juiz natural, enquanto juiz competente para processar e julgar (art. 5º, LIII, CF). É preciso, para admitir-se a prova emprestada, que o contraditório no processo originário tenha sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Op.cit., p. 63.

⁴⁸⁰ Para SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas do Direito Processual Civil*. Op.cit.; ARANHA, Adalberto José Camargo. Op.cit., 1994. p. 197 e RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 150, a prova emprestada não precisa ser colhida entre as mesmas partes, basta o respeito ao contraditório, no entanto, impõe-se a identidade ou semelhança do fato probando nos dois processos. Em SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas do Direito Processual Civil*. Op.cit., p. 506, o autor discorre acerca de três situações com consequências distintas: a) prova foi produzida entre as mesmas partes no primeiro processo: no segundo processo a prova emprestada tem sua eficácia original conservada, uma vez observados os requisitos de produção; b) prova produzida em processo em que uma das partes é diferente: b.1) se a prova é trasladada por quem participou de sua produção no processo anterior, não terá eficácia em relação à parte contrária, a qual não participou da produção. Nesse caso assume valor de adminículo probatório b.2) se a prova é transportada por quem não foi parte no processo anterior, conserva eficácia probatória; c) prova foi produzida por terceiros, estranhos ao processo no qual será empregada: a prova não poderá ser admitida. Na linha ainda desse doutrinador, quanto mais possível a reprodução da prova, tanto menores a sua aproveitabilidade e eficácia; quanto menos possível a sua reprodução, tanto maiores a sua aproveitabilidade e eficácia. Segundo TALAMINI, Eduardo. *Ibidem* p. 149, “A prova produzida contra revel em processo civil, v.g., não pode ser utilizada por empréstimo contra esta mesma pessoa em processo penal. Não fosse assim, por meio de caminho tortuoso, seria inobservada a regra da indisponibilidade da defesa técnica.” Sobre o empréstimo de prova quanto à saúde mental do acusado pondera GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 170: “O exame será sempre específico para os fatos relatados no inquérito ou no processo, e não pode ser substituído por interdição civil ou exame de insanidade realizado em razão de outro fato. Isto porque, em virtude do sistema biopsicológico sobre a inimputabilidade, colhido pelo Código Penal, os peritos devem responder se à época do fato o acusado era, ou não, capaz de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se segundo esse entendimento. Logo, não pode haver aproveitamento de outro exame referente a outro fato.”

A bem da verdade, a observância do princípio do contraditório no processo de origem, e obviamente no processo de destino, recrudesce a justiça no processo. É através da dialeticidade entre as partes que se oportuniza a fiscalização recíproca dos atos praticados e da própria atividade jurisdicional.⁴⁸¹

Não se olvidem de requisitos outros para a legalidade da prova, como a observância dos princípios regentes da prova em sua natureza jurídica original (prova testemunhal, depoimentos pessoais, entre outras) tanto no processo originário quanto no segundo processo, como também dos princípios que regem a prova documental no processo para qual a prova foi direcionada.⁴⁸²

Embora o Código de Processo Civil consagre a atipicidade de provas (artigo 369) e a prova emprestada seja um instituto legítimo (artigo 372), no Código de Processo Penal não se tem regra expressa a respeito, o que possibilitou entendimentos minoritários acerca da impossibilidade da utilização da prova emprestada no processo penal. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência têm-na admitido em cumprimento à Ampla Defesa que seria maculada diante de limitações injustificáveis à atividade probatória.

Não compartilhamos do entendimento da doutrina sobre o qual o valor da prova emprestada é o da sua essência original. Acreditamos sim, que a prova emprestada corresponde a mesma espécie de prova produzida originariamente. No entanto, o seu valor pode ou não corresponder ao valor primeiramente empregado, pois somente o juiz do processo para o qual a prova foi transportada poderá, motivadamente, dizê-lo.

A valoração no processo da prova emprestada é atividade totalmente livre e desvinculada dos atributos conferidos no processo no qual foi originariamente produzida, uma vez que, embora haja resquícios de prova tarifada no processo penal brasileiro, essa não é a regra. Veja-se que, analogicamente, pode-se invocar a aplicação do artigo 372 do Código de

⁴⁸¹ "A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do contraditório, traduzindo-se em prova ilícita". (STF, Rcl n. 11243, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 08/06/2011, DJe 05/10/2011). "É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. - A prova emprestada, quando produzida com transgressão ao princípio constitucional do contraditório, notadamente se utilizada em sede processual penal, mostra-se destituída de eficácia jurídica, não se revelando apta, por isso mesmo, a demonstrar, de forma idônea, os fatos a que ela se refere." (STF, RHC n. 106.398, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento 04/10/2011, DJe 03/04/2012). Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

⁴⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ibidem*.

Processo Civil o qual pondera que ao juiz cabe atribuir à prova produzida em outro processo o valor que considerar adequado.⁴⁸³

Todos os meios de prova possuem a mesma força probante e não disputam hierarquia, são destinados exclusivamente a formar a íntima convicção e revelar o conhecimento da verdade dos fatos. Cabe ao juiz⁴⁸⁴, no processo cognitivo de valoração, escolher a prova e lhe atribuir o peso capaz de transformar a verdade em certeza.

Embora emprestada, prova não deixa de ser, portanto, submete-se a todo o complexo hígido de normas e princípios que norteiam a atividade processual probatória regular, sob pena de ser inadmitida ou considerada nula ou, simplesmente, prova deixar de ser⁴⁸⁵.

3. PLEA BARGAINING NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

3.1. Sistema jurídico americano

A análise de pontos históricos que ajudaram na formação do sistema de justiça norteamericano são imprescindíveis para uma visualização do contexto em que os instrumentos objeto do presente trabalho foram criados e são utilizados.

A despeito da existência nos Estados Unidos da América de um Governo Federal e um poder central na figura do Presidente, os Estados gozam de ampla autonomia para definir a maior parte dos direitos e deveres através de legislações estaduais. Reflexo disso é a expansão de Estados com regras mais permissivas em detrimento de outros mais ortodoxos, nos quais há expressa vedação ao casamento homoafetivo, à eutanásia e ao aborto, por exemplo.

Esta dicotomia remonta às raízes da colonização pelos ingleses nas colônias do Norte e do Sul, já que a heterogenia do clima culminava no desenvolvimento de atividades -

⁴⁸³ À luz do artigo 3º do Código de Processo Penal, a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Por sua vez, o Enunciado 3 do CJF dispõe que as disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei (nessa linha AgRg no AREsp 1442229/RJ em 12/08/2019).

⁴⁸⁴ “Aunque el principio tiene contenido general (si una parte interpone el recurso de apelación, este se tramitará para las dos), es en la prueba donde adquiere mayor sentido, significando que si un hecho ha sido probado, el juzgador tiene que partir de él en la sentencia, siendo indiferente qué parte lo haya probado. Dicho de outra maneira, todas las pruebas se incorporan al proceso, son del proceso em que producirán certeza, y tienen como destinatário al juez”. AROCA, Juan Montero. *La prueba en el Proceso Civil*. 3. ed. Madri: Civitas, 2002. p. 83.

⁴⁸⁵ Gustavo Badaró explana a respeito de quatro importantes critérios para que a prova originária possa ser trasladada a outro processo os quais encontramos grande pertinência: “(1) a prova do primeiro processo tenha sido produzida perante o juiz natural; (2) a prova produzida no primeiro processo tenha possibilitado o exercício do contraditório perante a parte do segundo processo; (3) que o objeto da prova seja o mesmo nos dois processos; (4) que o âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Op. cit., p. 441.

principalmente econômicas - distintas, evidentemente adaptadas à especificidade de cada localidade: tanto que, enquanto no Norte se estabeleceram pequenas propriedades sem grande relevância externa, no Sul houve domínio de grandes propriedades e monocultura de exportação.

Fatalmente toda atenção dos ingleses inicialmente voltou-se às colônias do Sul, o que propiciava uma maior liberdade de atuação nas colônias do Norte. Ainda assim, por não deter um domínio consistente e efetivo, a Inglaterra favoreceu o soerguimento de colônias dotadas de autonomia de gestão, de resolução de conflitos e de atuação, já que as decisões e ordens tomadas pelas assembleias dos colonos locais possuíam maior relevância do que as imposições que provinham dos gestores ingleses.

Uma vez proclamada a independência dos Estados Unidos da América, apesar do modelo federalista adotado, cada região detinha um regramento próprio e a sua forma de decidir a respeito dos melhores passos para o Estado e sobre os conflitos que surgiam.

Evidentemente que esse modelo histórico de colonização contribuiu para a ascensão de Estados com maior autonomia, o que pode ser comprovado a partir da elaboração de uma Constituição sintética (*Bill of Rights* americano) na qual, já no primeiro artigo, elenca as competências federais⁴⁸⁶ - excessivamente suscinto se comparado ao texto da Constituição brasileira de 1988 – e se estabelece aos Estados um amplo poder e liberdade de legislar sobre diversos assuntos, dos mais consensuais aos mais polêmicos.⁴⁸⁷

No entanto, essa legislatura não é absoluta e nem ilimitada, tendo em vista que a 14ª Emenda à Constituição americana determina que não só o Governo Federal, mas também os Governos Estaduais, devem respeitar os ditames previstos no *Bill of Rights*.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ A Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

⁴⁸⁷ “O Congresso tinha dois problemas a resolver: um, onde reside a soberania; outro, o da repartição de poderes. O primeiro resolveu-o instituindo o princípio da soberania popular (a soberania reside no povo); o segundo, através de uma repartição de poderes em que a Federação reserva para si competência sobre determinadas matérias previstas no artigo 1.º da Constituição federal. No restante, os Estados podem legislar como entenderem. Daí que, por exemplo, haja Estados onde existe pena de morte e noutros não e os exemplos poderiam multiplicar-se. Os Estados gozam de uma enorme autonomia, tendo como limite a Constituição federal e o respeito pela forma republicana de governo (artigo 4.º da Constituição federal). Cada um outorga e altera a sua própria Constituição, detém um governador eleito por sufrágio universal, um Executivo, uma assembleia legislativa e uma organização judiciária própria à semelhança da organização política federal. Todavia, têm de respeitar a Constituição e as leis federais.” FRAGA, Carlos; FIGUEIREDO, Eurico; CONDESSO Fernando; MALTEZ, José Adelino. *O federalismo norte-americano*. In: Público, 20 de agosto de 2017. Disponível em <<https://www.publico.pt/2017/08/20/politica/opiniao/o-federalismo-norteamericano-1781983>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁴⁸⁸ A Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 24/04/2022.

No que tange ao sistema jurídico adotado nos EUA (*common law*), em que pese lastrear-se, em sua maior parte, em jurisprudências de casos anteriores (*judge-made law*) e no Princípio da Consistência no Tempo (*stare decisis*)⁴⁸⁹, também convive com o Princípio da Legalidade constituído sobre três pilares: a) *prohibition against vagueness*, impedindo a existência de tipos penais imprecisos, dificultando o real entendimento acerca de qual é a conduta vedada; (b) *rule of lenity*, aplicado em casos de dúvida entre dois tipos penais elaborados sem rigor, quando deve ser aplicada interpretação a favor do acusado; c) *ban on ex post facto laws*, que, entre nós, é conhecido como o Princípio da Anterioridade da Lei Penal⁴⁹⁰.

Urge mencionar, ainda, a respeito da predominância do sistema adversarial (*adversarial system*), atribuindo-se às partes o encargo pela construção probatória e apresentação de seus casos e argumentos diante de juízes inertes.

3.1.1. O processo penal americano

Ocorrida a infração penal o autor do fato é imediatamente submetido à *initial appearance* - levado diante do juiz que verifica a constitucionalidade da prisão e suas circunstâncias – além de ser lhe garantido o direito de obter detalhes acerca do que lhe é imputado⁴⁹¹.

Em seguida ocorrerá a *preliminary hearing*, momento no qual o promotor deverá atestar a existência de *probable cause*, consistente na prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Trata-se de ato processual que tem a finalidade de verificar a admissibilidade da acusação, sem gerar qualquer decisão acerca da culpa do acusado. Após essa audiência, abre-se espaço para o *arraingment* em que o autor do fato é instado a se

⁴⁸⁹ CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos*. Belo Horizonte: Ed. Plácido, 2019. p. 23.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 23-24.

⁴⁹¹ No Brasil, foi instituída a audiência de custódia, em similaridade ao *initial appearance*, através da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, em dezembro de 2015, cujo principal objetivo “é a apresentação da pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial competente, em prazo exíguo, a fim de constatar as condições e circunstâncias em que ocorreu a prisão.” Tal procedimento é aplicado não só nos casos de prisão em flagrante, mas “também nos casos de prisão por força de cumprimento de mandado judicial, seja de prisão preventiva, prisão temporária ou, ainda, de prisão definitiva.” O novo instituto visa garantir a regularidade do processo e dos procedimentos aplicados, a partir da verificação da “ocorrência de abusos, especialmente a tortura e os maus-tratos, perpetrados em face da pessoa detida, bem como analisar a necessidade, ou não, da manutenção da custódia segregacional do preso.” LIMA, Guilherme Graciliano Araujo. *Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na América Latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização legal no Brasil*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 26, v. 147, set./2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20180147.5&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=e&eid=bada1102f7fecc9e0b1c27c4978df885&eat=DTR_2018_19323&pg=&psl=&nvgS=false>. Acesso em: 09 abr. 2021.

manifestar acerca de como entende o seu estado: culpado ou inocente, após receber cópia da denúncia. Importante ressaltar que esses institutos podem ser realizados no mesmo momento ou separadamente, a depender do regramento de cada Estado norte-americano.

A instrução probatória tem início no *discovery*, quando as partes informam à parte adversa e ao juízo as provas que pretendem produzir para que não haja surpresa no julgamento. Como mencionado anteriormente, por cada Estado possuir uma legislação específica a respeito do procedimento, a necessidade de informação a ser apresentada varia de um local para o outro, assim como há diferenças entre a apresentação das provas nos processos cíveis e penais.

Por fim, chega-se ao *jury trial*, onde efetivamente é realizado o julgamento. Tradicionalmente será composto por um corpo de jurados que determina o veredito, podendo, contudo, o acusado dispensar os jurados e optar por um julgamento a ser realizado por juiz singular. Como consequência, marca-se uma *sentency hearing* para leitura da sentença ao acusado e às demais partes do processo.

O acordo e a declaração de culpa, que são objeto do presente capítulo, podem ser realizados em qualquer etapa das anteriormente mencionadas, inclusive durante o *trial*, desde que antes da chegada ao veredito final⁴⁹².

Essa manifestação pode ocorrer de forma voluntária pelo acusado ou mesmo após acordo com a promotoria. Não há no ordenamento federal qualquer limitação à aplicação

⁴⁹² “ A forma conciliatória ou de confronto deve ser escolhida para a resolução da controvérsia? Mais uma vez, a resposta deve resultar do caráter do estado reativo. Seu ideal de autogestão o leva a confiar principalmente na sociedade civil para a resolução de disputas: se os disputantes pertencem à mesma associação ou fazem parte da mesma instituição social, é melhor que suas divergências sejam resolvidas internamente. Nesse cenário, a resolução de disputas pode ser entendida como envolvendo uma busca por posições intermediárias entre reivindicações concorrentes, para reconciliação e mediação: apelos a objetivos compartilhados ou exortações ao sacrifício mútuo em prol da preservação de relacionamentos valiosos tomam seu devido lugar. O recurso a um fórum estadual é imaginado apenas como um meio de último recurso, a ser empregado no caso de meios "privados" menos drásticos falharem.... A conciliação resulta em uma decisão que não reflete a lei no que diz respeito às questões em controvérsia: o julgamento é uma acomodação, que raramente fornece pontos de referência fixos sobre como os casos futuros seriam decididos na ausência de pedidos privados.” No original: “Should conciliatory or confrontational forms be chosen for the resolution of the controversy? Again, the answer must follow from the character of the reactive state. Its ideal of self-management prompts it to place primary reliance for dispute resolution on civil society: if disputants belong to the same association or are part of the same social institution, their disagreements are best settled internally. In this setting, dispute resolution can be understood to involve a search for middle positions between competing claims, for reconciliation and mediation: appeals to shared goals or exhortations to mutual sacrifice for the sake of preserving valued relationships take their rightful place. Recourse to a state forum is imagined only as a means of last resort, to be employed in the event that less drastic ‘private’ means have failed. (...) Conciliation results in a decision that does not reflect the law as related to the issues in controversy: the judgement is an accommodation, which seldom provides fixed reference points as to how future cases would be decided in the absence of private ordering.” DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal process*. In: Yale University Press. New Haven and London. 1931. Ebook.

desses institutos, porém diversos Estados proíbem a sua ocorrência em determinados delitos, geralmente os mais graves⁴⁹³.

3.2. *Plea Bargaining* nos EUA⁴⁹⁴

3.2.1. Procedimento adotado nos EUA

A expressão *Plea Bargain* refere-se às tratativas para a assunção de culpa, que pode derivar de atuação voluntária do acusado ou decorrer de acordo realizado com o advogado de acusação⁴⁹⁵.⁴⁹⁶ Uma vez idealizado, o procedimento do *plea bargaining* não era muito utilizado, ficando em uma média de 10% a 20% dos casos, no máximo⁴⁹⁷. Alguns fatores colaboravam para isso como o não acompanhamento dos réus por advogados, cabendo aos

⁴⁹³ CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit. p. 26/36.

⁴⁹⁴ “Exemplificando como é comum o *plea bargaining* no contexto do sistema de justiça criminal norte-americano, durante um período de 12 meses terminando em 30 de junho de 2017, havia 75.208 acusados criminais em todas as cortes federais dos EUA. (...) entre os casos que resultaram em condenações, *plea bargaining* foi responsável por 67.320 condenações (...). Estes números sugerem que o procedimento de *plea bargaining* foi responsável por resolver 89,5% de todos os casos criminais nos tribunais federais estadunidenses no período examinado. Além disso, considerando a proporção de réus condenados que se declararam culpados (*plead guilty*) ou condenados por juízes togados ou pelo tribunal do júri, o equilíbrio da equação é surpreendente: *plea bargaining* representaram 97,7% de todas as condenações em processos criminais nas cortes federais dos EUA durante o mesmo período de 12 meses.” SOUSA, Marllon. *Plea Bargaining no Brasil: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu*. 2ª ed. Salvador: Juspodium, 2020. p. 93-94.

⁴⁹⁵ “Quando se fala em *plea* no direito estadunidense, não se está necessariamente referindo ao processo de negociação entre as partes. A expressão *plea* se refere especificamente à etapa processual obrigatória de declaração ou não de culpa perante o juízo bem como a todas as formalidades impostas ao ato. A *plea* pode ou não ser antecedida de *agreement*, que é o acordo entre a acusação e a defesa, resultante da negociação (*bargain*) e, quando ocorre, ele integra formalmente os autos.” CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit., p. 49.

⁴⁹⁶ “Milton Heumman definiu a prática como o processo pelo qual o réu renuncia ao seu direito de ir a julgamento em troca de uma redução na acusação/sentença... Albert Alschuler conceitua o *plea bargaining* como a troca de concessões oficiais pelo ato de autoincriminação do acusado... Joseph Sanborn Jr., para quem, o instituto pode ser definido como a concordância do réu em declarar-se culpado de uma acusação criminal em troca de redução da acusação e/ou consideração na sentença por parte do promotor e/ou juiz... Tendo em mente essas posições acadêmicas e analisando os elementos essenciais da negociação de disputas, este estudo afirma que *plea bargaining* pode ser definido em sentido estreito e amplo. Em uma visão estreita, é o procedimento preliminar pelo qual o indivíduo, formalmente acusado de cometer um crime (contravenção ou crime), negocia com a acusação uma confissão (autoincriminação) em troca de algum benefício que pode tanto ser o decote como a remodulação da acusação (*charge bargaining*), a recomendação de uma sentença mais branda (*sentencing bargaining*) ou ambos. Além disso, um conceito mais amplo de *plea bargaining* inclui a fase de confissão de culpa em que o réu, em audiência pública, declara voluntariamente e com conhecimento de todas as causas do acordo e das consequências da confissão de que foi o autor dos crimes, ou não opta por contestar a acusação (*nolo contendere*) na expectativa de receber algum benefício da acusação (decote de tipos penais), do juiz (por exemplo, uma sentença branda) ou de ambas as autoridades.” SOUSA, Marllon. *Ibidem*, p. 95-98.

⁴⁹⁷ ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining And Its History*. In: *Columbia Law Review*, v. 79, n. 01. p. 08, jan/1979. Disponível em <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

demais participantes do julgamento alertar ao réu sobre as consequências de sua manifestação, bem como o fato de a pena prevista para a maior parte dos crimes ser a pena de morte⁴⁹⁸.

Muitas críticas permeavam o novo instituto, chegando-se a apontá-lo como um blefe estatal: ora porque imputava crimes mais graves do que os originariamente praticados, ora porque mitigava a resposta estatal, reduzindo-se as consequências penais, caracterizando um incentivo ao crime. Oportunamente foi taxado, inclusive, de “incompetente, ineficiente e preguiçoso método de administrar a justiça”, de modo a ser censurado por evidenciar uma economia quanto à duração e ao custo dos julgamentos criminais.⁴⁹⁹

Ainda, a prática essencial do *plea bargaining* afrontava um princípio basilar do *common law*, segundo o qual a manifestação estaria viciada caso fosse apresentada após a promessa de qualquer benefício ou ameaça de tortura⁵⁰⁰. É certo que durante muitos séculos as manifestações confirmatórias dos réus não eram conhecidas como *plea bargain*, mas simplesmente como confissões⁵⁰¹, situação que perdurou até meados do século XIX.

⁴⁹⁸ “Provavelmente mais importante do que a desconfiança judicial de confissões de culpa foi o fato de que os réus de crimes ingleses não foram representados por um advogado ... Outra razão para o desânimo dos tribunais de confissões de culpa foi que a morte era a pena prescrita para todos os crimes. Quando uma confissão de culpa é um ato de suicídio, é compreensível que sua aceitação evoque sentimentos de escrúpulo.” (tradução livre) No original: “Probably more important than the judicial distrust of guilty pleas was the fact that English felony defendants were not represented by counsel... Still another reason for the courts' discouragement of guilty pleas was that death was the prescribed penalty for every felony. When a guilty plea is an act of suicide, it is understandable that the acceptance of it should evoke squeamish feelings.” Ibidem, p. 11.

⁴⁹⁹ “Finally, the affirmative justification for plea bargaining may be weaker than the justification for other forms of negotiation. Providing a “break” because the defendant has relieved the victim's suffering or because he has brought other offenders to justice is not the same as providing this break because the defendant has saved the government the time,, the expense, and the risk of trial. A sacrifice of penological interests seems less objectionable when it is incurred for the sake of compensatory interests or law enforcement interests than when it is incurred for the sake of administrative interests. (...) The Illinois Crime Survey observed, “Either [the state] is ‘bluffing’ in the charges that are originally brought ... , that is, charging persons with more serious crimes than they should be charged with, or . . . the force of law administration [is being whittled down] to a mere fragment of its basic seriousness.” (...) The Chicago Tribune called it an “incompetent, inefficient, and lazy method of administering justice.” ” Idem. p. 4, 28 e 31.

⁵⁰⁰ “O mais famoso dos casos de confissão foi provavelmente *Rex v. Warickshall*, que em 1783 considerou qualquer confissão obtida “por promessas de favor” como inadmissível. O tribunal declarou: “[A] confissão forçada da mente pela lisonja da esperança ou pela tortura do medo, assume uma forma tão questionável ... que nenhum crédito deve ser dado a ela.” Logo ficou claro que qualquer confissão “obtida por [uma] promessa direta ou implícita [], por menor que seja” não poderia ser recebida como evidência. Mesmo a oferta de um copo de gim era uma “promessa de clemência” capaz de coagir uma confissão. A regra básica era, e ainda é, que uma promessa de clemência por uma pessoa em posição de autoridade invalida uma confissão extrajudicial.” (tradução livre) No original: “The most famous of the confession cases was probably *Rex v. Warickshall*, which in 1783 held any confession obtained “by promises of favor” to be inadmissible. The court declared, “[A] confession forced from the mind by the flattery of hope, or by the torture of fear, comes in so questionable a shape ... that no credit ought to be given to it.” It soon became clear that any confession “obtained by [a] direct or implied promise [], however slight” could not be received in evidence. Even the offer of a glass of gin was a “promise of leniency” capable of coercing a confession. The basic rule was, and is still, that a promise of leniency by a person in authority invalidates an out-of-court confession.” ALSCHULER, Albert W. Idem. p. 12.

⁵⁰¹ “Os primeiros tratados continham catálogos elaborados das alegações que um réu poderia oferecer em um caso criminal, mas esses catálogos não mencionavam confissões ou alegações de culpado. Apenas as seções dos tratados sobre “evidências” descreveram o que agora é considerado uma confissão de culpa. O trabalho de John Frederick Archbold é típico. As confissões, disse ele, são de quatro tipos: confissões extrajudiciais, confissões

Apesar de ser um procedimento bastante antigo, datado de antes da Guerra Civil norte-americana, o *plea bargaining* somente assumiu o papel de protagonismo que hoje exerce a partir de 1920⁵⁰²⁻⁵⁰³. Esse fortalecimento se deu em razão de algumas causas pontuais como, por exemplo, o aumento do número da população jovem decorrente do “*baby boom*” pós II Guerra Mundial, que gerou uma nova onda de crimes e o aumento do uso e tráfico de drogas;

durante os interrogatórios preliminares pelos magistrados, confissões que chamaríamos de apelos de *nolo contendere* e confissões que chamaríamos de confissões de culpa. “Todas essas várias espécies de confissões, para ter efeito, devem ser voluntárias”, concluiu.” (tradução livre) No original: “Early treatises contained elaborate catalogues of the pleas that a defendant might offer in a criminal case, but these catalogues did not mention confessions or pleas of guilty. Only the sections of the treatises on “evidence” described what is now thought of as a guilty plea. The work of John Frederick Archbold is typical. Confessions, he said, are of four kinds: extra-judicial confessions, confessions during preliminary interrogations by magistrates, confessions that we would call pleas of *nolo contendere*, and confessions that we would call pleas of guilty. “All of these several species of confessions, to be of effect, must be voluntary,” he concluded.” *Ibidem* p. 13.

⁵⁰² “É mais importante dissipar a noção de que os estágios determinantes da culpa do processo de julgamento se tornaram um mecanismo de resolução de disputas. É verdade que, na maioria dos casos, este parecia ser superficialmente o caso: uma declaração de inocência era a pré-condição para o início do julgamento. Mas não se deve esquecer que o juiz poderia se recusar a aceitar uma confissão de culpa, de modo que o julgamento pudesse ocorrer na ausência de uma controvérsia genuína entre a acusação e a defesa. Mesmo que raramente, a natureza epifenomenal da disputa viria à tona. Pelo menos em alguns estados americanos, o juiz também foi autorizado a criar artificialmente a disputa ausente entre o promotor “regular” e um indivíduo, nomeando um promotor especial e direcionando-o a iniciar o processo ... Ainda não havia direito estadual de assistência jurídica gratuita, de modo que, quando um réu pobre se declarasse inocente, o juiz muitas vezes assumia uma postura “ativista” e tentava elucidar os fatos favoráveis à defesa por conta própria.” (tradução livre) No original: “It is more important to dispel the notion that the guilt-determinative stages of the trial process turned into a dispute-resolving mechanism. True, in most instances this appeared superficially to be the case: a plea of not guilty was the precondition for the trial to commence. But it should not be overlooked that the judge could refuse to accept a guilty plea, so that trial could take place in the absence of a genuine controversy between the prosecution and the defense. Even if rarely, the epiphenomenal nature of the disputation would come to the surface. At least in some American states, the judge was also authorized to create artificially the absent dispute between the ‘regular’ prosecutor and an individual by appointing a special prosecutor and directing him to initiate prosecution... There was as yet no free state right to free legal assistance, so that where an impecunious defendant plead not guilty, the judge would often assume an ‘activist’ posture and try to elucidate facts favorable to the defense on his own.” DAMASKA, Mirjan R. Op. cit. Ebook.

⁵⁰³ “As pesquisas comumente revelaram um aumento substancial na porcentagem de confissões de culpa no período imediatamente anterior à sua publicação e também indicaram que a negociação de confissões se tornou rotina em diferentes jurisdições em momentos diferentes. Nas jurisdições urbanas da Virgínia, metade de todas as condenações foram por confissão de culpa em 1917, mas três quartos foram por confissão de culpa em 1927. Entre 1916 e 1921, o número de confissões de culpa em tribunais de contravenções urbanas na Geórgia aumentou aproximadamente três vezes mais rápido que o número total de casos. Em New Haven, em 1888, 75% de todas as condenações por crimes foram pela confissão de culpa; um aumento constante trouxe o número para mais de 90% em 1921. Nos tribunais federais, as estatísticas datam de 1908, quando apenas cerca de 50% de todas as condenações eram por confissão de culpa. Esse percentual permaneceu razoavelmente constante até 1916, quando aumentou para 72% ... Em 1925, o percentual de condenações por confissão de culpa atingiu quase 90.149% aproximadamente o mesmo nível dos últimos anos.” (tradução livre) No original: “The surveys commonly revealed a substantial increase in the percentage of guilty pleas in the period just before their publication, and they also indicated that plea bargaining became routine in different jurisdictions at different times. In urban jurisdictions in Virginia, half of all convictions were by guilty plea in 1917, but three-quarters were by guilty plea in 1927. Between 1916 and 1921 the number of guilty pleas in urban misdemeanor courts in Georgia increased approximately three times as rapidly as the total number of cases. In New Haven in 1888, fully 75% of all felony convictions were by plea of guilty; a steady increase brought the figure to over 90% by 1921. In the federal courts, the statistics date from 1908, when only about 50% of all convictions were by plea of guilty. This percentage remained fairly constant until 1916, when it increased to 72%... By 1925, the percentage of convictions by guilty plea had reached almost 90,149 approximately the same level as that of recent years.” ALSCHULER, Albert W. Op. cit., p. 27.

a complexidade dos processos e a necessidade de abreviar a resposta estatal⁵⁰⁴. Fala-se, também, que a corrupção política nos Tribunais possa ter sido um fator importante para o incremento das delações premiadas, assim como a influência dos *Court officers* - almejantes de notoriedade e encerramento de casos -, e dos próprios oficiais de polícia.⁵⁰⁵

O procedimento proposto para o *plea bargaining* respalda-se na Regra 11 (*Rule 11*) dentro das Regras Federais de Processo Penal americano, datada de 1944⁵⁰⁶ e revisada em 1965⁵⁰⁷, quando foram acrescentadas algumas garantias aos acusados como o questionamento

⁵⁰⁴ “O ressurgimento do plea bargain se deve a alguns fatores: 1) a “onda de crimes” da década de 1960 decorrente do aumento de nascimentos após a II Guerra Mundial e o aumento da proporção de pessoas jovens na sociedade, e 2) o aumento do uso de drogas (especialmente maconha) e outros casos de crimes sem vítimas. Em 1967, tanto a Associação Americana de Advogados e a Comissão do Presidente sobre Aplicação da Lei e Administração da Justiça apontaram sua aprovação em relação ao *plea bargain*. Em 1971, a Suprema Corte dos Estados Unidos especificamente aceitou o *plea bargain* como parte do sistema de justiça criminal.” (tradução livre) No original: “The re-emergence of plea bargaining was due to a couple of factors: 1) the “crime wave” of the 1960s produced by the World War II baby boom and the increased proportion of young people in society, and 2) the increase in drug usage (especially marijuana) and other cases of victimless crime.’ In 1967, both the American Bar Association and the President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice noted their approval of plea bargaining. In 1971, the United States Supreme Court specifically accepted plea bargaining as part of the criminal justice system.” PALMER, Jeff. *Abolishing Plea Bargaining: An End to the Same Old Song and Dance*. In: *American Journal of Criminal Law*; Austin, Vol. 26, Ed. 3, 1999. p. 510. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁵⁰⁵ “Richard Canfield, later an operator of elegant gambling casinos in several cities, testified that as early as 1885 his friend, the Mayor of Providence, Rhode Island, had acted as an intermediary in arranging a plea agreement with the state Attorney General. 31 By 1914, there were accounts of a New York defense attorney whose financial arrangements with a magistrate enabled him to “stand out on the street in front of the Night Court and dicker away sentences in this form: \$300 for ten days, \$200 for twenty days, \$150 for thirty days.” (...) Court officers often win fame in accordance with their ability as “plea getters.” They are anxious that the particular Part [courtroom] to which they are assigned shall make as good a showing as possible in the number of cases disposed of. (...) One attorney observed that in the 1920’s, “cases of whiskey for probation officers were ... a necessity, and it was sometimes advantageous to bribe even newspaper reporters whose recommendations could be influential with certain judges.” Another recalled a former prizefighter who became an attorney and who worked out of a bondsman’s office. This attorney commonly offered half his fee to a police inspector to arrange a plea agreement, and if the inspector turned him down, the attorney returned the money to his client. ” ALSCHULER. Albert W. Op.cit., p. 24-26.

⁵⁰⁶ “Um réu pode se declarar inocente, culpado ou, com o consentimento do tribunal, *nolo contendere*. A Corte pode se recusar a aceitar a assunção de culpa e não deve aceitar a confissão sem primeiro determinar que a confissão é feita voluntariamente com o entendimento da natureza da acusação. Se o réu se recusa a confessar ou se a Corte se recusa a aceitar a confissão ou se um réu se recusa a aparecer, o Tribunal entenderá como uma declaração de inocência.” (tradução livre) No original: “A defendant may plead not guilty, guilty, or, with the consent of the court, *nolo contendere*. The court may refuse to accept a plea of guilty, and shall not accept the plea without first determining that the plea is made voluntarily with understanding of the nature of the charge. If a defendant refuses to plead or if the court refuses to accept a plea of guilty or if a defendant corporation fails to appear, the court shall enter a plea of not guilty.” CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit., p. 50-51.

⁵⁰⁷ “Um réu pode se declarar inocente, culpado ou, com o consentimento do tribunal, *nolo contendere*. A Corte pode se recusar a aceitar a assunção de culpa e não deve aceitar a manifestação de *nolo contendere* sem primeiro se dirigir ao réu pessoalmente e determinar que a manifestação foi feita voluntariamente com o entendimento da natureza da acusação e as consequências da manifestação. Se o réu se recusa a confessar ou se a Corte se recusa a aceitar a confissão ou se um réu se recusa a aparecer, o Tribunal entenderá como uma declaração de inocência. O Tribunal não deve entrar em um julgamento sobre a confissão de culpa, a menos que esteja convencido de que há uma base factual para a confissão” (tradução livre) No original: “A defendant may plead not guilty, guilty, or, with the consent of the court, *nolo contendere*. The court may refuse to accept a plea of guilty, and shall not accept such plea or a plea of *nolo contendere* without first addressing the defendant personally and determining that the plea is made voluntarily with understanding of the nature of the charge and the consequences of the plea. If a defendant refuses to plead or if the court refuses to accept a plea of guilty or if a defendant corporation fails

pessoal ao acusado acerca da voluntariedade da manifestação e do seu entendimento acerca do que lhe é imputado; a ciência sobre as consequências de sua manifestação, além da verificação da existência de nexos entre os fatos confessados e o que consta da denúncia.

Somente em 1975, a *Rule 11* se tornou mais próxima da que vemos hodiernamente. Sua última grande modificação ocorreu em 2002, quando inseriu, mais uma vez, garantias aos acusados para que esses tivessem plena ciência das circunstâncias e consequências que a assunção de culpa poderia gerar, além da descrição das penas mínima e máxima. Ainda, foi inserida a obrigatoriedade de apresentação ao processo das discussões e do termo de acordo firmado, com o intuito de propiciar a análise pelo magistrado e confirmado ou rejeitado, a depender da observância a todos os requisitos.

As alterações partiram de casos emblemáticos que chegaram à Suprema Corte Americana, como no caso *Boykin v. Alabama*⁵⁰⁸, no qual o acusado se manifestou culpado. Contudo, em razão da regra estadual, mesmo com a confissão, a pena seria determinada pelo júri, que acabou condenando o acusado à pena de morte por cada um dos delitos, confessados, de assalto com arma.

Outro precedente importante nesse momento foi *Santobello v. New York*⁵⁰⁹, ocasião em que a Suprema Corte reconheceu a importância e fundamentalidade dos acordos na justiça penal americana e a sua enorme prevalência na resolução dos casos, quando comparado com o rito regular do *trial*.⁵¹⁰

A mais recente alteração da *Rule 11* ocorreu em 2013 que normatizou a imprescindibilidade da informação ao acusado a respeito da possibilidade de deportação, impedimento de nova entrada ou outros procedimentos similares, caso seja imigrante.

to appear, the court shall enter a plea of not guilty. The court shall not enter a judgment upon a plea of guilty unless it is satisfied that there is a factual basis for the plea.” Ibidem, p. 52.

⁵⁰⁸ UNITED STATES OF AMERICA. *Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238 (1969), n. 642, Argued March 4, 1969, Decided June 2, 1969. In: JUSTIA US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/238/>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

⁵⁰⁹ UNITED STATES OF AMERICA. *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971), n. 70-98, Argued November 15, 1971, Decided December 20, 1971. In: JUSTIA US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

⁵¹⁰ “Contrariamente ao do Brasil, o sistema de controle social dos Estados Unidos se apresenta baseado no pressuposto da origem ‘local’, ‘popular’ e ‘democrática’ da lei e do seu sistema de produção de verdade e resolução de conflitos por negociação e arbitragem. Assim, o campo do Direito tem no *trial by jury system* e na *plea bargaining* sua principal instância de legitimação e consagração.” LIMA, Roberto Kant de. *Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público*. In: Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 13, nov. 1999. p. 23.

Ao analisar as legislações dos Estados americanos e a legislação federal aplicada nos EUA, chegou-se à conclusão de que o *plea bargaining* é um método pré-processual, realizado, de preferência, fora do sistema processual penal em sentido estrito⁵¹¹.

Concedida a palavra ao acusado, pode ele afirmar-se culpado, inocente ou fazer uma declaração de *nolo contedere*^{512, 513}. Essa última manifestação será apresentada ao juiz que, antes de aceitá-la deverá, pessoalmente, em audiência, informar ao acusado acerca das circunstâncias para aceitação do que foi declarado.

Entre outras informações, cabe ao magistrado ressaltar: a possibilidade de condenação por falso testemunho, os direitos de ser representado por um advogado e de ser julgado por um júri popular, o direito à instrução probatória, os tipos penais que lhe estão sendo imputáveis, com suas penas mínimas e acessórias, caso existam.

A esse momento denomina-se *plea colloquy* no qual o juiz se dirige diretamente ao acusado durante a audiência e lhe apresenta todas as informações mencionadas⁵¹⁴. É essencial que essa parte do julgamento seja realizada de forma correta, sob pena de ensejar nulidade, tendo em vista tratar-se de uma verdadeira renúncia de direitos pelo acusado⁵¹⁵.

Conforme expresso na *Rule 11* são possíveis três formas de *agrément*, com base em suas consequências para o acusado.

Na primeira, o promotor não formula as imputações anteriormente previstas ou as afasta. Este procedimento pode ser desmembrado em duas espécies que são *charge*

⁵¹¹ SOUSA, Marllon. Op. cit., p. 122-123.

⁵¹² Trata-se de situação em que o acusado não tem interesse de litigar, porém também não assume a culpa pelo fato que lhe é imputado, aceitando o que lhe foi proposto como forma de encerrar o processo.

⁵¹³ “A confissão de culpa é uma admissão formal no Tribunal pelo réu acerca de sua culpa em ter cometido o ato criminal denunciado. Nem todas as confissões de culpa decorrem de *plea bargains*, mas os *plea bargains* geralmente resultam em confissões. O *plea bargain* vêm em diversas formas, mas geralmente envolve uma troca de concessões firmes do Estado para a confissão de culpa do réu. É importante ter em mente que banir o *plea bargain* não gera a eliminação de todas as confissões e culpa.” (tradução livre) No original: “The guilty plea is a formal admission in court by a defendant as to his guilt of having committed the criminal act charged. Not all guilty pleas result firm plea bargains, but plea bargains generally result in guilty pleas. Plea bargains come in a variety of forms but generally involve an exchange of concessions firm the state for the defendant's guilty plea. It is important to keep in mind that banning plea bargaining does not include the elimination of all guilty pleas.” GUIDORIZZI, Douglas D. Op.cit., p. 753.

⁵¹⁴ “De acordo com Jenia Turner, promotores e advogados de defesa são as únicas partes no processo de barganha na maioria dos casos, não sendo usual que o réu geralmente se envolva em negociações diretas com o promotor. O advogado de defesa trabalha nessas situações como uma ponte entre a acusação e o cliente. Portanto, o papel do juiz se torna ainda mais importante para verificar se o acusado está completamente ciente de todos os termos que envolvem o acordo apresentado à avaliação do tribunal, bem como se foi devidamente assessorado por seu advogado ou defensor nomeado.” SOUSA, Marllon. Op.cit., p. 125.

⁵¹⁵ “Se o réu se declarar culpado, ele está confessando as acusações apresentadas no acordo, é condenado e o juiz aplica a pena. De acordo com a Suprema Corte dos EUA, a declaração de culpa decorrente do procedimento de *plea bargaining* é mais do que uma admissão de conduta passada; é o consentimento do réu de que a sentença de condenação possa ser passada sem julgamento em um processo pautado pelo contraditório – uma renúncia de seu direito a julgamento perante um júri ou juiz.” Idem. p. 123.

*bargaining*⁵¹⁶, em que há a admissão de culpa por crime menos grave e, *count bargaining*, em que o acusado assume a responsabilização apenas por parte dos atos delituosos que lhe estão sendo imputados⁵¹⁷.

Na segunda forma, o promotor recomenda determinada sanção ou concorda com a manifestação da defesa.

Finalmente, na terceira, o promotor concorda que determinada sentença ou parâmetro é o adequado a ser aplicado no caso. Com relação a essas duas opções, também podem ser divididas em outras duas espécies: o *sentence bargaining*, em que há recomendação ou concordância com determinado parâmetro de pena⁵¹⁸ e o *fact bargaining*, em que há determinação da verdade sobre fatos ou circunstâncias do caso em análise.

⁵¹⁶ “... a negociação de acusações é um método indireto de influenciar a sentença exata que resulta das negociações de confissão. Uma vez que o réu tenha confessado uma acusação, ainda há uma oportunidade considerável para reduzir, ou eliminar, o tempo de encarceramento ao qual o réu será condenado. O DSL da Califórnia permite que os promotores tenham mais controle do máximo de sentenças por meio de acusações de barganha, mas não elimina as oportunidades de flexibilidade de sentenças dentro de um conjunto de acusações. Na verdade, os dados relatados na Tabela 3 acima demonstram que os réus em casos negociados de acusação normalmente recebem uma fração do tempo de DSL de prisão. Além disso, esse tempo muitas vezes não é vivido na prisão estadual.” (tradução livre) No original: “... charge bargaining is an indirect method of influencing the exact sentence which results from plea negotiations. Once a defendant has pled to a charge, there is still considerable opportunity for reducing, or eliminating, the time of incarceration to which the defendant will be sentenced. California’s DSL allows prosecutors more control of sentence maximums through bargaining charges, but it does not eliminate opportunities for sentence flexibility within a set of charges. Indeed, the data reported in Table 3 above demonstrate that defendants in plea bargained cases typically receive a fraction of DSL time of incarceration. Furthermore, this time is often not spent in state prison.” SPRINGER, J. Fred. *Burglary and Robbery Plea Bargaining in California: an organizational perspective*. In: *The Justice System Journal*, volume 8, issue 2, 1983. p. 177. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁵¹⁷ “Essas concessões geralmente podem ser divididas em duas categorias: concessões de negociação de queixas e concessões de negociação de sentença. Negociações de queixas envolvem ofertar a redução das queixas ou a retirada de uma ou mais queixas em troca da confissão de culpa. Negociação de sentença, por outro lado, inclui uma ampla gama de ofertas que vai além da mera oferta de uma sentença mais leve em troca de uma confissão de culpa.” (tradução livre) No original: “These concessions generally can be divided into two categories: charge bargaining concessions and sentence bargaining concessions. Charge bargaining involves offering a reduction of the charges or the dismissal of one or more of the charges in exchange for the guilty plea. Sentence bargaining, on the other hand, includes a wide range of offers that extends beyond merely an offer for a lighter sentence in return for a guilty plea.” GUIDORIZZI, Douglas D. Op.cit., p. 756.

⁵¹⁸ “A negociação de sentenças é um exemplo. Antes que os réus concordem em pleitear a acusação exata apresentada, eles tipicamente fazem um acordo com o promotor sobre a duração real da pena que devem cumprir. Para chegar a esse acordo, promotores e réus têm discussões abertas sobre as consequências da barganha, permitindo assim que os réus sejam informados ao entrar com seus pedidos e, posteriormente, receber suas sentenças. Esse arranjo é denominado negociação de sentença porque a acusação apresentada não está em discussão; em vez disso, o réu pleiteia a acusação apresentada, e o único ponto em questão é a sentença a ser imposta. A negociação de culpa, ao contrário da negociação de sentença, tipicamente envolve negociações sobre várias acusações. Essas negociações concluem com a rejeição de algumas acusações em troca de uma confissão de culpa para uma ou mais acusações, ou um rebaixamento da acusação original em troca de uma confissão de culpa para esta acusação menor. Tipicamente, mesmo esse acordo básico de barganha de argumento envolve algum grau de barganha de sentença. Na maioria dos casos, ao se declarar culpado de uma acusação menor, o réu se submete a uma pena mais curta que o Judiciário poderia aprovar. Assim, a negociação, como componente integrante do sistema de justiça criminal, veio para ficar.” (tradução livre) No original: “Sentence bargaining is one such example. Before defendants agree to plead to the precise charge filed, they typically strike a bargain with the prosecutor about the actual length of sentence they must serve. To reach this settlement, prosecutors and defendants have open discussions about the consequences of the bargain, thereby allowing defendants to be

Na primeira e terceira formas, nas quais o promotor não formula as imputações ou concorda com um determinado parâmetro de pena, há a necessidade de homologação pelo juízo, o que, conseqüentemente, permite a sua rejeição e, também, a desistência dos termos pelo imputado. Nesses casos, ocorrendo a homologação pelo magistrado, deverá o mesmo se ater aos termos ali descritos no momento da prolação da sentença.

Na segunda forma, em que o promotor recomenda determinada sanção ou concorda com a defesa, o texto não será vinculativo ao juiz, mas apenas uma recomendação, porém, a partir da assinatura do termo pelas partes, não mais poderá o imputado desistir.

Um outro tipo de acordo possível e permitido pela legislação americana é o acordo de cooperação (*cooperation agreement*), através do qual o imputado concorda em cooperar com a promotoria na investigação penal prestando o compromisso de apresentar informações verdadeiras, comparecer a momentos processuais importantes, inclusive perante o Grande Júri, além de não cometer mais ilícitos⁵¹⁹.

Essa forma de ajuste pode resultar no acordo de não persecução penal (*non-prosecution agreement*) ou no acordo de adiamento da persecução penal (*deferred prosecution agreement*). No primeiro, em razão da essencialidade e importância das informações apresentadas pelo acusado, necessárias ao interesse público, a promotoria deixa de processar o acusado. No segundo, há a suspensão do andamento da ação penal até um determinado termo, quando a ação será arquivada, caso o acusado cumpra todos os itens firmados no acordo.⁵²⁰

A assunção do *plea* pelo acusado, para a Suprema Corte Norte-Americana, faz com que todas as eventuais nulidades processuais, anteriores à admissão de culpa, sejam tornadas

informed when entering their pleas and thereafter receiving their sentences. This arrangement is called sentence bargaining because the charge filed is not in dispute; rather the defendant pleads to the filed charge, and the only point in question is the sentence to be imposed. Plea bargaining, in contrast to sentence bargaining typically involves negotiations about several charges. These negotiations conclude with either the dismissal of some charges in Exchange for a guilty plea to one or more other chargers, or a downgrade of the original charge in Exchange for a guilty plea to this lesser charge. Typically, even this basic plea bargain arrngment involves some degree of sentence bargaining. In most cases, by pleading guilty to a lesser charge, the defendant subjects himself to a shorter sentence range of wich the judiciary could approve. Thus, pela bargaining, as na integral component of the criminal justice system, is here to stay.” CALDWELL, H. Mitchel. *Coercive Plea Bargaining: the unrecognized scourge of the ustice system*. In: Catholic University Law Review. Volume 61, issue 1, Fall 2011, article 2. p. 77. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁵¹⁹ CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit., p. 94.

⁵²⁰ “Um processo diferido é apresentado ao tribunal e permanece na pauta do juiz até que o prazo seja concluído e o caso seja arquivado. Uma não acusação nunca é apresentada a um juiz; tal acordo afirma que os promotores não apresentarão se a corporação cumprir.” (tradução livre) No original: “A deferred prosecution is filed with the court and remains on the judge’s docket until the term is completed and the case is dismissed. A non-prosecution is never filed with a judge at all; such an agreement states that prosecutors will not file if the corporation complies.” GARRETT, Brandon L. *Too Big to Jail*. Estados Unidos: The Beknap Press of Harvard University Press, 2014. p. 63-64.

irrelevantes⁵²¹, como a ilegalidade na obtenção de provas, por exemplo. Isso porque a condenação do acusado, a partir de então, terá como base a sua confissão de culpa e não os elementos de prova obtidos anteriormente, havendo a chamada “quebra da cadeia de eventos antecedente”⁵²²⁻⁵²³⁻⁵²⁴. Restará ao acusado, apenas, eventual alegação de involuntariedade ou

⁵²¹ “A primeira parte da definição sugere que os acordos de *plea bargain* contêm disposições de satisfação mútua. Embora seja verdade que a barganha feita deve ser acordada por ambas as partes e a confissão de culpa deve ser feita de forma inteligente e voluntária, isso não garante um resultado mutuamente satisfatório. O promotor pode ser forçado a apresentar uma oferta muito mais favorável ao acusado como resultado de erros no procedimento que podem gerar problemas no julgamento. Por outro lado, a força do poder de barganha do promotor pode apresentar ao réu escolhas quase igualmente desfavoráveis. Por exemplo, a oferta do promotor pode envolver simplesmente não tirar proveito de amplos poderes concedidos pelo legislativo, como não cobrar a mais do réu, não o acusar como um infrator múltiplo ou agrupar várias condenações pelo mesmo incidente em uma única sentença. Em qualquer um dos cenários, a descrição "disposição mutuamente satisfatória" desmente a verdadeira natureza da situação.” (tradução livre). No original: “The first part of the definition suggests that plea bargains are "mutually satisfactory dispositions." While it is true that the bargain struck must be agreed upon by both sides and the guilty plea must be made intelligently and voluntarily, this does not guarantee a mutually satisfactory result. The prosecutor may be forced to present a highly favorable offer to a defendant as a result of errors in procedure that may cause evidentiary problems at trial. On the other hand, the strength of the prosecutor's bargaining power may present the defendant with almost equally unfavorable choices. For example, the prosecutor's offer may involve merely not taking advantage of broad powers granted by the legislature such as not overcharging the defendant, not charging him as a multiple offender, or grouping several convictions for the same incident into a single sentence. In either scenario, the description "mutually satisfactory disposition" belies the true nature of the situation.” GUIDORIZZI, Douglas D. *Should we really "ban" plea bargaining?: the core concerns of plea bargaining critics*. In: *Emory Law Journal*. v. 47, 1988. p. 755. Disponível em <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁵²² CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit., p. 110.

⁵²³ “O raciocínio usado pela Suprema Corte em *Brady v. United States* sugere uma lógica eminentemente utilitarista ao elencar as vantagens das partes em optar por seguir o procedimento do *plea bargaining*. A Corte pontuou que os réus com uma pequena possibilidade de absolvição poderiam reduzir a exposição indevida característica de um desgastante processo criminal, a execução da pena poderia começar prontamente, e os ônus comuns às partes no decorrer do processo são eliminados. Por outro lado, a Corte considerou que quanto mais rápido uma punição é imposta como consequência de uma confissão no procedimento de *plea bargaining*, mais efetivo é o processo de punição como resposta ao crime, sem esquecer a conservação de escassos recursos judiciais e da acusação que são despendidos durante um processo criminal com um juiz togado ou perante o tribunal do júri. Aqui o raciocínio da Suprema Corte se encaixa perfeitamente na observação de Bibas de que a abordagem dominante das alegações de utilização do *plea bargaining* concentra-se em valores procedimentais como velocidade, custo, eficiência, autonomia, precisão e certeza. Embora a Suprema Corte dos EUA também tenha sustentado que a validade de um acordo depende da obediência aos padrões constitucionais e legais, a Corte demonstrou mais preocupação com o resultado dos processos de barganha e confissão do que com os meios empregados para punir os réus. Nesse sentido, o raciocínio da Suprema Corte dos EUA amolda-se ao princípio da utilidade e sua visão processualista de eficiência sobreposta aos direitos do acusado.” SOUSA, Marllon. Op. cit., p. 113-114.

⁵²⁴ “... a mencionada característica utilitária do sistema é o fator essencial para embasar toda a racionalidade fundante. Um exemplo claro disso é o próprio conceito de frustração ou prejudicialidade do julgamento (*cracked trial*). O conceito deriva daqueles casos em que o acusado resolve alterar a sua declaração (*change of plea*), ou seja, inicialmente afirmou-se inocente e, após iniciado o processo, resolveu por qualquer razão, admitir a responsabilidade pelo delito. A alteração costuma advir, conforme ASHWORTH e REDMAYNE, até por motivos oportunistas, a exemplo do sujeito que acreditava originalmente que uma testemunha não iria comparecer, mas, na data do julgamento, depara-se com ela presente no Tribunal. Ao mudar sua declaração, e tendo em vista o caráter mais tardio da medida, o réu não poderá ser beneficiado com as mesmas reduções de pena se comparadas com aquelas relativas ao sujeito que, desde o início, optou pela assunção de culpa.” SALVADOR NETTO, Allamiro Velludo. *Plea bargaining e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 27, v. 155, mai./2019. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20190155.4&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=p&eid=a739d516025e054655cbc8084afed0c4&eat=&pg=I&psl=&nvgS=false&tmp=264>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

ininteligibilidade dos termos do acordo firmado. Há, porém, exceções que foram agraciadas em alguns precedentes, como nos casos de discriminação racial ou imposição de pena acima do limite legal, bem como de sentença que determinou a condenação fora dos termos do acordo.

Importante ressaltar que o dever de análise da observância do rito determinado cabe sim ao magistrado⁵²⁵⁻⁵²⁶, mas também aos advogados que acompanham as partes e que devem, no momento em que vislumbrarem algum equívoco nesse sentido, manifestar-se a respeito, não deixando para, posteriormente, interpor um recurso requerendo a nulidade do *plea*. Nesse sentido, a Suprema Corte americana já entendeu que, caso não haja qualquer manifestação ou impugnação no momento e, em recurso, venha o advogado requerer a nulidade do procedimento, essa somente será ratificada pelo juiz caso se verifique efetivo prejuízo material ao acusado, ou seja, desde que reste comprovado que esse apresentou a sua *plea* sem

⁵²⁵ E isso não apenas com relação à confissão da culpa no *plea bargaining*, mas em relação a todo procedimento, inclusive aos testemunhos: “O funcionário que preside os procedimentos pode recusar-se a aplicá-los se achar que é melhor nas circunstâncias. Sua recusa pode ser motivada por sentimentos de propriedade ou até mesmo por fatores emocionais, como compaixão. Por exemplo, enquanto a regra pode exigir o depoimento de uma testemunha que validamente renunciou ao seu privilégio contra a autoincriminação, o oficial pode exercer o seu arbítrio para não fazer cumprir a regra se simpatizar com os motivos que levaram a testemunha a renunciar ao seu privilégio e, em seguida, experimentar uma mudança de coração.” (tradução livre) No original: “The official presiding over proceedings can refuse to enforce them if he thinks it best under the circumstances. His refusal can be motivated by feelings of propriety or even by emotional factors such as compassion. For example, whereas the rule may require testimony from a witness who has validly waived his privilege against self-incrimination, the official can exercise discretion not to enforce the rule if he sympathizes with the motives that have led the witness to waive his privilege and then to experience a change of heart.” DAMASKA, Mirjan R. Op. cit., Ebook.

⁵²⁶ “Até que ponto o motivo do combate pode ser levado no processo legal depende do grau em que a intervenção de uma terceira parte - o juiz estadual - é permitida. Quanto mais limitada for a oportunidade de intervenção, mais pronunciado será o motivo do combate. É, portanto, claro que variantes extremas de ideologia reativa sustentam um design de combate extremo: aqui, o distanciamento do estado inclui interferência mínima na maneira como os disputantes administram o combate forense. Os juízes meramente presidem a disputa das partes adversas e intervêm no processo apenas na medida em que a intervenção é necessária para monitorar e assegurar a solução justa de controvérsias incidentais. O veredicto segue o encerramento da disputa e, se a disputa foi justa e o tomador de decisão não comprometeu sua neutralidade, o perdedor tem poucos motivos para suspeitar da legitimidade de sua derrota. Ele é o principal culpado pela decisão adversa e, mesmo que se rebele, a sociedade como um todo mantém sua fé na administração neutra da justiça.” (tradução livre) No original: “How far the combat motif can be carried in the legal process depends in the degree to which intervention by a third side - the state adjudicator - is permitted. The more limited the opportunity for intervention, the more pronounced the combat motif. It is therefore clear that extreme variants of reactive ideology buttress an extreme combat design: here, the state’s detachment includes minimal interference with the way in which disputants manage the forensic combat. Adjudicators merely preside over the disputation of the adverse parties and intervene in the process only insofar as intervention is required to monitor and to ensure the fair disposition of incidental controversies. The verdict follows the close of the contest, and if the contest was fair and the decision maker has not compromised his neutrality, the loser has little reason to suspect the legitimacy of his defeat. He has mainly himself to blame for the adverse decision, and even if he rebels, society as a whole maintains its faith in the neutral administration of justice.” Ibidem.

ter conhecimento integral sobre as informações que dever-lhe-iam ter sido apresentadas.⁵²⁷⁻⁵²⁸⁻⁵²⁹

Ainda, deverá o magistrado confirmar junto ao acusado a voluntariedade de sua declaração e que a mesma não decorreu de qualquer forma de coação ou promessas⁵³⁰, com exceção dos benefícios que constem do acordo firmado conjuntamente com o advogado de acusação⁵³¹.

⁵²⁷ “Tribunais dos Estados Unidos, por exemplo, se recusam a ouvir apelações em casos de *plea bargain*, exceto quando réus alegam que suas manifestações não foram voluntárias ou informadas, ou quando podem alegar, de forma plausível, que não receberam assistência efetiva de seu advogado para apresentar a manifestação. Para melhor ou pior, uma vez que as confissões de culpa são inseridas, as condenações são geralmente tratadas como finais.” (tradução livre) No original: “Courts in the United States, for instance, refuse to hear appeals in plea bargained cases, except where defendants claim that their pleas were not voluntary or informed, or when they can plausibly claim that they did not receive effective assistance from their legal counsel in entering pleas. For better or worse, once guilty pleas are entered, convictions are usually treated as final.” LIPPKE, Richard L. *Adjudication Error, Finality, and Asymmetry in the Criminal Law*. In: Canadian Journal of Law and Jurisprudence, v. 26, n.º. 2, jul/2013. p. 378. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁵²⁸ “Em suma, a abundância de variáveis, a ausência de informações confiáveis e a dificuldade de fazer previsões precisas parecem criar obstáculos substanciais para uma tomada de decisão cuidadosa e precisa na negociação de pena. Não é imediatamente óbvio como essa incerteza deve impactar a negociação de confissão de culpa. A incerteza por si só poderia, em teoria, tornar a negociação de confissão mais ou menos provável, dependendo em grande parte da tolerância ao risco do réu em particular.” (tradução livre) No original: “In short, the plethora of variables, the absence of reliable information, and the difficulty of making accurate predictions would seem to create substantial obstacles to careful, precise, and accurate decision making in plea bargaining. It is not immediately obvious how this uncertainty should impact plea bargaining. Uncertainty by itself could, in theory, make plea bargaining either more or less likely depending largely on the particular defendant's risk tolerance.” COVEY, Russel. *Reconsidering the relationship between cognitive psychology and plea bargaining*. In: Marquette Law Review. Volume 91, issue 1, Symposium: Dispute Resolution in Criminal Law, article 10. p. 218. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁵²⁹ “Ao regulamentar as confissões de culpa, a Suprema Corte desenvolveu salvaguardas mínimas do devido processo e, em grande parte, adiou ao advogado e ao mercado de negociação de confissões quanto ao conteúdo ou ao resultado das negociações. As razões declaradas do Tribunal para procedimentos de confissão de culpa constitucionalizados refletem preocupações sobre supervisão judicial, transparência, resultados injustos e finalidade. De modo geral, as preocupações com o exagero do Ministério Público e a natureza coercitiva da negociação de confissão de pena ficaram em segundo plano em relação à eficiência. O Tribunal confiou que o mercado de negociação de pena e o advogado garantirão que os pedidos sejam proporcionais, precisos e justos.” (tradução livre) No original: “In regulating guilty pleas, the Supreme Court has developed minimal due process safeguards and mostly deferred to counsel and the plea-bargaining market as to the substance or outcome of the negotiations. The Court's stated reasons for constitutionalized guilty plea procedures reflect concerns about judicial oversight, transparency, unjust outcomes, and finality. Overall, concerns about prosecutorial overreaching and the coercive nature of plea-bargaining have taken a back seat to efficiency. The Court has trusted that the plea-bargaining market and counsel will ensure that pleas are proportional, accurate, and just.” TRAUM, Anne R. *Using outcomes to reframe guilty plea adjudication*. In: Florida Law Review, Volume 66, Issue 2, Article 6, February 2015. p. 830-831. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁵³⁰ “A SCOTUS não considera involuntária a declaração de culpa, formulada em audiência judicial, durante o colóquio, ainda que haja alegação de confissão coercitiva na esfera policial, desde que o acusado tenha, posteriormente, consultado advogado ou defensor, e tenha sido inteligivelmente, esclarecido das suas possibilidades jurídicas entre as hipóteses legais.” CASTRO, Ana Lara Camargo de. Op. cit., p. 76

⁵³¹ Existem, também, casos em que a defesa do réu é ineficiente, seja pela desídia em informá-lo acerca da possibilidade de acordo, quanto pelo mau conselho com relação a decisão a ser tomada, como nos seguintes casos: “Em Frye, o advogado do réu falhou em aconselhá-lo sobre ofertas de confissão em um caso de crime e permitiu que as ofertas expirassem. Uma dessas ofertas teria permitido a Frye declarar-se culpado de contravenção. Frye acabou confessando sua culpa por um crime e mais tarde testemunhou em um procedimento

A Suprema Corte Americana entende como válidas uma série de regras de negociação como, por exemplo, informar ao imputado a possibilidade de incremento da denúncia, perante o júri, com informações sobre os antecedentes do imputado objetivando recomendar uma pena mais severa. Isso porque o acordo se dá pela vontade livre e consciente das partes, tanto do promotor do caso, como do imputado, auxiliado por sua defesa técnica, no afã de se estabelecerem vantagens recíprocas, especificamente no que toca a evitar o julgamento.

Com a realização de um acordo entre as partes, o advogado da parte contrária se compromete a não ajuizar mais qualquer ação sobre os fatos abordados ou a desistir das já ajuizadas, bem como a recomendar uma pena em parâmetro apropriado. Importante mencionar nesse ponto, que tal recomendação é vinculante ao magistrado, caso seja homologado o acordo.

Em seguida, caberá ao juiz decidir se homologa ou não o acordo, ou mesmo se deixa para tomar tal decisão após analisar o relatório pré-sentença. Caso o magistrado aceite o acordo, deve informar que o julgamento seguirá o que consta do documento, em decorrência

pós-condenação que teria aceitado a oferta de contravenção se soubesse. Assim, Frye apresentou a questão da obrigação do advogado de comunicar ofertas de confissão a seus clientes. Em Lafler, o réu foi informado da oferta de negociação de culpa favorável pelo advogado de defesa, mas, com base no conselho errôneo do advogado, rejeitou a oferta. Lafler então foi a julgamento e foi condenado após "um julgamento completo e justo perante um júri". Ele foi acusado de agressão com intenção de matar segundo a lei de Michigan. O conselho errôneo que Lafler recebeu de seu advogado foi que a promotoria não poderia estabelecer sua intenção de matar porque a vítima foi baleada abaixo da cintura. Lafler apresentou a questão da qualidade do conselho do advogado a um cliente ao comunicar uma oferta de culpa.

O Tribunal concluiu que as falhas de comunicação do advogado em Lafler e Frye representaram uma assistência ineficaz do advogado e uma violação constitucional do direito ao advogado. Além disso: "A realidade é que o acordo judicial se tornou tão central para a administração do sistema de justiça criminal que o advogado de defesa tem responsabilidades que devem ser cumpridas para prestar a assistência adequada do advogado que a Sexta Emenda exige no processo criminal em estágios críticos." Além disso, a forma e o conteúdo da comunicação da negociação ofertada a um cliente, bem como o preparo necessário para avaliar as possibilidades de uma confissão negociada são competências que devem ser desenvolvidas com bom treinamento e experiência." (tradução livre) No original: "In Frye, defendant's attorney failed to advise him of plea offers in a felony case and allowed the offers to expire. One of those offers would have allowed Frye to enter a plea of guilty to misdemeanor. Frye eventually entered a plea of guilty to a felony and later testified in a post-conviction proceeding that he would have accepted the misdemeanor offer if he had known about it. Thus, Frye presented the issue of the obligation of counsel to communicate plea offers to their clients. In Lafler, defendant was informed of the favorable plea offer by defense counsel but, based on the erroneous advice of counsel, rejected the plea. Lafler then went to trial and was convicted after 'a full and fair trial before a jury'. He was charged with assault with intent to kill under Michigan law. The flawed advice Lafler got from his counsel was that the prosecution would be unable to establish his intent to kill because the victim has been shot below the waist. Lafler presented the issue of the quality of counsel's advice to a client in communicating a plea offer. The Court found that the communication failures of counsel in Lafler and Frye amounted to ineffective assistance of counsel and a constitutional violation of the right to counsel. Further: 'The reality is that plea bargain become so central to the administration of the criminal justice system that defense counsel have responsibilities that must be met to render the adequate assistance of counsel that the Sixth Amendment requires in the criminal process at critical stages.' Beyond that, the manner and content of communicating plea offers to a client, as well as the preparation necessary to evaluate the possibilities of a negotiated plea are skills that must be developed with good training and experience" GREER, Greg. *Avoiding Plea-Bargaining Problems: the medical model of client communications*. In: *The Colorado Lawyer*, 2013, v. 42, n. 12. p. 63-64. Disponível: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

da força vinculante assinalada anteriormente. Caso, porém, o juiz entenda por não o homologar, deverá informar tal situação às partes, facultando ao acusado desistir da assunção da culpa manifestada⁵³².

Após a sentença, o acusado não pode mais se retratar de sua manifestação, devendo, se assim o desejar, interpor uma apelação ou *habeas corpus*.

O direito norte-americano como o berço do *plea bargaining*⁵³³, incute nos doutrinadores fundamentos para que seja cada vez mais utilizado e firmado como instituto fundamental na seara criminal.

A corrente que sustenta a validade do procedimento alega a sua flexibilidade, a possibilidade de o acusado tomar a decisão do *plea* e evitar consequências piores, como uma prisão preventiva, uma condenação por um crime mais grave ou mesmo uma condenação que lhe gere um estigma. A flexibilidade, contudo, também possui um viés negativo ao acusado, eis que deixa a acusação mais livre, desprestigiando a igualdade de tratamento entre os acusados, dá azos à corrupção e suscita maior dificuldade no controle do sistema.⁵³⁴⁻⁵³⁵⁻⁵³⁶

⁵³² “De forma um tanto surpreendente para os europeus - que muitas vezes esperam encontrar formas adversas extremas em processos de common law - a maioria das jurisdições americanas dá poderes ao juiz em um caso criminal para revisar e rejeitar uma confissão de culpa negociada entre a acusação e a defesa. Em situações excepcionais, então, onde o fundamento não é aceito, o promotor público e o réu podem ser compelidos a lutar no tribunal contra seu desejo expresso, ou um promotor especial disposto a lutar com o réu pode ser nomeado.” (tradução livre) No original: “Somewhat surprinsigly to Europeans – who often expect to find extreme adversarial forms in common-law proceedings – most American jurisdictions empower the judge in a criminal case to review and to reject a plea of guilty negotiated between the prosecution and the defense. In exceptional situations, then, where the plea is not accepted, the public prosecutor and the defendant may be compelled to do battle in the courtroom against their expressed desire, or a special prosecutor willing to do battle with the defendant may be appointed.” DAMASKA, Mirjan R. Op.cit., Ebook.

⁵³³ “Acima de tudo, o que esses estudos têm mostrado é que os fatores que promovem barganha não se limitam a alguns advogados não qualificados, os procuradores com excesso de trabalho ou juízes indiferentes, mas são parte integrante da estrutura do próprio sistema tribunal criminal. Tanto os estudos de casos individuais quanto as análises comparativas ambiciosas mostram que a negociação de confissão de culpa deve ser vista em um contexto mais amplo, como apenas uma faceta de uma estrutura elaborada de negociação nos tribunais criminais.” (tradução livre) No original: “Above all, what these studies have shown is that factors fostering plea bargaining are not confined to a few unskilled lawyers, over-worked prosecutors or uncaring judges, but are part and parcel of the structure of the criminal court system itself. Both individual cases studies and ambitious comparative analyses show that plea bargaining must be seen in a larger context, as only one facet of an elaborate structure of negotiation in the criminal courts.” FEELEY, Malcom M. *Plea bargaining and the structure of the criminal process*. In: *The Justice System Journal*, vol. 7, nº 3, Winter/1982. p. 342. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20877672>>. Acesso em: 06. mai. 2022.

⁵³⁴ “A flexibilidade do *plea bargain* beneficia o réu porque ele pode evitar a prisão preventiva, a condenação por um crime e a condenação por um crime que tem um estigma associado a ele. Essa mesma flexibilidade permite que o promotor garanta concessões ao réu em troca de cooperação, para adaptar a punição ao crime sem estar sujeito a uma sentença obrigatória por um crime, e para garantir que o réu ainda seja condenado, mesmo que falem provas. O promotor pode levar em consideração vários fatores relacionados ao caso específico, como a força das evidências e a gravidade do crime. No entanto, a flexibilidade é uma vantagem que todos os sistemas sem lei exibem em comparação com os sistemas que administram a justiça por regras. A utilidade da discricionariedade deve ser equilibrada com a utilidade das regras pré-ordenadas, que podem limitar a importância dos julgamentos subjetivos, promover a igualdade, controlar a corrupção e fornecer uma base para o planejamento, antes e depois do surgimento de controvérsias.” (tradução livre) No original: “The flexibility of plea bargaining benefits the defendant because he may avoid pre-trial detention, conviction for a felony, and

Afirma-se ainda que, através do *plea bargaining* se chega à verdade mais próxima do que efetivamente ocorreu no caso. Isso porque, apesar de se esperar uma precisão próxima à certeza quando da condenação criminal, o que, na prática ocorre, é a apresentação apenas de

conviction for a crime which has a stigma attached to it. This same flexibility allows the prosecutor to grant concessions to the defendant in return for cooperation, to tailor punishment to the crime without being subject to mandatory sentencing for a crime, and to ensure that the defendant still gets convicted even if evidence is lacking. The prosecutor can take into account various factors related to the individual case, such as the strength of the evidence and the seriousness of the crime. However flexibility is an advantage that all lawless systems exhibit in comparison with systems administering justice by rules. The utility of discretion must be balanced against the utility of pre-ordained rules, which can limit the importance of subjective judgments, promote equality, control corruption, and provide a basis for planning, both before and after controversies arise.” PALMER, Jeff. Op. cit., p. 515-516.

⁵³⁵ Uma solução para esse problema é apresentada por DOUGLAS D. Guidorizzi quando diz: “A corrupção de valores institucionais resultante desta imagem pode ser evitada eliminando o elemento de barganha do *plea bargaining*. O estabelecimento de um conjunto de descontos de sentenças por escrito que limita as concessões que o promotor pode oferecer para uma confissão de culpa eliminará a percepção de promotores manipulando e lidando com confissões de culpa. As concessões ofertadas serão pré-determinadas e podem variar de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso. Obviamente, a tolerância para exceções em casos extraordinários será necessária, mas as diretrizes por escrito fornecerão a todas as partes limites para a negociação e reduzirão a duração das próprias negociações. Além disso, a fidelidade às diretrizes equalizará ainda mais o tratamento dos réus e produzirá padrões de condenação mais racionais.” (tradução livre) No original: “The corruption of institutional values resulting from this image can be avoided by eliminating the bargaining element of plea bargaining. The establishment of a set of written sentencing discounts that limits the concessions the prosecutor can offer for a guilty plea will eliminate the perception of prosecutors wheeling and dealing for guilty pleas. The concessions offered will be predetermined and may vary according to the circumstances of the individual case. Of course, allowance for exceptions in extraordinary cases will be required, but the written guidelines will provide all parties with limits to negotiation and will reduce the length of the negotiations themselves. Moreover, fidelity to the guidelines will further equalize treatment of defendants and yield more rational sentencing patterns.” GUIDORIZZI, Douglas D. Op. cit., p. 782.

⁵³⁶ “Os motivos pelos quais muitos promotores apoiam as regras de descoberta informal liberais são, sem dúvida, complexos. Em seu estudo clássico de negociação de pena, Milton Heumann descreveu como os promotores usaram a descoberta informal para influenciar as táticas de defesa e para desencorajar métodos confrontantes de litígio. Os advogados de defesa aprendem que há custos, muitas vezes significativos, para invocar procedimentos formais como prática de moções ou demandas de júri para garantir os direitos aos quais seus clientes têm direito legal, incluindo a perda de acesso à descoberta informal. A resolução informal de disputas é encorajada pelos promotores para aliviar ambos os lados da necessidade de responder às moções e, assim, economizar recursos.” Os advogados de defesa que se recusam a observar as regras não escritas perdem o acesso aos arquivos abertos anteriormente. As políticas de arquivo aberto podem ser úteis não apenas para minimizar a prática de moções e o processo pré-julgamento, mas também para combater a resistência cognitiva do réu em se declarar culpado. Ao abrir os arquivos de evidências no início do processo criminal, os promotores (e advogados de defesa) podem demonstrar mais prontamente a força do caso aos réus. Aumentar o entendimento dos réus sobre as evidências e, portanto, a precisão de suas estimativas da probabilidade de condenação, facilita a negociação de confissão, reduzindo a área de potencial desacordo entre as partes quanto aos valores do caso.” (tradução livre) No original: “The reasons many prosecutors support liberal informal discovery rules are undoubtedly complex. In his classic study of plea bargaining, Milton Heumann described how prosecutors used informal discovery to influence defense bar tactics and to discourage confrontational litigation methods. Defense attorneys learn that there are costs, often significant, to invoking formal procedures such as motions practice or jury-trial demands to secure rights to which their clients are legally entitled, including loss of access to informal discovery. Informal resolution of disputes is encouraged by prosecutors to relieve both sides of the need to respond to motions and thereby save resources.” Defense attorneys who refuse to observe the unwritten rules lose access to previously open files. Open-file policies may be useful not only to minimize motions practice and pretrial process, but also to combat the defendant's cognitive resistance to pleading guilty. By opening up the evidentiary files early in the criminal process, prosecutors (and defense lawyers) can more readily demonstrate case strength to defendants. Increasing the defendants' understanding of the evidence, and thus the accuracy of their estimates of the likelihood of conviction, facilitates plea bargaining by reducing the area of potential disagreement between the parties as to case values.” COVEY, Russel. Op. cit., p. 235.

um plano geral de atuação errada do acusado. Com o *plea guilty* as partes acabam por trazer ao juízo os fatos como ocorreram ou, ao menos, o mais próximo do que pode ser repetido⁵³⁷.

Contudo, os doutrinadores americanos não eximem o instituto de críticas, chegando inclusive a ter uma corrente que defende a sua abolição.

A primeira delas é a extensa discricionariedade do promotor, que faz com que, por vezes, ocorram excessos. Tomemos o caso em que para obter a confissão do acusado, o promotor se utiliza de acusações mais graves do que o delito cometido ou até acresce outras ofensas à acusação original.⁵³⁸ A essa postura de sobrecarga da acusação denomina-se *overcharging*, que na primeira hipótese dá-se o nome de *vertical overcharging* e na segunda, *horizontal overcharging*.

Sabe-se que no sistema estadunidense os promotores são encorajados pela própria sociedade a assim agirem pois retrataria um recrudescimento estatal na resposta punitiva ao crime, o que, acabaria, em tese, por desestimular a prática delituosa.

Ao longo dos anos algumas soluções⁵³⁹ foram apontadas por estudiosos na tentativa de reduzir o *overcharging*, no entanto, não serviram efetivamente, já que para atingimento de *standards* éticos mínimos, os promotores precisam demonstrar tão somente que eles têm uma causa provável para acreditar que o acusado cometeu um delito definido por lei.⁵⁴⁰⁻⁵⁴¹

⁵³⁷ “Surpreendentemente, eles surgem mesmo em questões criminais em que se esperaria uma insistência relativamente forte na precisão dos resultados. Em vez disso, o sistema de justiça criminal muitas vezes parece satisfeito em estabelecer apenas uma base aproximada para a punição - às vezes um mero torso de transgressão real - deixando o delineamento mais preciso dos parâmetros factuais à iniciativa das partes. O principal veículo para atingir esse resultado é a confissão de culpa negociada. Na sequência de um acordo entre o promotor e a defesa, um crime menor - às vezes até diferente - do que o realmente cometido pode se tornar a base de uma condenação criminal. Embora o juiz possa se recusar a aceitar o acordo, ele geralmente fica satisfeito em se persuadir de que há alguma base factual na transgressão para a confissão de culpa negociada.” (tradução livre) No original: “Surprisingly, they surface even in criminal matters where one would expect a relatively Strong insistence on the accuracy of outcomes. Instead, the criminal justice system often seems satisfied with establishing merely a rough basis for punishment – sometimes a mere torso of actual wrongdoing – leaving the more precise delineation of factual parameters to the initiative of the parties. The primary vehicle for achieving this result is the bargained guilty plea. Following a deal between the prosecutor and the defense, a lesser – sometimes even different – crime than the one actually committed may become the basis of a criminal conviction. While the judge can refuse to accept the deal, he is usually satisfied with persuading himself that there is some factual basis on wrongdoing for the negotiated guilty plea.” DAMASKA, Mirjan R. Op. cit., Ebook.

⁵³⁸ “Não é normal nem aceitável que promotores ameacem os réus com acusações excessivas para que aceitem acordos indevidos. Além disso, Tribunais e juízes norte-americanos aplicando sistematicamente punições mais duras aos réus, não devido ao crime cometido, mas sim porque o acusado exerceu o seu direito de ir a julgamento, é algo inadmissível. Essas ações constituem uma forma de coerção moral ou tortura psicológica, e não devem ser toleradas, tendo em vista sua incompatibilidade com as regras básicas de proteção dos Direitos Humanos e julgamentos justos.” SOUSA, Marllon. Op. cit., p. 161.

⁵³⁹ Para aprofundamento sugerimos CALDWELL, H. Mitchel. Op. cit., p. 86-89.

⁵⁴⁰ *Ibidem* p. 84.

⁵⁴¹ “(...) conforme se extrai da famosa decisão da Suprema Corte em *Bordenkircher v. Hayes* (1978), o critério para diferenciar pressões ilícitas e lícitas sobre o réu é a existência ou não de elementos probatórios que sustentem a acusação. Desse modo, ameaças de atribuição de crimes ou penas mais graves (mesmo a pena de morte), desde que baseadas em material probatório suficiente, são consideradas estratégias legítimas do promotor

Tanto que pesquisas norte-americanas vêm sendo realizadas e já provaram que uma parte considerável dos indivíduos que aceitaram o *guilty plea*, ao final, mostraram-se inocentes da acusação que lhes fora imputada.⁵⁴²⁻⁵⁴³

Há quem afirme, inclusive, que a tal forma de atuação iria contra o *adversarial system* utilizado nos EUA e em outros países de *common law*. Entretanto, para Malcom Feeley trata-se, na verdade, de um incremento do sistema decorrente das novidades que lhe foram sendo incorporadas e da necessidade de adaptação aos novos tempos, utilizando-se de novas ferramentas que foram colocadas à disposição.⁵⁴⁴⁻⁵⁴⁵

da negociação para obter o acordo.” DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*. Pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 85.

⁵⁴² “Um dado interessante é que, nos Estados Unidos da América, no ano de 2015, cerca de 44% dos indivíduos que realizaram algum tipo de acordo de não persecução penal tiveram em seus casos a constatação, posteriormente, de que eram inocentes dos crimes que lhes foram imputados pelo Ministério Público. Inclusive, é reconhecida a incessante busca, por parte da comunidade acadêmica norte-americana, de alternativas ao sistema de *plea bargaining* e aos acordos de não persecução penal, como, por exemplo, a modificação de determinados aspectos do procedimento no processo penal e a garantia da instrução processual a todos os cidadãos. Tudo a indicar, de uma forma ou de outra, que o acordo de não persecução penal deixa inclusive de ser uma forma adequada de redução dos índices de criminalidade, o que levou até mesmo certas instituições anglo-americanas a proibirem sua prática.” RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 27, v. 161, nov./2019. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20190161.2&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=p&eid=82817a13050f4ca9f6ed852884e9e3c0&eat=&pg=RR-10.12&ppl=&nvgS=false&tmp=27>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

⁵⁴³ “A voluntariedade, por sua vez, depende da liberdade e da autonomia para a realização do acordo de não persecução penal, indo muito além da mera capacidade civil ou da ausência de coações físicas irresistíveis. Nesses termos, parte da doutrina anglo-americana descreve que há um sério risco de que os acusados ou investigados confessem fatos inexistentes de forma involuntária, diante do risco de uma condenação mais gravosa ao final do processo, ou até mesmo a situação de *overcharging*, em que os acusadores fazem imputações mais graves para forçar acordo menos vantajoso ao investigado.” RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. *Ibidem*.

⁵⁴⁴ “Minha tese aqui é que adversariedade e negociação estão diretamente relacionadas. A negociação de culpa não é uma prática cooperativa que prejudica ou compromete o processo do adversário; em vez disso, a oportunidade de adversariedade é esperada em proporção direta, e talvez como resultado do crescimento da negociação de pena. À medida que os requisitos do devido processo se expandiram, os recursos tornaram-se mais acessíveis tanto para a acusação quanto para os acusados criminalmente, conforme o direito penal substantivo se desenvolveu e conforme a disponibilidade e o papel do advogado de defesa se expandiram, a oportunidade para adversariedade e a negociação aumentou ... O contato frequente entre advogados de defesa e promotores fomenta uma tendência de substituir os papéis adversários formais por relacionamentos cooperativos. Outros enfatizam que a pressão para “produzir” dentro das restrições de recursos severamente limitados leva à substituição de práticas formais lentas e deliberadas por formas mais rápidas de tomada de decisão. Assim, a negociação de confissão de culpa passa a ser entendida como uma consequência destes e de fatores organizacionais extralegais relacionados.” (tradução livre) No original: “My thesis here is that adversariness and negotiation are directly related. Plea bargaining is not a cooperative practice that undermines or compromises the adversary process; rather, the opportunity for adversariness has expected in direct proportion to, and perhaps as a result of, the growth of plea bargaining. As the requirements of due process has expanded, as resources have become more accessible to both the prosecution and the criminally accused, as the substantive criminal law has developed, and as the availability and role of defense counsel have expanded, the opportunity for both adversariness and negotiation has increased... The frequent contact between defense attorneys and prosecutors fosters a tendency to replace formal adversarial roles with cooperative relationships. Others emphasize that the pressure to “produce” within the constraints of severely limited resources leads to the replacement of slow and deliberated formal practices with more expeditious forms of decision making. Thus plea bargaining comes to be

Fato é que um acordo realizado nesses termos, independente se decorreu de desídia nas investigações ou se em razão de uma intenção maliciosa do promotor, não é justo e, por isso, não deveria ser homologado pelo magistrado, a quem o réu deve recorrer nesses casos⁵⁴⁶.

understood as a consequence of these and related extra-legal organizational factors.” FEELEY, Malcom M. Op. cit., p. 340-341.

⁵⁴⁵ “Se, como afirmo, a negociação de confissão é o resultado de uma expansão da adversariedade, por que a negociação de confissão é tão freqüentemente percebida como um sinal de declínio, decadência ou extinção do sistema adversário? Por que os velhos tempos de trilhas frequentes parecem ser preferíveis à justiça negociada de hoje? Deixe-me sugerir duas razões. A primeira a que já aludi - o anseio romântico por um passado inexistente. Mas, na verdade, os julgamentos do século XIX foram, digamos, casos superficiais, em que defesas significativas raramente eram oferecidas e o acusado muitas vezes dependia do tribunal. Em segundo lugar, o descontentamento é inerente e é um subproduto do aumento do profissionalismo em geral. Mesmo promovendo talentos valiosos que desempenham funções úteis, o profissionalismo traz consigo um conjunto distinto de problemas. Devido ao seu próprio monopólio de informação, treinamento, acesso e linguagem, existe o perigo de que o agente (profissional) se torne o mestre. O profissional promove a dependência dos clientes, o que, por sua vez, gera descontentamento e suspeita. Além disso, a linguagem técnica dos profissionais promove uma comunicação rápida entre si, que não é facilmente compreendida por seus clientes e, como tal, os une de forma a alienar os profissionais dos clientes. Essa tensão é comum em todas as esferas da vida profissional. Os pacientes desconfiam de médicos, proprietários de casas de arquitetos, alunos de professores e assim por diante, mas isso cria tensões especiais em um ambiente adversário.” (tradução livre) No original: “If, as I contend, plea bargaining is the result of an expansion of adversariness, why is plea bargaining so often perceived as a sign of decline, decay or demise of the adversary system? Why do the old days of frequent trails appear to be preferable to the bargained justice of today? Let me suggest two reasons. The first I have already alluded to – the romantic yearning for a nonexistent yesterday. But in fact trials of say nineteenth century were perfunctory affairs, where meaningful defenses were rarely offered and the accused was often dependent on the court. Second, discontent is inherent and is a by-product of the rise of professionalism in general. Even as it fosters valuable talents that serve useful functions, professionalism brings with it a distinctive set of problems. Because of his or her own monopoly on information, training, access and language, there is the danger that the (professional) agent becomes the master. Professional fosters client’s dependence, which in turn breeds discontent and suspicion. Furthermore, the technical language of professionals fosters rapid communication among themselves that is not easily understood by their clients, and as such, links them together in a way that alienates professionals from clients. This tension is common in all walks of professional life. Patients are suspicious of doctors, homeowners of architects, students of teachers, and the like, but it creates special strains in an adversarial setting.” Ibidem, p. 351.

⁵⁴⁶ “Funcionários do Estado, às vezes, entram em acordos de negociação com réus porque tais funcionários compreendem que as provas que possuem em face dos réus são pouco conclusivas. Tais funcionários, (relutantemente, devemos assumir) concedem aos réus em questão reduções substanciais de acusação, ou concordam em recomendar sentenças reduzidas, a fim de induzir confissões de culpa dos réus. Mas suponha que, posteriormente, os agentes descobrem as provas contundentes de que antes precisavam para condenar os réus pelas acusações mais graves das quais eles suspeitavam que os réus eram culpados. *Plea bargain* teria, nesses casos, produzido erros que poderíamos permitir que funcionários do estado tentassem retificar, buscando anular seus acordos anteriores. Serão então os réus que insistirão veementemente que tratemos os acordos de confissão anteriores como finais, especialmente quando envolvem promessas de funcionários de retirar ou não buscar acusações mais sérias. No entanto, poderíamos tratar esses acordos como não mais do que presumivelmente finais, portanto, sujeitos a uma revisão posterior.” (tradução livre) No original: “State officials sometimes enter into plea agreements with defendants because those officials realize that the evidence they have against defendants is short of conclusive. Such officials (reluctantly, we should assume) grant the defendants in question substantial charge reductions, or agree to recommend reduced sentences, in order to induce defendants’ guilty pleas. But suppose that, subsequently, officials uncover the damning evidence they earlier needed to convict the defendants of the more serious charges of which they suspected the defendants were guilty. Plea bargaining has, in such cases, produced errors that we could allow state officials to try and rectify by seeking to abrogate their earlier agreements. It will then be defendants who adamantly insist that we treat earlier plea agreements as final, especially when they involved promises by officials to drop or not pursue more serious charges. Yet, we could treat such agreements as no more than presumptively final, thus subject to further review.” LIPPKE, Richard L. Op. cit., p. 386.

Trata-se, assim, da primeira crítica apresentada ao *plea bargaining*. Contudo, a existência de oposição do juiz ao promotor, atribuindo-lhe alguma falha, é fato raro.

Além dessa, são mencionadas na doutrina outras críticas ao sistema que domina o direito norte-americano.

A esse respeito, aponta-se também que após a prisão, o acusado somente terá acesso a um advogado de defesa quando da sua aparição frente ao magistrado, momento em que será decidida a manutenção ou não da segregação ou a imputação de alguma condição à sua liberdade, como a fiança. Entre o momento da prisão e a sua apresentação ao juiz, o acusado fica privado de uma defesa técnica.

Nesta etapa a acusação apresenta um acervo probatório a concretizar a acusação perpetrada⁵⁴⁷, sendo vedado ao acusado ou à defesa a postulação pela ilegalidade do conteúdo probatório apresentado ou irregularidades quando de sua detenção.

A terceira crítica consiste no fato de que, nos EUA, o acusado pode concordar com a proposta mesmo tendo sido expressamente orientado por seu advogado a não firmar o termo. Essa possibilidade é admitida tendo em vista que seu destino, nesse momento, lhe é inerente, cabendo ao advogado de defesa tão somente deduzir orientações técnicas, com base no caso e no que já fora apresentado pela promotoria.

A quarta crítica é com relação à renúncia aos direitos pelo acusado⁵⁴⁸⁻⁵⁴⁹. Não há consenso entre as legislações estaduais dos EUA e a federal, acerca da extensão dessa

⁵⁴⁷ “O primeiro contato do réu com o advogado de defesa é essencial por muitas razões. Por exemplo, somente depois de entrevistar o réu, o advogado de defesa pode escolher a melhor linha de argumentação para requerer a libertação do detido, preferencialmente sem fiança ou pelo pagamento de uma quantia razoável. Além disso, o defensor público ou privado pode apenas construir a estratégia de defesa, escolhendo quais provas serão usadas para minar as acusações da promotoria, após entrevistar o acusado sobre a sua versão dos fatos. Mais importante ainda, o advogado deve apenas sugerir ao réu entrar em um acordo de confissão se o advogado considerar que o acordo é a melhor solução para o réu, sem considerar o interesse particular do defensor.” SOUSA, Marllon. Op. cit., p. 140.

⁵⁴⁸ “A principal crítica da negociação do *plea bargain* reside na ideia de que ela subverte muitos dos valores do sistema de justiça criminal. Os críticos argumentam que a Constituição e a interpretação que a Suprema Corte faz do instituto fornecem regras detalhadas e explícitas para a determinação da culpa e o estabelecimento da punição. O *plea bargain* contorna esses “padrões rigorosos de devido processo e prova impostos durante os julgamentos”. Os críticos afirmam que, em certos casos, a culpa do réu é decidida sem uma investigação completa, apresentação de testemunho ou evidência ou qualquer apuração imparcial de fatos ... Embora esta crítica tenha um certo grau de mérito, o grau em que o *plea bargain* subverte os valores do sistema de justiça criminal pode ser exagerado. Os “padrões rigorosos de devido processo e prova impostos durante os julgamentos” não se tornam irrelevantes com a negociação de confissão, mas na verdade influenciam a natureza da negociação alcançada ... Os principais fatores que influenciam a oferta do promotor na maioria das negociações de confissão são “as circunstâncias do delito e as características do agressor.” Além disso, o dever do promotor excede o do papel de um adversário e inclui também atuar no interesse da justiça.” (tradução livre) No original: “The primary criticism of plea bargaining lies in the idea that it subverts many of the values of the criminal justice system. Critics argue that the Constitution and the Supreme Court’s interpretation of it provide detailed and explicit rules for the determination of guilt and the establishment of punishment. Plea bargaining circumvents these “rigorous standards of due process and proof imposed during trials.” Critics contend that in certain cases, a defendant’s guilt is decided without a full investigation, presentation of testimony or evidence or

renúncia, pelo que se entende que se o acusado fora devidamente orientado pelo seu advogado de defesa⁵⁵⁰, informando-lhe sobre todas as consequências que o acordo poderia gerar e, ainda assim, foi firmado o termo, não haverá qualquer irregularidade no procedimento.⁵⁵¹⁻⁵⁵²

any impartial fact finding... Although this criticism has a certain degree of merit to it, the degree to which the plea bargaining subverts the values of the criminal justice system may be exaggerated. The "rigorous standards of due process and proof imposed during trials" do not become irrelevant with plea bargaining but in fact influence the nature of the bargain reached... The primary factors influencing the prosecutor's offer in most plea bargains are "the circumstances of the offense and the characteristics of the offender." Additionally, the prosecutor's duty exceeds that of the role of an adversary and includes operating in the interests of justice as well". GUIDORIZZI, Douglas D. Op. cit., p. 768.

⁵⁴⁹ "O argumento aqui é que o desconto da sentença por se declarar culpado vai contra o espírito de pelo menos quatro dos direitos reconhecidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos e, possivelmente, também vai contra a letra deles. Este argumento começa considerando os direitos de um réu acusado de um crime, ao invés de começar com o objetivo de fazer o sistema de justiça criminal operar da maneira mais tranquila e econômica possível. Os quatro direitos a serem considerados são: a presunção de inocência, o privilégio contra a autoincriminação, o direito de não ser discriminado no exercício dos direitos do Artigo 6 e o direito a uma audiência justa e pública." (tradução livre). No original: "The argument here is that the sentence discount for pleading guilty runs contrary to the spirit of at least four of the rights recognized under the European Convention on Human Rights, and possibly counter to their letter too. This argument starts by considering the rights of a defendant charged with a criminal offence, rather than starting with the objective of making the criminal justice system operate as smoothly and as cost-effectively as possible. The four rights to be considering are: the presumption of innocence, the privilege against self-incrimination, the right not to be discriminated against in the exercise of Article 6 rights, and the right to a fair and public hearing". ASHWORTH, Andrew; REDMAYNE, Mike. *The criminal process*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 311-312.

⁵⁵⁰ "A jurisprudência da Corte, firmada no caso *Strickland v. Washington* (1984), exige dois requisitos para comprovar a inefetividade da defesa: (i) que a atuação do defensor esteja abaixo de um padrão razoável de competência objetivamente exigido em casos criminais e (ii) que haja prova do prejuízo, no sentido de que a deficiência seja causa provável do resultado desfavorável ao réu. No contexto de condenação mediante *plea bargaining*, o réu deve demonstrar uma probabilidade razoável de que teria optado por ser julgado pelo júri, em vez de se declarar culpado, não fosse pelos erros de seu defensor. O ônus de provar esses requisitos é, de modo geral, do réu." DE-LORENZI, Felipe da Costa. Op. cit., p. 94.

⁵⁵¹ "Sendo este o caso, tudo o que se pode dizer com certeza é que a Suprema Corte tem sido extremamente relutante em reconhecer quaisquer direitos retidos pelo réu que apresentou confissão de culpa, preferindo, em vez disso, proteger a finalidade de condenações baseadas em confissão de culpa." (tradução livre) No original: "That being the case, all one can say with certainty is that the Supreme Court has been extremely reluctant to recognize any rights retained by defendants who plead guilty, preferring instead to protect the finality of convictions resting on a guilty plea." LAIN, Corinna Barret. *Accuracy where it matters: brady v. maryland in the plea bargaining context*. In *Washington University Law Quarterly*, v. 80, nº 1, 2002. p. 3-4. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁵⁵² Ainda assim, há quem entenda que o acusado assume um risco ao não aceitar a oferta do promotor, acreditando que possa melhorá-la. "Uma das limitações óbvias da equação é a suposição de que ambas as partes conhecem todos os fatos envolvidos e todas as informações que a outra parte possui, incluindo o veredito caso o caso prossiga a julgamento. Na ausência desta onisciência presumida, ambas as partes enfrentam um risco maior em qualquer decisão que tomem. Por exemplo, o réu pode não ser capaz de determinar se o promotor irá realmente levar seu caso a julgamento sem fazer quaisquer outras ofertas. Se o réu acredita que o promotor está blefando ao fazer uma 'oferta final', então o réu pode ser motivado a rejeitar a oferta, a qual ele ou ela poderia ter aceitado se a oferta fosse realmente considerada final. No entanto, o réu assume um risco significativo ao rejeitar uma oferta, dada a sua incapacidade de prever com certeza a conduta futura do promotor. Essa assimetria de informação - quando um ou ambos os lados têm informações que o outro não pode - torna o "jogo" da barganha uma aposta para ambos os lados." (tradução livre) No original: "One of the equation's obvious limitations is its assumption that both parties know every fact involved and every piece of information that the other party has, including the verdict should the case proceed to trial. Absent this assumed omniscience, both parties face increased risk in any decision they make. For example, the defendant may not be able to ascertain whether the prosecutor will actually take his or her case to trial without making any further offers. If the defendant believes that the prosecutor is bluffing in making a 'final offer', then the defendant might be motivated to reject the offer, which he or she otherwise might have accepted if the offer was truly thought to be final. However, the defendant takes on significant risk when rejecting the offer, given his or her inability to predict the prosecutor's future

Oportuno tecer algumas considerações especificamente sobre os direitos dos acusados, em que se discute a aplicação dos *Brady Rights*⁵⁵³ àqueles que optarem por apresentar o *plea*.

Em cada Estado norte-americano as Cortes vêm decidindo de forma diferente se esses direitos devem ser aplicados também em caso de acordo com a acusação ou se somente podem ser invocados em caso de julgamento (*trial*)⁵⁵⁴. O argumento para a aplicação decorre da necessidade de ser uma decisão consciente e informada do acusado ao aceitar o acordo, pelo que ele deveria estar ciente das imputações que lhe são dirigidas e das provas que as embasam⁵⁵⁵. Inclusive porque há quem entenda que a falta de todas as informações geraria

conduct with any certainty. This asymmetry of information – when one or both sides have information that the other cannot – makes the ‘game’ of plea bargaining a gamble for both sides.” CALDWELL, H. Mitchel. Op. cit., p. 70.

⁵⁵³ Trata-se de direitos decorrentes da apresentação de todas as provas para que o acusado possa tomar sua decisão acerca de aceitar ou não o acordo, quando da análise da precisão das condenações através do *plea bargaining*. Não há necessariamente a obrigação de apresentar todos os detalhes das provas, porém deve se ter certeza de que a decisão do autor é consciente e completamente informada. Sobre o caso *Brady v. Maryland*: “Ironicamente, Brady envolveu a supressão de evidências relevantes para a punição do réu, em vez de culpa. *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 84 (1963). No julgamento, Brady admitiu seu envolvimento em um homicídio de primeiro grau, mas alegou que um companheiro, Boblit, cometeu o assassinato real. Baseado nessa versão dos fatos, o advogado de Brady argumentou ao júri que seu cliente deveria ser poupado da pena de morte. Após o julgamento, o advogado de Brady descobriu que a promotoria suprimiu uma declaração de Boblit admitindo que ele realmente estrangulou a vítima, apesar de um pedido para ver todas as declarações extrajudiciais de Boblit.” (tradução livre) No original: “Ironically, Brady involved the suppression of evidence relevant to the defendant’s punishment rather than guilt. *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 84 (1963). At trial, Brady admitted his involvement in a first-degree murder but claimed that a companion, Boblit, committed the actual killing. Based on that version of events, Brady’s attorney argued to the jury that his client should be spared the death penalty. Id. The jury rejected the argument and sentenced Brady to death. Id. After trial, Brady’s attorney discovered that the prosecution had suppressed a statement by Boblit admitting that he had actually strangled the victim, despite a request to see all of Boblit’s out-of-court statements.” LAIN, Corinna Barret. *Ibidem*, p. 22.

⁵⁵⁴ “Ainda assim, os Tribunais que tomam esta posição diferem quanto à forma como chegam a esse resultado. Alguns Tribunais sustentam que as alegações de Brady são suficientes per se para negar a natureza voluntária e inteligente de uma manifestação, enquanto outros consideram uma violação Brady apenas uma de uma série de circunstâncias relevantes para determinar se uma manifestação é voluntária e inteligente. Outros ainda tratam as alegações de Brady como um tipo de deturpação governamental que nega a natureza voluntária e inteligente de uma manifestação ou torna a manifestação inválida, apesar de sua natureza voluntária e inteligente. Conforme discutido abaixo, cada abordagem tem seu próprio recurso - e suas próprias armadilhas também ... De acordo com o precedente atual da Suprema Corte, uma confissão de culpa voluntária e inteligente exige que os réus conheçam apenas as acusações contra eles e as consequências de se declarar culpados, permitindo até mesmo que confissões de culpa de quem está seriamente desinformado passem na avaliação constitucional ... Assim, embora o bom senso possa nos dizer que um réu precisa de informações de Brady para entrar com uma ação voluntária e inteligente, as indicações da Suprema Corte são claramente o contrário.” (tradução livre) No original: “Still, courts taking this position differ as to how they reach that result. Some courts hold that Brady claims are sufficient per se to negate the voluntary and intelligent nature of a plea, while others consider a Brady violation to be just one of a number of circumstances relevant in determining whether a plea is voluntary and intelligent. Still others treat Brady claims as a type of governmental misrepresentation that either negates the voluntary and intelligent nature of a plea or renders the plea invalid despite its voluntary and intelligent nature. As discussed below, each approach has its own appeal-and its own pitfalls as well... Under current Supreme Court precedent, a voluntary and intelligent guilty plea requires defendants to know only the charges against them and the consequences of pleading guilty, enabling even seriously uninformed guilty pleas to pass constitutional muster... Thus, while common sense may tell us that a defendant needs Brady information to enter a voluntary and intelligent plea, the Supreme Court’s indications are clearly to the contrary.” *Ibidem*, p. 8-9.

⁵⁵⁵ “... suprimir as informações de Brady durante o *plea bargain* faz com que três fatores convirjam, cada um dos quais aumenta a possibilidade de condenar o inocente: casos fracos (sugerindo culpa questionável para começar), maiores diferenciais de condenação (refletindo a ânsia do promotor em negociar com pena os casos fracos), e

uma nulidade no acordo, tornando-o ineficaz⁵⁵⁶. A despeito disso, a Suprema Corte encara como um problema constitucional a falta de aplicação dos *Brady Rights* em casos de *plea bargaining*.

Menciona-se a quinta como a mais severa das críticas ora analisadas, a chamada “*trial-tax*”, conhecida como uma espécie de “imposto” que o acusado se vê obrigado a “pagar” por rechaçar o acordo e optar pelo julgamento, auferindo punições mais severas do que aqueles que optam imediatamente em anuí-lo.⁵⁵⁷

A sexta crítica a ser abordada é um argumento mais recente contra o *plea bargaining* é a diferença na forma como as Cortes Estaduais lidam com o procedimento. A maior parte delas entende o acordo como um contrato firmado entre a acusação e o acusado. No entanto, exurgem algumas importantes indagações a respeito das consequências advindas quando há alteração da lei e o crime passa a não mais ser tipificado pelo direito penal, ou mesmo quando há a alteração da interpretação de uma lei que torne o tipo penal mais restrito. A par disso, algumas Cortes permitiram que o acusado fosse indiciado novamente, apesar do acordo já firmado, enquanto outras entenderam que, como o acordo é um contrato, o mesmo teria perdido seu objeto, não mais existindo, devendo os presos serem libertados⁵⁵⁸.

ignorância de evidências que sugiram inocência (fazendo com que o réu superestime a chance de condenação no julgamento).” (tradução livre) No original: “... suppressing Brady information during plea bargaining causes three factors to converge, each of which increases the possibility of convicting the innocent: weak cases (suggesting questionable guilt to start with), larger sentencing differentials (reflecting a prosecutor’s eagerness to plea bargain the weak cases), and ignorance of evidence suggesting innocence (causing a defendant to overestimate the chance of conviction at trial).” MCMUNIGAL, Kevin C. apud *ibid.*, p. 31.

⁵⁵⁶ “Na verdade, a importância de Brady no contexto da negociação de confissão é clara em parte apenas porque tantos casos são resolvidos lá. Afinal, a precisão que nosso sistema de justiça criminal formal se esforça para garantir é de importância prática limitada - noventa por cento do tempo, o contexto de negociação de culpa é o único contexto que importa.” (tradução livre) No original: “Indeed, Brady’s importance in the plea bargaining context is clear in part just because so many cases are resolved there. After all, the accuracy that our formal criminal justice system endeavors to secure is of limited practical import-ninety percent of the time, the plea bargaining context is the only context that matters.” LAIN, Corinna Barret. *Op. cit.*, p. 49.

⁵⁵⁷ “Todos esses custos de processo conspiram para dissuadir os réus de exercer seu direito a um julgamento. Como explicou um defensor público: [Uma] vez que você entende ... quão altos são os custos de atrito de lutar em um caso criminal, as confissões de culpa dos inocentes não são apenas previsíveis, mas também parecem um produto natural da forma como o sistema é projetado. Mesmo sem a ameaça de prisão, fugir não é uma escolha irracional.” (tradução livre) No original: “All of these process costs conspire to dissuade defendants from exercising their right to a trial. As one public defender explained: [O]nce you understand ... how high the frictional costs of fighting a criminal case really are, the guilty pleas of the innocent are not only predictable, but also seem a natural product of the way the system is designed. Even without the threat of jail, copping out isn’t an irrational choice.” COVEY, Russel. *Op. cit.*, p. 241.

⁵⁵⁸ “Alguns Tribunais permitem que o réu seja reindiciado após um ataque colateral bem-sucedido ao acordo de confissão outros Tribunais mantiveram o acordo de confissão de culpa como um contrato e permitiram que o réu fosse livre. Ambas as abordagens deixam muito a desejar. Permitir a reindiciação do réu parece quase inescrupuloso e parece violar a noção de dupla penalização. Fazer cumprir o acordo de confissão e permitir que o réu seja libertado parece distorcer as percepções de justiça e justa punição. A maioria dos Tribunais permitiu que o réu fosse reindiciado após um ataque colateral bem-sucedido com base em Bailey. Os Tribunais apresentaram diversas razões para permitir o reinciamento: 1) quebra de contrato, 2) frustração de propósito, 3) erro mútuo e 4) linguagem legal. Os Tribunais determinaram que um réu viola o acordo de confissão por sua escolha

Uma das soluções apresentadas pelos doutrinadores para tornar o instituto do *plea bargaining* um menor alvo de discussões é a aplicação de percentuais de descontos de pena de forma fixa, tabelada. Assim, no momento da oferta, o promotor deverá se ater àquele percentual determinado para que não reste caracterizada qualquer forma de coação a impingir ao acusado a aceitação do acordo.

Russel Covey apresenta uma série de consequências favoráveis para aplicação do tabelamento, como: evitar que os promotores apresentem acordos tão bons que acabem por coagir o acusado a aceitar; os promotores dispensarão casos com provas mais fracas ao invés de determinar seu seguimento; restará eliminada a possibilidade de o promotor usar-se do *overcharging* para conseguir um acordo de forma mais fácil; o desconto de pena será conhecido por todas as partes, oportunizando-se uma tomada de decisão mais consciente pelo acusado, gerando uma maior legitimidade ao sistema de justiça criminal.^{559 560}

voluntária de contestar sua condenação. Outros Tribunais sustentaram que um ataque colateral bem-sucedido a um acordo de confissão exonera as obrigações contratuais do Governo sob a frustração da doutrina de propósito. O objetivo do Governo para o acordo de confissão é garantir que o réu cumpra substancialmente a pena por seu delito, que é frustrado por um ataque colateral bem-sucedido à condenação. Pelo menos um Tribunal permitiu a reindicação sob a teoria de erro mútuo. O acordo de confissão é anulado porque ambas as partes se enganaram sobre a lei e quais ações constituíram um crime.” (tradução livre) No original: “Some courts allow the defendant to be reindicted after a successful collateral attack of the plea agreement. Other courts have upheld the plea agreement as a contract and allowed the defendant to go free. Both of these approaches leave a lot to be desired. Allowing the reindictment of the defendant seems to be almost unconscionable and would appear to violate the notion of double jeopardy. Enforcing the plea agreement and allowing the defendant to go free seems to distort the perceptions of justice and just punishment. The majority of courts have allowed the defendant to be reindicted after a successful collateral attack based on Bailey. The courts have offered several reasons for allowing reindictment: 1) breach of contract, 2) frustration of purpose, 3) mutual mistake, and 4) statutory language. Courts have held that a defendant breaches the plea agreement by his voluntary choice to challenge his conviction. Other courts have held that a successful collateral attack on a plea agreement discharges the government's contractual obligations under the frustration of purpose doctrine. The government's purpose for the plea agreement is to ensure that the defendant will substantially serve the sentence for his offense, which is frustrated by a successful collateral attack of the conviction. At least one court has allowed reindictment under a theory of mutual mistake." The plea agreement is voided because both parties were mistaken about the law and what actions constituted an offense” PALMER, Jeff. Op. cit., p. 530.

⁵⁵⁹ “Os descontos de confissão fixa oferecem quatro benefícios principais, que serão discutidos em detalhes a seguir. Primeiro, onde grandes descontos são oferecidos rotineiramente, todos os réus têm fortes incentivos para se declarar culpados, incluindo réus em casos fracos (presumivelmente incluindo um número desproporcionalmente grande de réus inocentes). Os descontos fixos evitam que os promotores ofereçam descontos tão grandes que réus inocentes são essencialmente coagidos a se declarar culpados para evitar o risco de uma sentença dramaticamente mais dura. Em segundo lugar, porque os descontos fixos limitam a capacidade do promotor de desfazer-se de casos fracos por meio da negociação de confissão, alterando a estrutura de incentivos do réu, os descontos fixos impactam diretamente as práticas de triagem do promotor, criando fortes incentivos para encerrar casos fracos em vez de julgá-los. Terceiro, os descontos fixos reduzem os incentivos do Ministério Público para apresentar excesso de acusações aos réus criminais, eliminando a margem de negociação que pode ser obtida por meio desse excesso estratégico. Na ausência desses incentivos, é mais provável que um promotor selecione as acusações com base na avaliação real do promotor sobre a culpabilidade do réu. Em quarto lugar, precisamente porque os descontos são fixos e disponíveis para todo réu que decide se declarar culpado em vez de contestar a culpa no julgamento, os descontos fixos põem fim à 'justiça de permuta', um aspecto do processo criminal que é altamente corrosivo para a legitimidade do sistema aos olhos do público, dos profissionais que trabalham nos tribunais criminais e, talvez o mais importante, dos próprios réus criminais.” (tradução livre) No original: “Fixed-plea discounts offer four primary benefits, which will be discussed in detail below. First, where large discounts are routinely offered, all defendants have strong incentives to plead guilty,

Seguindo à sétima crítica apresentada, há quem entenda que a aplicação do *plea bargaining* reduz a importância da atuação do juiz, tendo em vista que deixa de julgar o caso para o qual foi chamado, devendo apenas, em caso de homologação do acordo, determinar a aplicação da sanção acordada pelas partes, sem qualquer intervenção⁵⁶¹.

including defendants in weak cases (presumably including a disproportionately large number of innocent defendants). Fixed discounts prevent prosecutors from offering discounts so large that innocent defendants are essentially coerced to plead guilty to avoid the risk of a dramatically harsher sentence. Second, because fixed discounts limit prosecutor's ability to dispose of weak case through plea bargaining by changing the defendant's incentive structure, fixed discounts directly impact prosecutorial screening practices, creating strong incentives to dismiss weak cases rather than try them. Third, fixed discounts reduce prosecutorial incentives to overcharge criminal defendants by eliminating the bargaining leverage that can be obtained through strategic overcharging. Absent those incentives, a prosecutor is more likely to select charges based on prosecutor's actual evaluation of the defendant's culpability. Fourth, precisely because the discounts are fixed and available to every defendant who decides to plead guilty rather than contest guilt at trial, fixed discounts put an end to 'barter justice', an aspect of the criminal process that is highly corrosive to the system's legitimacy in the eyes of the public, professionals who work in the criminal courts, and, perhaps most importantly, criminal defendants themselves." COVEY, Russel D. *Fixed Justice: reforming plea bargaining with plea-based ceilings*. In: *Tulane Law Review*. v. 82, n. 4, 2008. p. 1245-1246. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁵⁶⁰ “Em outras palavras, os promotores enfrentam um incentivo duplo ao perseguir casos fracos em que os descontos são fixos. Não apenas eles devem esperar ter que tentar mais deles, mas também devem esperar perder mais deles precisamente porque os casos são fracos. Dados esses incentivos alterados, podemos prever prontamente pelo menos duas mudanças na conduta do Ministério Público como resultado de descontos fixos: os promotores irão filtrar os casos mais fracos de seus arquivos e transformar os casos mais fracos em casos fortes. O último pode ser realizado, por exemplo, aumentando a quantidade de recursos investigatórios dedicados aos casos fracos. Embora os promotores possam preferir fazer um apelo tolerante a um caso subinvestigado em vez de dedicar recursos adicionais ao caso, exigir que as condenações sejam apoiadas por fortes evidências de culpa atende melhor ao interesse público ao garantir condenações precisas. O incentivo a práticas de cobrança mais conservadoras também pode fortalecer os casos fracos. Se os promotores substituírem acusações altas difíceis de provar por acusações mais fáceis de provar, mas menos graves, a maior probabilidade de condenação tornará os apelos de acusação mais fáceis de obter.” (tradução livre) No original: “Prosecutors, in other words, face a double incentive against pursuing weak cases where discounts are fixed. Not only must they expect to have to try more of them, but also they must expect to lose more of them precisely because the cases are weak. Given this changed incentives, we can readily predict at least two changes in prosecutorial conduct as a result of fixed discounts: prosecutors will screen out more weak cases from their files and will turn more weak cases into strong cases. The later can be accomplished, for example, by increasing the amount of investigatory resources devoted to weak cases. Although prosecutors might prefer to take a lenient plea to an underinvestigated case rather than to devote additional resources to the case, demanding that convictions be backed by strong evidence of guilt better serves the public interest in ensuring accurate convictions. Encouraging more conservative charging practices can also strengthen weak cases. If prosecutors replace hard-to-prove high charges with easier-to-prove but less serious charges, the higher probability of conviction will make guilty pleas easier to obtain.” COVEY, Russel D. *Ibidem*, p. 1252-1253.

⁵⁶¹ “Como exemplo, considere artifícios, como pleitos, destinados a auxiliar na formação de questões. Tais dispositivos são necessários, mesmo implícitos, ao objetivo do modo de procedimento de resolução de conflitos: eles permitem ao juiz verificar a existência e os limites do litígio que ele é chamado a resolver. Na ausência de tais mecanismos, o processo torna-se desorientado e incoerente. Em um processo de implementação de políticas, ao contrário, as súplicas e mecanismos semelhantes não têm justificativa mais profunda. Já observei que um processo deve prosseguir, independentemente de o objeto em questão ser contestado ou não. Veja o exemplo da confissão de culpa em processos criminais ativistas: onde a culpa é igual à presença de condições que justificam a aplicação de medidas de política criminal, a culpa deve ser determinada pelo juiz estadual. A pergunta "você é culpado" ("como você se declara?"), se for feita, não é um veículo para verificar se existe uma controvérsia de sustentação do processo, como ocorre no modo de resolução de conflito. Em vez disso, a pergunta não é mais do que um convite dirigido ao réu para confessar os fatos do crime. Se sua confissão é crível e se os fatos confessados tornam o réu culpado de acordo com a lei estadual, cabe ao juiz e não ao réu decidir. Na maioria das vezes, este último nem sabe se é culpado. E mesmo que a resposta "culpado" seja obtida dele, o processo deve continuar - embora talvez de uma forma menos exigente, reservada para casos em que a apuração de fatos é comparativamente fácil. Em suma, as contestações não são exigidas pelo objetivo processual do processo de

Embasando-se nas críticas apresentadas, apesar do papel de extrema importância do *plea bargaining* para o direito norte-americano, há uma parte da doutrina que defende a sua abolição do sistema jurídico⁵⁶². Entre outros motivos essa corrente afirma que a convergência de interesses na manutenção e realização do maior número de decisões por *plea* decorre de objetivos diferentes do acusado e do Estado. Enquanto o primeiro tem o intuito de minimizar a sua punição, não se preocupando se tal procedimento gera algum benefício para a sociedade, o Estado quer evitar o julgamento, com base em todos os fundamentos já apresentados, como teses de condenação fracas e custos altos.⁵⁶³⁻⁵⁶⁴

implementação da política. Para serem incorporados em um modelo puro, eles devem ser apoiados em algum outro fundamento, desde que não pareçam questionáveis em termos de ideologia ativista.” (tradução livre) No original: “As an example, consider devices, such as pleadings, designed to assist in the formation of issues. Such devices are necessary, even implicit, in the objective of the conflict-solving mode of proceeding: they enable the judge to ascertain the existence and the limits of the dispute he is called upon to resolve. Absent such mechanisms, the process becomes disoriented and incoherent. In a policy-implementing process, by contrast, pleadings and similar mechanisms have no deeper justification. I have already noted that a lawsuit must continue, regardless of whether the subject matter involved in it is contested or not. Take the example of the guilty plea in activist criminal prosecutions: where guilt equals the presence of conditions justifying application of criminal policy measures, guilt must be determined by the state adjudicator. The question ‘are you guilty’ (‘how do you plead?’), if it is asked at all, is not a vehicle to ascertain whether a process-sustaining controversy exists, as it is in the conflict-solving mode. Instead the question is no more than an invitation addressed to the defendant to confess to the facts of the crime. Whether his confession is credible, and whether the facts as confessed make the defendant guilty under state law, is for the judge and not the defendant to decide. Most of the time, the latter does not even know whether he is guilty. And even if the answer ‘guilty’ is obtained from him, proceedings must continue – albeit perhaps in a less demanding form, reserved for cases in which factfinding is comparatively easy. In sum, pleadings are not mandated by the procedural purpose of the policy-implementing process. To be incorporated in a pure model, they must be supported on some other ground, provided that they do not appear objectionable in terms of activist ideology.” DAMASKA, Mirjan R. Op. cit., Ebook.

⁵⁶² “No entanto, o debate do *plea bargain* envolve questões fundamentais da política de condenação, da propriedade de questões comprometedoras de culpa criminal e do uso de incentivos governamentais para garantir renúncias a direitos constitucionais. Por estas razões, o debate parece provável que continue enquanto a prática de *plea bargain* persistir.” (tradução livre) No original: “Nevertheless, the plea bargaining debate involves fundamental issues of sentencing policy, of the propriety of compromising questions of criminal guilt, and of the use of governmental inducements to secure waivers of constitutional rights. For these reasons, the debate seems likely to continue as long as the practice of plea bargaining persists.” ALSCHULER, Albert W. apud PALMER, Jeff. Op. cit., p. 512.

⁵⁶³ “Outra justificativa para o *plea bargain* é que ele permite a alocação de recursos de forma mais eficiente. A barganha é reconhecida explicitamente como uma transação em que objetivos não relacionados do réu e do estado são atendidos. O réu deseja minimizar sua punição, totalmente sem levar em conta seu possível benefício para a sociedade ou para si mesmo. O estado quer evitar um julgamento.” (tradução livre) No original: “Another justification of plea bargaining is that it allows for the most efficient allocation of resources. The bargain is recognized explicitly as a transaction in which unrelated objectives of the defendant and the state are served. The defendant wants to minimize his punishment, wholly without regard to its possible benefit to society or himself. The state wants to avoid a trial.” Ibidem, p. 514.

⁵⁶⁴ “No que rapidamente se tornou um clássico, o professor de direito da Universidade do Colorado, Albert Alschuler, examinou o acordo judicial sob as perspectivas do promotor, juiz e advogado de defesa. Ele conclui que, de cada uma dessas visões, o incentivo persistente é o da conveniência institucional e da manutenção da organização, mais do que os interesses do acusado e a preocupação com a justiça.” (tradução livre) No original: “In what have quickly become classics, University of Colorado law professor Albert Alschuler has examined plea bargain from the perspectives of the prosecutor, judge and defense attorney. He concludes that from each of these views the prevailing incentive is one of institutional convenience and organizational maintenance rather than the interests of the accused and the concern with justice.” FEELEY, Malcom M. Op. cit., p. 339.

Fortalecendo tal entendimento e trazendo um novo, muitos acreditam que com a utilização do *plea bargaining* a punição permanece aquém do devido para os réus acusados e confessos dos crimes praticados⁵⁶⁵. Também se coloca a situação em que muitos inocentes poderiam optar pelo *plea bargaining* em razão do temor de serem condenados sem ter cometido qualquer crime.

Nessa linha, a corrente doutrinária que defende a abolição do *plea* afirma que o acusado vislumbra apenas a sanção mais leve, sem a preocupação com a carga de responsabilidade que os defensores incutem em tal procedimento⁵⁶⁶. Este argumento é utilizado para desacreditar a alegação de que, caso participe da elaboração do acordo, o acusado teria maior probabilidade de cumprí-lo fielmente.

Esse embate doutrinário no direito norte-americano traz consequências ao nosso ordenamento jurídico. Como veremos adiante, o direito brasileiro vem construindo institutos que se assemelham ao *plea bargaining* e, aqui, geram tantas críticas quanto ao modelo original.

3.3.Sistema jurídico brasileiro.

⁵⁶⁵ “Embora a punição a menor seja uma crítica consistente feita por oponentes da negociação de confissão de culpa, não está claro o quão fortemente essa visão persiste. Na verdade, o corpo de peso crítico agora se inclina esmagadoramente em direção à visão de que os réus são, se houver alguma coisa, excessivamente punidos em vez de punidos a menor, e as pesquisas e o comportamento de condenação demonstram que a maioria dos juízes também acredita que os réus são punidos em excesso como resultado de diretrizes de condenação e sentenças mínimas obrigatórias.” (tradução livre) No original: “Although under-punishment is a consistent criticism made by opponents of plea bargaining, it is not clear how strongly that view persists. Indeed, the body of critical weight now leans overwhelmingly toward the view that defendants are, if anything, over- rather than under-punished, and both surveys and sentencing behavior demonstrate that most judges also believe that defendants are over-punished as a result of sentencing guidelines and mandatory minimum sentences.” COVEY, Russel. *Reconsidering the relationship between cognitive psychology and plea bargaining*. Op. cit., p. 231.

⁵⁶⁶ “O argumento de assunção de responsabilidade também acompanha a noção de que o réu é capaz de participar ativamente de sua própria punição, o que aumentará seu senso de dignidade e autoestima e, possivelmente, respeito à lei e ao sistema de justiça criminal. No entanto, a “confiança em uma negociação para a determinação crucial da culpa mina fundamentalmente a noção de justiça criminal ... Alguns oponentes do *plea bargain* argumentam que o réu não está reconhecendo a culpa ou aceitando a responsabilidade, mas apenas procurando pela sentença mais branda.” (tradução livre) No original: “The argument of assumption of responsibility also goes along with the notion that the defendant is able to actively participate in his own punishment, which will increase his sense of dignity and self-worth and possibly respect for the law and the criminal justice system. However, the “reliance on a bargain for the crucial determination of guilt undermines fundamentally the notion of criminal justice... Some opponents of plea bargaining argue that the defendant is not acknowledging guilt or accepting responsibility, but rather just looking for the most lenient sentence.” PALMER, Jeff. Op. cit., p. 517-518.

Originalmente os sistemas jurídicos no mundo diferenciavam-se entre sistema inquisitivo⁵⁶⁷ e acusatório⁵⁶⁸, porém, hodiernamente ambos vêm convergindo um para o outro e criando um sistema misto ou híbrido.

A maior parte da doutrina entende que no direito brasileiro consagra-se o sistema acusatório, porém há quem defenda a existência de um sistema misto, em razão de um viés inquisitivo na fase pré-processual da seara criminal.

De outra banda, em nada se confundindo com os sistemas processuais, mas atendo-se à gestão do processo e da prova – o que nos interessa nesse trabalho – apresentam-se os modelos *adversarial system*, do direito anglo-saxão e *inquisitorial system*, do direito continental europeu.

Enquanto nos países da *common law* a atuação das partes é determinante na marcha do processo e na produção das provas (*adversarial system*), posto que o processo se desenvolve por disposição das partes; nos países da *civil law*, como o Brasil, essas atividades recaem de preferência sobre o juiz (*inquisitorial system*), visto que o processo se desenvolve por impulso oficial.⁵⁶⁹

Assim, é possível afirmar que o sistema processual brasileiro é acusatório com poderes instrutórios complementares do juiz mais aproximado do *inquisitorial system*.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ “Nessa época a função de acusar, de defender e de julgar o acusado concentrava-se na pessoa do juiz, daí a expressão inquisidor, que adotava uma forma aglutinada de funções. O acusado não era visto como sujeito de direitos, mas mero objeto do processo, e por isso, inexistente qualquer relação jurídica processual.” PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. *Justiça penal negociada: uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019. p. 27.

⁵⁶⁸ “Assim, o poder punitivo do Estado concentra-se no órgão julgador sendo esse poder condicionado à provocação feita pelo órgão acusador no exercício da pretensão acusatória. Logo, ‘o poder de decisão é responsabilidade de um juiz, órgão estatal diverso daquele que tem o poder exclusivo de iniciativa do processo, ao qual cabe o ônus da prova.’ Ibidem, p. 30.

⁵⁶⁹ “Essa diferença do sistema brasileiro com o modelo norte-americano e inglês representa duas vertentes muito distintas a respeito do próprio processo penal. Embora nos últimos anos exista uma tendência mundial de “americanização” do sistema criminal, inclusive com a “exportação” do *plea bargaining* para alguns países filiados à tradição romano-germânica, ainda não se pode considerar como superada a dicotomia entre os modelos adversarial (*common law*) e inquisitorial (*civil law*). A diferenciação tradicional entre as duas modalidades ocorre em face da diversa distribuição de poderes entre os atores processuais (juiz, acusação e defesa). O padrão adversarial afirma que o conflito deve ser estabelecido entre as partes, ante um órgão decisório observador e passivo. Já a noção inquisitorial enxerga o processo penal como um procedimento oficial, que vai além do interesse das partes, cuja finalidade última é desvelar a verdade. Essa bipartição de concepções deixa clara a tendência em conferir maior poder para as partes, inclusive de barganhar e transigir, na formatação adversarial. No sistema inquisitorial, a caracterização pública do processo costuma engessar esse tipo de acordo e confere ao julgador maior centralidade e protagonismo.” SALVADOR NETTO, Allamiro Velludo. Op.cit.

⁵⁷⁰ A exemplo, citem-se alguns dispositivos legais do Código de Processo Penal: “Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

Art. 147. O juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade; Art. 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.” BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de

O âmago do direito pátrio é a intensa e constante busca de equilíbrio entre todas as partes atuantes no processo^{571 572}, lastreado nos ditames da Constituição de 1988.

A par disso, devemos salientar a Dignidade da Pessoa Humana⁵⁷³, objetivo fundamental, pela qual a todas as pessoas deve ser conferido um tratamento nobre e evitada qualquer atuação vexatória ou degradante.

Nessa linha, também não se pode olvidar quanto ao Princípio do Devido Processo Legal, consagrado no direito norte-americano como *due process clause*. Tal máxima é um Princípio Fundamental expresso no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal e determina que ninguém será privado de sua liberdade, no que nos cabe nesse trabalho, sem passar pelo Devido Processo, em qualquer situação.

Seguindo as premissas basilares, a Presunção de Inocência exsurge em extrema relevância e ligação intrínseca com o tema objeto deste trabalho.

A essencialidade desse princípio remete-nos à sua consagração como instrumento de controle e defesa às barbáries históricas cometidas ao longo dos séculos.

Desde os idos da Revolução Francesa (1789) a presunção de inocência restou expressamente consolidada no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁵⁷⁴

Não diferente, com o término da 2ª Guerra Mundial, as atrocidades e horrores cometidos resultaram na concepção da Declaração Universal dos Direitos Humanos -adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de

1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 06 mai. 2022.

⁵⁷¹ “O processo penal sob a égide do Estado Democrático de Direito não se satisfaz mais nem com o protagonismo judicial (Estado Social) e nem mais com o protagonismo das partes (Estado Liberal). O processo penal democrático deve ser o palco do diálogo entre todos seus sujeitos, cada um exercendo seu papel, mas todos igualmente responsáveis pela construção do provimento final.” MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. *A cultura inquisitiva mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal*. In: Revista Jurídica Cesumar, jul./dez. 2015, v. 15, n. 2. p. 394.

⁵⁷² “O caráter *adversarial* do sistema vai cedendo espaço ao desenvolvimento oficial e a distinção entre os dois processos parece tender a uma atenuação cada vez mais perceptível.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório*. Op. cit., p. 72-73.

⁵⁷³ “O art. 1º, inciso III da Constituição Federal, estabelece o respeito à dignidade da pessoa humana, sendo considerado um pilar de todo o ordenamento jurídico. Tal princípio tem efeito irradiante e de sobreposição sobre outros direitos fundamentais, indicando que todas as interpretações devem seguir a sua orientação. Não há dúvida de que este princípio deve ser seguido em questões de processo penal –particularmente no trâmite de uma ação penal, momento no qual o cidadão está em uma posição menos privilegiada se comparado com o poder punitivo hipertrofiado do Estado, representado pela promotoria e pelo sistema de segurança pública.” SOUSA, Marllon. Op. cit., p. 49.

⁵⁷⁴ “Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.” *Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789*. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

dezembro 1948 - que em seu artigo 11, item 1, reverenciou o Princípio da Presunção de Inocência.⁵⁷⁵

Vinte anos depois, foi assinada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, cabendo ao artigo 8, item 2, dispor que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”⁵⁷⁶

Coube à Constituição Federativa do Brasil de 1988 positivar no artigo 5º, inciso LVII, a presunção de inocência.

No país estadunidense esse princípio é mais fortemente verificado durante a instrução probatória do caso, concedendo-se ao acusado um amplo contraditório e todos os meios de defesa cabíveis. Contudo, a partir do momento em que é prolatada a sentença condenatória, o acusado passa a ser considerado culpado, e, na maior parte das vezes, aguardará o final do julgamento preso⁵⁷⁷.

Atente-se que, afastando-se das premissas do direito comparado, nacionalmente o princípio apresenta contornos diferentes sob o viés de que o acusado somente pode ser considerado culpado após a confirmação de sua condenação com a análise do último recurso possível impetrado, sendo essa, a despeito das paulatinas alterações consagradas nos últimos anos, o entendimento atual sufragado pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁷⁸⁻⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ “1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” BRASIL. United Nations International Children's Emergency Fund - UNICEF. *Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-uni-versal-dos-direitos-humanos#:~:text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20mantido%20em%20escravid%C3%A3o,em%20todas%20as%20suas%20formas.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20submetido%20%C3%A0%20tortura,castigo%20cruel%20desumano%20ou%20degradante.&text=Todo%20ser%20humano%20tem%20o,como%20pessoa%20perante%20a%20lei.>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁵⁷⁶ *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁵⁷⁷ SOUSA, Marllon. Op.cit., p. 60-61.

⁵⁷⁸ CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292, relator Ministro Teori Zavascki, j. 17/02/2016, DJE 17/05/2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 02 mai. 2022.

⁵⁷⁹ MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO

Uma importante aplicação dos princípios constitucionais no sistema brasileiro que o diferencia do sistema norte-americano é com relação à audiência de custódia.

Enquanto nos EUA o acusado não pode alegar qualquer irregularidade acerca da sua detenção em seu primeiro encontro com o magistrado, devendo aguardar o momento certo para tal contestação, no Brasil, a audiência de custódia funciona tanto para análise da confirmação da prisão, quanto para a verificação da atuação dos condutores que tiveram contato com o acusado e da legalidade de sua abordagem, de modo a aferir se todos esses atos estão de acordo com os princípios constitucionais.

Diante do que ora se expôs pode-se afirmar que todos esses princípios e garantias constitucionais, seja no ordenamento jurídico alienígena, seja nacional, pretendem garantir à pessoa humana, ora na qualidade de indiciada, acusada, denunciada ou ré, a proteção de seus direitos fundamentais natos, com destaque à vida, à liberdade, à integridade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Cabe-nos, entretanto, lançar um olhar cauteloso e refletir a respeito da sociedade imersa nos resultados de uma criminalidade cada vez mais devastadora.

MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 43, relator Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, j. 05/10/2016, DJe 07/03/2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 02 mai. 2022.

O direito processual brasileiro, inserido no Estado Democrático em que vivemos, como não poderia deixar de ser, possui dentre suas funções, uma de natureza libertária, uma vez que a “atividade punitiva estatal não deixa de ter uma função libertadora, pois a conduta criminosa atinge também a liberdade da vítima que, quando legítima, deve ser tutelada pelo Estado”⁵⁸⁰.

Observa-se que o sistema penal brasileiro não vinha apresentado uma resposta estatal proporcionalmente adequada à criminalidade crescente⁵⁸¹.⁵⁸² Em razão disso, novos institutos vêm sendo erigidos no ordenamento brasileiro na tentativa de tornar mais célere e abrangente a atuação judicial, satisfazendo, de alguma maneira, as expectativas da população sobrecarregada por uma diversidade de crimes cada vez mais complexos e bem engendrados.

Todavia, a utilização desses mecanismos se submete sempre aos pilares constitucionais inerentes ao sistema processual e penal.

Nessa perspectiva, tem-se como principal norteador do direito penal e processual penal, como regra, o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública⁵⁸³, lastreado pela supremacia do interesse público como fator determinante e delimitador das atividades da Administração Pública.⁵⁸⁴

3.3.1. Mecanismos semelhantes no Brasil

⁵⁸⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade*. Revista Atualizada segundo a Lei nº 9.099/95. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

⁵⁸¹ “A introdução da barganha processual no Brasil é apenas uma das várias medidas necessárias para a melhoria da eficácia do processo criminal... Outras medidas incluem a chamada audiência de custódia, introduzida no Brasil depois que o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou que o preso em flagrante deve ser apresentado a um juiz competente após cada prisão. Segundo o STF, o juiz é a autoridade competente responsável por verificar se a ação policial foi legal e determinar se a pessoa detida sofreu algum tipo de tortura, maus tratos ou foi vítima de alguma ação abusiva. O objetivo de tal medida não é apenas verificar a abordagem da polícia, mas também permitir que o juiz analise se a manutenção da segregação cautelar do sujeito é necessária. O juiz decretará a prisão preventiva apenas após verificar a presença de uma das hipóteses pré-definidas pelo CPP (art. 312). Embora a intenção de introduzir a audiência de custódia tenha sido diminuir o número de pessoas presas no Brasil, devido ao seu pequeno impacto inicial, não se verificou ainda uma melhoria considerável da atual situação caótica do sistema de justiça criminal brasileiro. SOUSA, Marllon. Op.cit., 2020. p. 22.

⁵⁸² “A atenuação da pena, em toda esta dinâmica, está fundamentada nas economias que o réu proporciona ao sistema de justiça. A barganha não serve à piedade, comiseração ou misericórdia. O *plea bargaining* apenas oferta felizes boas-vindas aos plea changers porque eles, mesmo que tardiamente, diminuem os esforços judiciais.” SALVADOR NETTO, Allamiro Velludo. Op. cit.

⁵⁸³ “O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública não é uma opção arbitrária do legislador, mas está inserido dentro de um contexto democrático, no qual ao funcionário do Estado não é dado dispor do interesse coletivo.” JARDIM, Afrânio Silva. *Ibidem*, p. 11

⁵⁸⁴ “O princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública traduz a situação de ‘dever’ em que se encontra a Administração – direta ou indireta – em face da lei. O interesse público fixado por via legal não está à disposição da vontade do administrador, sujeito à vontade deste; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando. Longe de ser um ‘problema pessoal’ da Administração, impõe-se como obrigação indiscutível. Como a atividade administrativa é de caráter serviente, coloca-se uma situação coativa: o interesse público. Tal como foi fixado, tem de ser perseguido, uma vez que a lei assim determina.” MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p 16/17.

A criação dos Juizados Especiais Cíveis por meio da Lei nº 9.099/95 alavancou, sem dúvidas, a efetivação do acesso à justiça enquanto garantia maior da cidadania.⁵⁸⁵

No entanto, foi com o advento da Lei nº 13.105/15, novo Código de Processo Civil, que se observou uma verdadeira revolução processual, fomentando-se a utilização de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Conciliação, Mediação e da Arbitragem), gerando uma presteza na entrega da prestação jurisdicional ante a ampla elucidação de casos de forma mais célere e, por vezes, menos custosa.

Logicamente, o legislador pátrio, atento a essa versatilidade, promoveu no Processo Penal a incorporação de alguns dos negócios jurídicos processuais em seu sistema.⁵⁸⁶ Contudo, dada a discrepância das relações jurídicas promovidas, a aplicação dos meios extrajudiciais para solução penal requer maiores cuidados.

Destaca-se a diferenciação que se estabelece nas relações entre partes: enquanto no Direito Processual Cível as partes estão, em regra, em posição de igualdade, dotadas de instrumentos processuais equivalentes; no Direito Processual Penal essa relação é sempre desigual.

A aplicação de procedimentos mais céleres e mais simplificados no Direito Penal e Processual Penal, que visem apresentar uma resposta concreta em um tempo mais razoável, acabam, muitas vezes, por relativizar garantias do acusado.

A transação penal, incluída pela Lei 9.099/95, é uma das espécies do gênero justiça penal negociada na qual esse fenômeno pode ser observado, quando se garante a aplicação da pena sem, necessariamente, a instauração de um processo penal, em afronta, em tese, ao Devido Processo Legal.

Não se pretende discutir a constitucionalidade do instituto – para nós não resta qualquer dúvida acerca da sua legitimidade -, mas tão somente inaugurar reflexões a respeito da seriedade na utilização da justiça negociada no âmbito penal, evitando-se a usurpação de garantias constitucionais imprescindíveis e o cometimento de qualquer tipo de arbitrariedade.

⁵⁸⁵ “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 04 mai. 2022.

⁵⁸⁶ “A justiça penal negociada em uma primeira análise pode se referir aos modelos de solução de conflitos penais que envolvam o acordo, transação, conciliação, negociação ou colaboração. Tal premissa é pautada na aceção de que a administração de conflitos na sociedade é uma das principais ênfases dos sistemas judiciários.” PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Op. cit., p. 47.

Espécie do gênero justiça negociada é a denominada colaboração *lato sensu*, a qual se divide em confissão, delação e colaboração premiada⁵⁸⁷.

A confissão já consta em nosso ordenamento jurídico desde 1940, na redação original do Código Penal. A delação premiada, por sua vez, foi inserida através da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), tendo sido complementada em legislações posteriores, como a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98). Finalmente, a colaboração premiada passou a existir com a Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), trazendo, inclusive, a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia, a depender dos termos do acordo.

Ocorre, contudo, que tais mecanismos esbarram, por vezes, no Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública, pilar do Direito Processual Penal Brasileiro, segundo o qual, não cabe ao membro do *Parquet*, de forma discricionária, decidir pelo oferecimento ou não da denúncia. O tema será melhor abordado no capítulo subsequente, nos atendo, nesse momento, à apenas algumas digressões importantes.

Recebidos os autos do inquérito ou peças de informação, o membro do Ministério Público deverá verificar a presença de justa causa no caso concreto, caracterizada pela existência de indícios de autoria e comprovação da materialidade do fato. Uma vez atestada a existência de justa causa, deverá o promotor oferecer a denúncia.

Entretanto, a doutrina entende que os mecanismos de justiça negociada aplicados em nosso ordenamento não violam o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, mas tão somente mitigam sua aplicação em benefício do interesse público, em decorrência da solução do caso e da apresentação de uma resposta penal ao acusado de forma mais célere.

Entre as modalidades de justiça penal negociada^{588 589} que adotamos estão a remissão, a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração em sentido *lato*.

⁵⁸⁷ “... apesar de serem dadas como equivalentes, devem ser diferenciadas as expressões ‘colaboração premiada’ e ‘delação premiada’. A primeira é mais abrangente e a segunda mais restrita. Na primeira hipótese o investigado assume a autoria, informando sobre a localização do grupo criminoso, do produto do crime, sem incriminar terceiros diretamente. Já no que diz respeito à delação premiada, temos uma verdadeira chamada de corréu, pois, além de confessar a autoria ou participação, incrimina terceiros.” LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2018. p. 251.

⁵⁸⁸ “... este estudo define a justiça consensual como o procedimento criminal em que um acusado, ou suspeito, voluntariamente e conscientemente, negocia com a acusação para chegar a um acordo e abreviar o julgamento, resultando na aplicação imediata de uma punição (que não prisão) e potencial reparação de danos do crime.” SOUSA, Marllon. Op. cit., p. 208.

⁵⁸⁹ “Segundo Giacomolli, uma solução consensual entre a acusação e a defesa pode ser o resultado de uma simples aceitação de proposta feita por uma das partes e a extinção do processo sem condenação. Giacomolli também declarou que o consenso deve basear-se no exercício do direito de defesa, antecipando o resultado do julgamento, aumentando a reabilitação de uma punição aceita, melhorando a eficácia do jus puniendi e resultando em reparações mais rápidas para as vítimas. Ele concluiu argumentando que, no Brasil, os acordos em processos criminais devem ser atos bilaterais selados durante o julgamento, como resultado de um acordo

A remissão encontra previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente e prevê a possibilidade de exclusão, extinção ou suspensão do processo em face do menor. Caberá ao promotor a exclusão, enquanto nos demais casos será necessária decisão judicial. Saliente-se que a aplicação de tais procedimentos decorrerá da análise do contexto social e da personalidade do menor⁵⁹⁰. Deve-se ressaltar, contudo, que não há que se falar em qualquer conflito com o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, tendo em vista que o procedimento em face de adolescentes é diverso do imposto aos penalmente imputáveis, sendo lavrado ato infracional passível de aplicação de medidas socioeducativas, e não sanção como na ação penal.

A transação penal está presente no âmbito dos Juizados Penais Criminais que possuem competência para a análise e julgamento de crimes de menor potencial ofensivo, inclusive as contravenções. Com base na Lei 9.099/95, caberá ao promotor o oferecimento da transação penal, com o objetivo de já determinar uma sanção ao acusado, diversa da pena privativa de liberdade, sem que se tenha que percorrer todo o trâmite procedimental de um processo judicial. Em que pese parte da doutrina entender que se trata de um acordo, constitui-se de uma proposta firmada por uma das partes (Ministério Público), caso estejam presentes os requisitos autorizativos⁵⁹¹, que será ou não aceita pela outra parte, não cabendo ao acusado apresentar alterações aos termos e condições da proposta⁵⁹².

Ada Pellegrini ao enfrentar a transação penal e o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal discorre a respeito de uma espécie de discricionariedade regulada ou regrada⁵⁹³, pois a margem de escolha do Ministério Público consiste em fazer a proposta, mas tão

consensual entre acusação e defesa, no qual o suposto autor exerce seu direito de ampla defesa e aceita voluntariamente a aplicação de uma punição que não seja a prisão.” Ibidem, p. 209.

⁵⁹⁰ PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Op. cit., p. 89.

⁵⁹¹ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. §1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. §2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. §3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. §4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. §5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. §6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.” BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 04 mai. 2022.

⁵⁹² PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Op. cit., p. 94-95.

⁵⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Juizados Especiais Criminais*. Comentário à Lei 9.099, de 26.09.2015. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

somente nos casos em que a lei autoriza. Vê-se que, apesar de o Ministério Público ter o dever de agir em face do acusado, somente será possível a imposição de pena restritiva de direito ou multa, e não a pena privativa de liberdade a que o acusado estaria sujeito em uma ação penal.

Para Afrânio Silva Jardim, apesar dos argumentos mencionados, não se trata de mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, uma vez que o membro do *Parquet* estará, de qualquer forma, imputando ao acusado a prática de um ato delitivo, após concluir pela existência de materialidade e autoria⁵⁹⁴.

A suspensão condicional do processo permite que, após o oferecimento da denúncia, o processo tenha seu curso obstado por determinado período de tempo, conhecido como período de prova, caso o acusado satisfaça as premissas dispostas em lei⁵⁹⁵. No período de prova exige-se do acusado o cumprimento das condições apresentadas pelo Ministério Público e, caso assim o faça até o final do período de quatro anos, terá extinta a sua punibilidade, sem que seja necessária a continuidade da ação penal. Nesse caso, mais uma vez, não há que se falar em mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, já que a ação será ajuizada com o oferecimento da denúncia, sendo apenas suspensa a tramitação do processo.

Atenha-se que, enquanto a justiça consensual atualmente praticada no ordenamento jurídico brasileiro não exige a declaração de culpa para aprovação do acordo firmado entre a acusação e a defesa, na barganha norte-americana esse requisito é indispensável⁵⁹⁶.

Apesar dessa diferença, os métodos consensuais previstos na Lei 9.099/95 e o *plea bargaining* nos EUA, encontram algumas semelhanças, a saber: a composição civil e a transação penal também são procedimentos pré-processuais como o *plea bargainig*; e o

⁵⁹⁴ “Por outro lado, estabelecemos uma premissa para a compreensão do sistema interpretativo proposto: quando o Ministério Público apresenta em juízo a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, está ele exercendo a ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral – como a denúncia – fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. Em outras palavras, o Promotor de Justiça terá que, oralmente como na denúncia, descrever e atribuir ao autor do fato uma conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-a no tempo (prescrição) e no espaço (competência de foro). Deverá, outrossim, a nível de tipicidade, demonstrar que tal ação ou omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo (competência de juízo), segundo definição legal (art. 61). Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação de pena).” JARDIM, Afrânio Silva. Op. cit., p. 97.

⁵⁹⁵ “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (...) BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 04 mai. 2022.

⁵⁹⁶ “Não há culpado no modelo brasileiro. Nem durante a composição civil dos danos, transações penais nem suspensão condicional do processo o réu será considerado culpado se concordar com a acusação e receber qualquer multa ou restrição de direitos como penalidade. A justiça consensual brasileira não exige declaração de culpa ou confissão como requisito para aprovar o acordo entre a promotoria e a defesa. Por outro lado, ..., a autoincriminação que leva à condenação dos réus é um traço essencial na barganha norte-americana.” SOUSA, Marllon. Op. cit., p. 213-214.

acordo e as imposições de restrições ao acusado somente poderão ser deferidos se o autor do fato aceitar as condições ali presentes de forma consciente e voluntária.

A colaboração *lato sensu*⁵⁹⁷, gênero, detém duas espécies de justiça negociada, a colaboração e a delação premiada⁵⁹⁸.

Tanto a delação premiada quanto a colaboração exigiriam, em suas versões originais, o ajuizamento da demanda, eis que os benefícios comportariam apenas uma redução de pena ou mesmo a sua substituição⁵⁹⁹. No entanto, com o advento da Lei 12.850/13, sendo a primeira legislação a prever como benefício o não oferecimento da denúncia, suscitaram-se alguns debates⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ “É relevante destacar que o Supremo Tribunal Federal, além de ter considerado a colaboração premiada um meio de obtenção de prova, a considerou um negócio jurídico de natureza personalíssima, pois além de natureza processual, por ter grande influência da justiça negocial, o instituto também tem aplicabilidade no direito material. Assim, o instituto da colaboração premiada é mecanismo complexo e poliforme, de natureza tanto penal quanto processual, ou seja, enquanto o instituto é meio de obtenção de provas no processo penal, o acordo realizado entre as partes se constitui em negócio jurídico processual.” WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. *O futuro do direito penal negocial e o Estado Democrático de Direito*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 27, v. 156, jun-19. Disponível em <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20190156.4&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b78000017821388f14901adb94#sl=p&eid=c756a7751c9b800b40fe5543c15f6f31&eat=&pg=I&psl=&nvgS=false&tmp=540>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

⁵⁹⁸ “Ainda, além dos requisitos e benefícios dispostos na Lei das Organizações Criminosas, há também a previsão de alguns resultados, os quais se espera que ocorram com a assinatura do termo de colaboração, como, por exemplo, identificação dos demais coautores da organização criminosa, bem como das investigações por eles praticadas, a divisão de tarefas entre os integrantes da organização criminosa e até mesmo a recuperação do produto do crime ou do proveito das infrações praticadas pela organização criminosa.” WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. Op.cit.

⁵⁹⁹ Há, contudo, doutrinadores expoentes que discordam de como o instituto vem sendo aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. “Os juristas portugueses J. J. Gomes Canotilho e Nuno Brandão, analisando um pedido de cooperação feito pela justiça brasileira à Portugal, em que se debruçaram sobre dois conhecidos acordos de delação premiada (Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef), também fizeram esse questionamento. E chegaram a uma reflexão perturbadora: que os compromissos (acordos de delação) “padecem de tantas e tão ostensivas ilegalidades e inconstitucionalidades que de forma alguma pode admitir-se o uso e a valoração de meios de prova através deles conseguidos”. E prosseguem: “é terminantemente proibida a promessa e/ou a concessão de vantagens desprovidas de expressa base legal” (como os regimes de cumprimento acima mencionados), ressaltaram os professores. Assim, eles declararam que não é possível reduzir uma pena em mais de dois terços ou conceder perdão judicial a um crime não mencionado pela lei das organizações criminosas, pois “(...) em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável violação de princípios fundamentais do (e para o) Estado de Direito como são os da separação de poderes, da legalidade criminal, da reserva de lei e da igualdade na aplicação da lei.” CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno *apud* LOPES JUNIOR, Aury. *A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 26, v. 143, mai-18. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20180143.4&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b78000017821388f14901adb94#sl=e&eid=6b55ac43f609eb50ab82fd5b2ce24e97&eat=%5Bbid%3D%22%22%5D&pg=&psl=&nvgS=false&tmp=654>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

⁶⁰⁰ “Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: §4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. § 4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da

Como os métodos da justiça negociada são entendidos como negócios jurídicos processuais, alguns doutrinadores passaram a interpretar o artigo 4º da Lei 12.850/2013, como uma possibilidade de negócio jurídico processual atípico, com base na cláusula geral de negócios processuais prevista no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015⁶⁰¹.

Entretanto, outros afirmam que essa cláusula geral não seria compatível com o processo penal em razão das diferentes peculiaridades entre os ramos e, mesmo que admitida a aplicação das regras do Código de Processo Civil, ainda que de forma subsidiária, deve-se atentar para a forma como será efetivado esse procedimento⁶⁰².

Por sua vez, há aqueles que entendem que esse mecanismo retrataria uma renúncia ao poder de denunciar por parte do Estado, em uma fase pré-processual.

Outro instituto que se assemelha muito ao *plea bargaining* é a delação premiada brasileira, quando se firma um ajuste entre acusação e defesa objetivando a concessão de benefícios ao acusado em troca de um acordo. Apesar disso, o momento da realização de tal acordo é um importante traço distintivo entre os modelos: enquanto na justiça norte-americana o acordo é uma etapa pré-processual; a delação premiada brasileira ocorre durante o trâmite processual, por ocasião de uma ação penal já instaurada em face do acusado, sendo utilizada como meio de prova^{603 604}.

infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador.” BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 mai. 2022.

⁶⁰¹ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.” BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 mai. 2022.

⁶⁰² “A aplicação do CPC aos demais processos depende, contudo, de um duplo filtro de adaptação: (a) as normas do CPC não podem estar em conflito com os princípios e a lógica próprias do direito processual que será completado; (b) há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC. Assim, preservação dos sistemas paralelos (polissistema) e conformação constitucional (constitucionalização) são postulados de aplicação subsidiária e supletiva do CPC aos outros ordenamentos processuais.” ZANETI JUNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: *Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal*. DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Salvador: Juspodium, 2016. p. 460.

⁶⁰³ “Nos Estados Unidos, depois de selar o acordo com a acusação e se declarar culpado em juízo, os réus são definitivamente condenados. No Brasil, ao invés disso, após a verificação do testemunho do réu e garantia de que o acordo com a acusação preenche os pré-requisitos legais, o juiz homologa o acordo e o documento se torna parte do arcabouço probatório, o qual o juiz considera ao sentenciar o caso após a instrução da ação penal.” SOUSA, Marllon. Op.cit., p. 225.

⁶⁰⁴ “A noção da barganha processual baseia-se na autoincriminação, enquanto que o testemunho recompensado está mais ligado à ‘traição’ cometida pelo acusado em relação aos outros membros de sua organização criminosa.” Ibidem, p. 226.

Mais recentemente, através da Resolução do CNMP (Resolução 181/17) foi vislumbrada uma nova forma de justiça negociada denominada de acordo de não persecução penal, no qual o Ministério Público e o agente de infração de menor potencial ofensivo firmam um acordo após o cumprimento de determinadas condições como uma alternativa à propositura da ação penal.

Esse acordo passou a sofrer críticas, com ajuizamento de duas ações de declaração de inconstitucionalidade em face daquele ato normativo.

Argumentou-se, inicialmente, uma suposta inconstitucionalidade formal, tendo em vista que legislar sobre matéria penal ou processual penal é competência privativa da União, pelo que não poderia ter sido objeto de uma Resolução. Por sua vez, no que tange à investigação a ser realizada pelo *Parquet*, mencionou o Supremo Tribunal Federal que em caso de ausência de regulamentação legal de seu trâmite, deveria ser respeitado o procedimento aplicado aos inquéritos policiais, de acordo com o Código de Processo Penal.⁶⁰⁵

Em que pese as críticas tecidas pelos mais variados profissionais do Direito, foi promulgada a Lei 13.964/2019 que trouxe algumas regulamentações sobre o tema, além de alterações na Lei 12.850/2013. Em face da nova legislação já foram ajuizadas quatro ações de declaração de inconstitucionalidade abarcando vários dos temas tratados no novo texto legal, as quais mencionam-se as de número 6298, 6299, 6300 e 6305.

O Ministro Luiz Fux, em análise preliminar na ADI 6305, afirmou com relação, especificamente, ao acordo de não persecução penal:

“Nesta análise preliminar, não observo incompatibilidade com os dispositivos e princípios constitucionais alegados, tais como “a autonomia do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado”. Trata-se de medida que prestigia uma espécie de “freios e contrapesos” no processo penal (art. 28-A, §5º). Apesar do que argumentado

⁶⁰⁵ “Outra crítica ao acordo de não persecução penal é decorrente da necessidade de verificação de voluntariedade ou não por parte daquele que apresenta as informações. “Os fatores citados nos levam a questionar sobre a real possibilidade de que haja voluntariedade no acordo de não persecução penal, visto que eles podem mitigar a liberdade e a autonomia do investigado quando decidirá pela realização (ou não) do acordo. Inclusive, esse debate já levou parte da doutrina a afirmar, de forma incisiva, que não se pode falar em qualquer voluntariedade na negociação processual. Por conseguinte, ainda que não se tenha cometido o crime pelo qual está sendo investigado, pode parecer um “bom negócio” para o acusado confessar falsamente a culpa em troca de se livrar do risco iminente da decretação de prisão preventiva, da estigmatização e da publicização midiática, bem como da enorme incerteza sobre os critérios que serão utilizados em seu julgamento. Com isso, não se trata de dizer que os investigados não possuem capacidade decisória, mas apenas que essa capacidade pode ser influenciada de forma indevida por circunstâncias do sistema jurídico vigente. Inexistindo soluções práticas para os problemas apontados, pode-se questionar a voluntariedade no acordo de não persecução penal e, portanto, também a sua legitimidade.” RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Op.cit.

pela parte autora, a autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência) permanece plena, vez que ao magistrado cabe, no máximo, não homologar o acordo. É dizer: o magistrado não pode intervir na redação final da proposta em si estabelecendo as cláusulas do acordo (o que, sem dúvidas, violaria o sistema acusatório e a imparcialidade objetiva do julgador). Ao revés, o juiz poderá somente (a) não homologar ou (b) devolver os autos para que o parquet – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, por exemplo (art. 28-A, §8º). Ex positis, ausentes os requisitos legais, indefiro o pedido cautelar de suspensão do artigo 28-A, formulado exclusivamente no bojo da ADI n. 6.305^{606 607},

Atualmente, o Projeto de Lei do novo Código de Processo Penal – Projeto de Lei no Senado Federal nº 156/2009 e na Câmara dos Deputados nº Lei 8.045/2010 - apresenta a barganha como substituição do rito sumário e alternativa ao rito comum de procedimento⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.305, relator Ministro Luiz Fux, j. 22/01/2020, DJe 31/01/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203607&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

⁶⁰⁷ "(...) Ex positis, concedo a medida cautelar requerida para suspender a eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (CPP), na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019. Conclusão Ex positis, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, com as vênias de praxe e pelos motivos expostos: (a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5º, do Código de Processo Penal); (b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); Nos termos do artigo 10, §2º, da Lei n. 9868/95, a concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data. Aguardem-se as informações já solicitadas aos requeridos, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República. Após, retornem os autos para a análise dos pedidos de ingresso na lide dos amici curae e a designação oportuna de audiências públicas. Publique-se. Intimem-se." Ibid.

⁶⁰⁸ "Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos. §1º São requisitos do acordo de que trata o caput desse artigo: I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo; III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas. §2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código. §3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem. §4º Não se aplica o disposto no §3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo. §5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo. §6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais. §7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo. §8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória. §9º Se, por qualquer motivo, o

A proposta de acordo, conforme o texto legal da futura legislação, deverá ser apresentada pelo membro do Ministério Público e o réu estará sempre representado por seu advogado.

A despeito de ainda se tratar de um Projeto de Lei, não passou ileso às críticas.

Uma delas diz respeito à falta de regulamentação acerca da forma como se daria a participação do réu, já que não poderia se autorrepresentar. Outra suscita a indagação acerca da apresentação da proposta: se deve ter origem na atividade em conjunto das partes ou se uma pode tomar a iniciativa da proposta e a outra apenas expressar seu consentimento⁶⁰⁹.

Outro aspecto relevante abordado no respectivo Projeto, salvaguarda a possibilidade do denominado *sentencing bargaining*, ou seja, a negociação da sentença, uma vez que a pena será aplicada no mínimo, independente da existência de majorantes ou causas de aumento de pena.

Ressalta-se que, caso aprovado, o Projeto de Lei imporá um dever à acusação na apresentação de proposta ao acusado caso haja o preenchimento dos requisitos, modelo o qual se distancia da ampla discricionariedade dos promotores norte-americanos.

Outra crítica reverberada diz respeito à efetivação da barganha nas hipóteses de multiplicidade de infrações, se deve ser considerada a pena total ou individual de cada delito⁶¹⁰.

Impede salientar ainda a respeito da situação do acusado de crimes dolosos contra a vida. Aparentemente observa-se um conflito entre a aplicação da norma constitucional e a exclusão de um direito subjetivo do réu, isso porque, apesar do preenchimento do requisito da pena para a aplicação da barganha, os crimes dolosos contra a vida são inerentes ao Tribunal do Júri, competência constitucionalmente prevista.

Todas essas considerações demonstram-nos que, se por um lado a aplicação da barganha no sistema brasileiro parece ser mais restrita, por outro, favorece um maior controle de atuação de promotores e magistrados, quando em comparação com modelo estadunidense.

As censuras, contudo, seguem.

Vinícius Vasconcellos após um estudo sobre os modelos de justiça consensual afirmou a respeito da “disparidade de armas entre acusador e acusado e coercibilidade do acordo” e

acordo não for homologado, será ele desentranhando dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório. Art. 284. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.” BRASIL. Projeto de Lei nº 8.045/2010. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 06 set. 2020.

⁶⁰⁹ SOUSA, Marllon. Op. cit., p. 179-180.

⁶¹⁰ Id., p. 184.

chama atenção que no PLS 159/09, “A barganha pressupõe apenas uma confissão prévia para que haja uma condenação, a qual nem sequer precisa ser judicial (...)”.⁶¹¹

Para o referido autor, fica evidente a desigualdade no patamar das partes envolvidas no acordo: o órgão acusador faz a proposta considerando os riscos da condenação e as complexidades do caso racionalmente, enquanto que o acusado, ansioso e sob pressão, pode ser induzido a declarar sua culpa, ainda que seja inocente.⁶¹²

Suscita, ainda, um “descaso em relação a garantias processuais”, já que “a justiça criminal negociada, em última análise, é exatamente o não processo”⁶¹³. Nessa hipótese não há o exercício da jurisdição, esfera de atuação legítima do Estado no *jus puniendi*, e, portanto, não há a efetivação das garantias do Devido Processo Legal, principalmente da atividade probatória⁶¹⁴.

Nessa linha, a garantia da presunção de inocência restaria totalmente superada, visto que

*O procedimento sumário previsto no PLS 156/09, a rigor, se consubstancia em instituto inédito no Brasil, pois permite às partes processuais “consensualmente” disporem sobre o próprio processo criminal, ensejando aplicação imediata de pena privativa de liberdade, sem necessidade de dilação probatória e comprovação empírica da culpabilidade do acusado. Para tanto basta haver, além do sobredito “consenso”, imputação de infração penal que comporte o rito sumário, confissão e aplicação imediata da pena no patamar mínimo legal.*⁶¹⁵

Outras perspectivas críticas são apontadas como, o esvaziamento do direito de defesa e do contraditório, já que o acordo se torna perfeito a partir de informações extraídas, em sua grande maioria, do inquérito, na fase pré-processual, o qual a defesa não tem total acesso. Por sua vez, a motivação das decisões judiciais restaria inviabilizada já que a atividade do juiz cingiria-se à homologação do entabulado entre as partes. Finalmente, menciona-se a respeito da mitigação da publicidade dos atos processuais com a imposição de sigilo das negociações

⁶¹¹ LIPPEL, Mayara Cristina Navarro; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de Código de Processo Penal (pls 156/2009)*. In: *Quaestio Iuris*, vol. 09, nº. 03, Rio de Janeiro, 2016. pp. 1747-1748. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20135>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

⁶¹² Ibid.

⁶¹³ Id.

⁶¹⁴ “Art. 283, §1º “§1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.” BRASIL. Projeto de Lei nº 8.045/2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 03 mai. 2022.

⁶¹⁵ MALAN, Diogo. *Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS nº. 156/09)*. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, nº 207, fevereiro/2010. p. 02. Disponível em: <<http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim207.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

da barganha, o que impediria o controle da sociedade quanto à ética, à moralidade e à eficiência da atividade penal jurisdicional.⁶¹⁶

Nicolás García Rodríguez, outro crítico da barganha, pondera que:

Mientras está aceptado por todos que las ventajas existen, creemos que los costes de adoptar la plea bargaining exceden de cualquier ahorro de tiempo y dinero que pudiera hacerse, si es que ello es así. No podemos olvidar existen otros intereses y consideraciones que deben ser examinados; no podemos caer en el error de asumir que la existencia del plea bargaining es algo inevitable, un mal necesario, de eliminación imposible, sin plantearnos qué precio estamos pagando por ello, qué derechos estamos sacrificando, si no estaremos sobrevalorando los beneficios del guilty plea frente a aquellas consecuencias no deseables que también implica. No nos debe extrañar que una institución así provoque que la gente tenga la sensación de que el sistema no funciona, de que está em manos de todos aquellos que usan y abusan de las posibilidades que les brinda el ordenamiento jurídico.⁶¹⁷

A despeito de tais vozes contrárias, encontramos defensores da medida, não necessariamente na forma como disposta no Projeto de Lei, mas considerando ser aplicável ao ordenamento brasileiro e reconhecendo os benefícios que podem advir.⁶¹⁸

Esses estudiosos afirmam que, no caso do Brasil, o juiz continuará sendo o centro da operação e não o promotor, cabendo-lhe continuar analisando a constitucionalidade e regularidade do procedimento, podendo não homologar a proposta caso encontre algum vício.

Os doutrinadores conhecidos como garantistas defendem que toda a técnica da justiça penal negociada deve estar em conformidade com o sistema penal acusatório adotado pelo nosso ordenamento jurídico, conforme previsão constitucional, devendo proteger as garantias dos indivíduos face ao poder estatal.⁶¹⁹

⁶¹⁶ LIPPEL, Mayara Cristina Navarro; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op. cit. p. 1752-1755.

⁶¹⁷ “Embora seja amplamente aceito que as vantagens existem, acreditamos que os custos da adoção da delação premiada superam qualquer economia de tempo e dinheiro que poderia ser feita, se é que poderia ser feita. Não podemos esquecer que há outros interesses e considerações que devem ser examinados; não podemos cair no erro de supor que a existência da delação premiada é algo inevitável, um mal necessário, impossível de eliminar, sem considerar o preço que estamos pagando por ela, quais direitos estamos sacrificando, caso contrário estaremos supervalorizando os benefícios da delação premiada em detrimento às consequências indesejáveis que ela também implica. Não deve nos surpreender que tal instituição faça com que as pessoas tenham a sensação de que o sistema não funciona, que está nas mãos de todos aqueles que usam e abusam das possibilidades oferecidas pelo sistema legal.” (tradução livre). GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *La justicia penal negociada*. Experiencias de derecho comparado. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997. p. 95-96.

⁶¹⁸ “Flavio Andrade defendeu a ideia de que aceitar um acordo não é o mesmo que abrir mão da cláusula do devido processo. Segundo Andrade, o projeto de Novo CPP delinea as normas em que há uma acusação formal e as partes podem encontrar uma solução consensual ou negociada. O réu, devidamente auxiliado por um advogado, pode querer confessar e optar por uma resolução consensual e antecipada do caso. Trata-se, na verdade, de um processo legal, mas com a possibilidade de adotar um procedimento simplificado e mais rápido, baseado em um acordo assinado após a confissão do acusado. Assim, a barganha processual não elimina necessariamente o respeito à cláusula do devido processo.” SOUSA, Marllon. Op.cit., p. 202.

⁶¹⁹ “Os valores democráticos do processo penal estão a cada dia sendo deixados de lado, o que impõe uma posição de alerta. Como já defendido, se propõe a defesa de uma visão mais tradicional dos núcleos informadores do sistema acusatório, mormente quanto ao direito ao contraditório, a ampla defesa, ao julgador imparcial, a distribuição do ônus da prova, ao estado de inocência e a obrigatoriedade da ação penal pública. Isso porque se verifica uma tensão entre as garantias fundamentais e a análise econômica do Direito Penal, que parte

Assim, mesmo diante da popularidade e a utilização frequente dos mecanismos de justiça negociada, além da sua defesa por parte dos juristas, há quem entenda que eles apenas declaram a incapacidade do Estado de lidar com a criminalidade instaurada e a valorização do rompimento da lealdade com a delação.⁶²⁰

3.4. Corroboração da prova

Os mecanismos de justiça negociada nos debruça, de forma aprofundada, na análise do instituto do *plea bargaining* norte-americano e com a observância de seu histórico e as críticas que vem sofrendo atualmente⁶²¹. Já nos atentamos que um instituto brasileiro que se assemelha ao *plea bargaining* é a delação premiada, na qual o acusado além de confessar a sua participação no evento delitivo apresenta à Justiça informações e provas acerca dos demais agentes do fato.

Da mesma forma que o *plea bargaining*, a delação premiada também recebe seu reconhecimento enquanto instituto inovador⁶²², no entanto, também se rende a críticas severas.⁶²³

do prisma da efetividade apenas no aspecto quantitativo, fato que acaba colocando o Poder Judiciário, ao menos à vista da mídia de massa e por sua influência no inconsciente coletivo da sociedade, como um órgão de combate da criminalidade, o que, sabe-se não ser compatível com as atribuições constitucionais deste órgão.” PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Op. cit., p. 137.

⁶²⁰ “Infelizmente, a eficiência passou a ser tratada como uma antítese do garantismo, isso, a partir de uma leitura meramente utilitarista da eficiência. Além disso, há uma errônea impressão de que o princípio da obrigatoriedade obriga um agir estatal indiscriminado. Isso, não é verdade, pois, como já dito, reitera-se que o exercício da ação penal só é possível, quando a autoridade legitimada está diante dos elementos para a sua propositura.” PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Op.cit., p. 142.

⁶²¹ “A incompatibilidade da colaboração premiada com as exigências de um devido processo legal substancial, enquanto sinônimo de processo justo, também conduziria à inconstitucionalidade, afinal é o Estado valendo-se de um ardil para demonstrar o acerto da sua pretensão condenatória. Sequer se poderia adjetivar este subterfúgio de aético. Seria antiético mesmo. Algo do gênero: delate seus comparsas que será recompensado, valorizando a máxima segundo a qual os fins justificam os meios. Aliás, o autor do delator revela-se o mais repugnante de todos, pois, além de ter atentado contra a ordem jurídica e, por conseguinte, contra a sociedade, considerado o crime perpetrado, volta-se contra os próprios comparsas, protagonizando dupla traição: primeiramente, trai o pacto social que, enquanto cidadão, também assinou; em seguida, trai os corrêus, violando o pacto criminoso que firmara. E é justamente este o ‘premiado’ com a menos punição!” SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) Premiada*. Salvador: JusPodium, 2016. p. 69.

⁶²² “São pontos positivos da delação premiada: a) no universo criminoso, não se pode falar em ética ou em valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem com as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado; b) não há lesão à proporcionalidade na aplicação da pena, pois esta é regida, basicamente, pela culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber pena mais severa. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menor culpabilidade, portanto, pode receber sanção menos grave; c) o crime praticado por traição é grave, justamente porque o objetivo almejado é a lesão a um bem jurídico protegido; a delação seria a traição de bons propósitos, agindo contra o delito e em favor do Estado Democrático de Direito; d) os fins podem ser justificados pelos meios, quando estes forem legalizados e inseridos, portanto, no universo jurídico; e) a ineficiência atual da delação premiada condiz com o elevado índice de impunidade reinante no mundo do crime, bem como ocorre em face da falta de agilidade do Estado em dar efetiva proteção ao réu colaborador; f) o Estado já está

Tendo como base o *plea bargaining*, uma das maiores críticas à delação premiada diz respeito à significativa restrição dos direitos do acusado, com enfoque ao direito de não produzir prova contra si mesmo. Por outro lado, assaz importante lembrar que o acusado não é obrigado a realizar uma colaboração/delação premiada, tanto que, um dos requisitos para aperfeiçoamento do acordo diz respeito à manifestação de vontade livre, consciente e voluntária.

O acusado deverá ter ciência dos termos do acordo, bem como ser assessorado por um patrono de sua confiança para que possa tomar a melhor decisão. Não há que se falar, portanto, em restrição de direitos, mas sim de uma renúncia exercida pelo próprio titular do direito, plenamente inteirado da proposta que lhe foi feita e em seus termos anuído.

Ressalte-se que inexistente obrigatoriedade na apresentação de proposta de colaboração quando verificada a utilidade e o interesse público na persecução penal. Não há espaço para a imposição da realização do acordo, mormente quando não for proposto pelo Ministério Público ou outro legitimado.⁶²⁴

A fruição das benesses ofertadas e homologadas pelo magistrado dependem da apresentação pelo acusado de resultados satisfatórios, consolidados a partir de elementos

barganhando com o autor de infração penal, como se pode constatar pela transação, prevista na Lei nº 9.099/95. A delação premiada é, apenas, outro nível de transação; g) o benefício instituído por lei para que um criminoso delate o esquema no qual está inserido, bem como os cúmplices, pode servir de incentivo ao arrependimento sincero, com forte tendência à regeneração interior, o que seria um dos fundamentos da própria aplicação da pena; h) a falsa delação, embora possa existir, deve ser severamente punida; i) a ética é juízo de valor variável, conforme a época e os bens em conflito, razão pela qual não pode ser empecilho para a delação premiada, cujo fim é combater, em primeiro plano, a criminalidade organizada.” Ibidem, p. 729.

⁶²³ “São pontos negativos da delação premiada: a) oficializa-se, por lei, a traição, forma antiética de comportamento social; b) pode ferir a proporcionalidade da aplicação da pena, pois o delator receberia pena menor do que os delatados, cúmplices que fizeram tanto ou até menos que ele; c) a traição, em regra, serve para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir a pena; d) não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos; e) a existente delação premiada não serviu até o momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar alei do silêncio, que, no universo do delito, fala mais alto; f) o Estado não pode aquiescer em barganhar com a criminalidade; g) há um estímulo a delações falsas e um incremento a vinganças pessoais.” NUCCI, Guilherme de Sousa. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8ª ed. ver. at. e ampl. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 728.

⁶²⁴ “Nesse contexto traçado mais claramente pela lei, percebe-se que há diversas razões relevantes e que podem fundamentar a conclusão da autoridade responsável pela persecução da ausência de utilidade e/ou interesse público no impulso do acordo de colaboração. Pode-se referir, por exemplo, entre outros motivos, o fato de as supostas revelações do agente já serem todas de conhecimento da investigação; a verificação de que algumas das declarações do agente são contestadas por outros elementos probatórios consistentes já obtidos; pela ausência de mínima corroboração das alegações feitas; por se tratar de um relato lacônico, ou pela ausência de credibilidade interna nas informações.” PEREIRA, Frederico Valdez. *Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 28, v. 174, dez-20. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20200174.3&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=p&eid=6017f62f435b6f46241a037d6b33fee3&eat=&pg=I&psl=&nvgS=false&tmp=390>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

satisfatórios a embasar investigações e demandas em face dos demais participantes do fato⁶²⁵.
626

Esse modelo assemelha-se ao *cooperation bargaining*, no qual o acusado colabora com o promotor apresentando informações e o seu benefício somente será aplicado caso o promotor entenda que as informações prestadas foram relevantes para o deslinde do caso penal⁶²⁷.⁶²⁸

⁶²⁵ “Partindo-se da premissa, segundo a qual a premiação independe de acordo prévio, sob pena de permitir ao Ministério Público, parte autora, intervir no conteúdo da prestação jurisdicional, em manifesta afronta ao artigo 2º da Constituição, reconhece-se, por coerência científica, que a homologação do pacto confere ao colaborador o direito público subjetivo ao prêmio, se confirmadas as informações transmitidas. Mas as benesses serão definidas pelo juiz quando da prolação da sentença, afinal as partes não podem interferir no julgamento, sob pena de se privatizar a justiça penal. Conforme preconiza o artigo 4º, §7º, da Lei nº 12.850/13, a chancela jurisdicional avaliza a regularidade, a legalidade e a voluntariedade da avença, buscando vícios formais ou na manifestação da vontade, sem adentrar no mérito, o que inclui a adequação ou não do benefício, considerado o princípio da suficiência da pena. Se os fatos delituosos que a ensejaram ainda não foram apurados em processo judicial, nem ratificadas as informações prestadas, como poderia o juiz avaliar a pertinência das benesses? Tal incursão intelectual há de ser feita na sentença, segundo disposto no §11 do artigo 4.” SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro*. In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 1. p. 131-166, jan./abr. 2017. p. 162. Disponível em <file:///C:/Users/Administrativo/Downloads/Dialnet-ColaboracaoUnilateralPremiadaComoConsectarioLogico-5870980.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁶²⁶ “A importância prática da oficialização desse marco é facilmente perceptível, bastando referir a exigência contida no § 4º do art. 3º-C (Lei 13.964/2019), no sentido de que incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os seus anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração. Como refere Mendonça, essa protocolização demarca uma espécie de “cadeia de custódia” do início da tratativa e das informações apresentadas, “delimitando temporalmente quando o imputado levou ao órgão de persecução as informações apresentadas nos anexos”. PEREIRA, Frederico Valdez. Op.cit., Acesso em: 23 abr. 2021.

⁶²⁷ “A negociação de cooperação também desempenhou um papel importante na negociação de confissão federal. As Diretrizes permitem que os juízes se afastem da faixa das diretrizes presumivelmente aplicáveis, onde os réus fornecem “assistência substancial” aos promotores. Os réus permanecem inelegíveis para reduções de sentenças por sua cooperação, a menos que o governo forneça uma chamada ‘Carta 5K’, significando a satisfação dos promotores com o grau de cooperação fornecido pelo réu. Além disso, a lei federal autoriza os juízes a dispensar sentenças mínimas obrigatórias aplicáveis mediante recomendação do promotor com base na representação do promotor de que o réu prestou assistência substancial no processo de outro réu criminal. Como resultado, a negociação de cooperação permite que os promotores ofereçam aos réus descontos substancialmente maiores do que receberiam de outra forma, e a estrutura das Diretrizes garante que os promotores tenham total controle sobre se as saídas mais leves estão disponíveis para os réus cooperantes. Os promotores usam esse poder para garantir que descontos de confissão de magnitude suficiente estejam disponíveis para induzir confissões de culpa nos termos desejados ... Claro, a negociação de cooperação não é em si uma coisa ruim. A negociação de cooperação é, sem dúvida, uma ferramenta essencial de aplicação da lei, especialmente importante em investigações complexas de crimes do colarinho branco, extorsão e contrabando de drogas que de outra forma seriam difíceis ou impossíveis de processar.” (tradução livre) No original: “Cooperation bargaining has also played a major role in federal plea bargaining. The Guidelines permit judges to depart downwardly from the presumptively applicable guideline range where defendants provide ‘substancial assistance’ to prosecutors. Defendants remain inelegible for sentence reductions for their cooperation unless the government provides a so-called ‘5K Letter’, signifying the prosecutors’ satisfaction with the degree of cooperation provided by the defendant. In addition, federal law authorizes judges to waive otherwise applicable mandatory minimum sentences upon recommendation from the prosecutor based on the prosecutor’s representation that the defendant has provided substancial assistance in the prosecution of another criminal defendant. As a result, cooperation bargaining permits prosecutors to offer defendants substantially larger plea discounts than they would otherwise receive, and the structure of the Guidelines ensures that prosecutors have total control over whether downward departures are available to cooperating defendants. Prosecutors use that power to ensure that plea discounts of sufficient magnitude are available to induce guilty pleas on desired terms... Of course, cooperation bargaining is

Dadas as desconfianças que permeiam a palavra do delator e a ausência de contraditório na formação da prova, suas declarações não são satisfatórias para ensejar uma condenação, a prisão de terceiros e até mesmo o recebimento da denúncia, impondo-se a confirmação das informações apresentadas, seja por meio de documentos, áudios, vídeos ou qualquer outro meio probatório lícito⁶²⁹.

A regra da corroboração busca estabelecer uma confiabilidade mínima nas declarações do colaborador, que pode estar imbuído de sentimentos escusos, como a vingança.

Vislumbra-se que, ao contrário do ordenamento pátrio, no direito norte-americano, o réu, quando interrogado, tem o dever de dizer apenas a verdade, sob pena de incidir no tipo penal de perjúrio. No direito brasileiro o crime de falso testemunho não pode ser imputado ao

not itself a bad thing. Cooperation bargaining is undoubtedly an essential tool of law enforcement, especially importante in complex investigations of white collar crime, racketeering, and drug smuggling practices that otherwise would be difficult or impossible to prosecute.” COVEY, Russel D. *Fixed Justice: reforming plea bargaining with plea-based ceilings*. Op.cit.

⁶²⁸ “O cooperador, entretanto, há muito tempo é um dos pilares do nosso sistema de justiça criminal. Durante séculos, réus criminais receberam leniência em troca de depoimentos que incriminavam cúmplices e associados. A cooperação floresceu porque os participantes do processo (principalmente promotores e cooperadores) colhem enormes benefícios. Os promotores querem o que apenas os cooperadores podem oferecer: informações privilegiadas sobre organizações criminosas. E os cooperadores querem o que só os promotores podem oferecer: leniência, ou pelo menos uma recomendação de leniência.” (tradução livre) No original: “The cooperator, though, has long been a mainstay of our criminal justice system. For centuries, criminal defendants have received leniency in return for testimony incriminating accomplices and associates. Cooperation has flourished because the participants in the process (primarily prosecutors and cooperators) reap tremendous benefits. Prosecutors want what only cooperators can offer: inside information about criminal organizations. And cooperators want what only prosecutors can offer: leniency, or at least a recommendation for leniency.” SIMONS, Michael A. *Retribution for Rats: Cooperation, Punishment, and Atonement*. In: VANDERBILT LAW REVIEW, v. 56, n. 01, jan 2003. p. 02. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

⁶²⁹ “Na avaliação de homologação, a aferição judicial deve controlar a potencialidade de eficácia (eficácia virtual) e a relação de equilíbrio entre os efeitos da colaboração e o prêmio ao agente. Esse controle quanto aos efeitos do acordo se embasa em um juízo de aparência, de verossimilhança, ou seja, efetiva-se a partir das potencialidades revelativas indicadas pelo relato do colaborador, em conjunto com os elementos contidos nos anexos (art. 3º-C, § 4º), nas eventuais provas e elementos corroborativos indicados, e na cópia da investigação. O crivo judicial se conduz por uma aferição em sentido horizontal, em cognição sumária e parcial, com base nos elementos apresentados. A finalidade é de examinar se os relatos e as provas apresentadas pelo colaborador até esse momento da homologação são potencialmente idôneos ao alcance dos resultados indicados nos incisos do art. 4º da Lei 12.850. No segundo momento, da sentença, serão apreciados os termos do acordo homologado e sua eficácia (§ 11, art. 4º). Significa dizer que os benefícios previstos no acordo homologado não serão aplicados automaticamente na sentença, o magistrado terá de avaliar a importância da colaboração do agente na revelação dos fatos. Cabe verificar se o colaborador cumpriu com os compromissos assumidos no acordo, e se os fatos por ele revelados, contidos no negócio jurídico, restaram, no geral, comprovados na sequência da investigação e da instrução probatória em juízo. Cumprida integralmente a postura de cooperação com as autoridades, verificados os resultados concretos na perspectiva investigativa e probatória dos fatos, estão preenchidas as condições ao reconhecimento do direito subjetivo ao prêmio na sentença. Não se pode pretender condicionar o benefício à efetiva condenação dos demais acusados revelados pela delação, exigência essa que não consta da legislação. A razão de ser do prêmio ao colaborador com a justiça está na concretização integral das informações relevantes aos fins investigativos e probatórios e não no resultado, do ponto de vista punitivo, advindo dessas revelações. Importante reiterar que, na sentença, será objeto de aferição os efeitos decorrentes do acordo e eventuais fatos supervenientes ou de conhecimento posterior à homologação judicial do ajuste.” PEREIRA, Frederico Valdez. Op.cit., Acesso em: 23 abr. 2021.

delator, pois, como veremos, além de não haver previsão legislativa nesse sentido, não pode ser considerado testemunha.

Caso o delator falte com a verdade, no máximo o acordo será desfeito e a sua sanção penal original retomada. No entanto, nada impede que o acordo possa ser dirimido por atitudes engendradas na fase inicial, ainda por ocasião das tratativas.⁶³⁰

A retratação da proposta sempre foi admitida.

Originalmente o parágrafo 10 do artigo 4º da Lei 12.850/13 salvaguardava a retratação da proposta por quaisquer das partes, vedando a utilização das provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador somente quando em seu desfavor, instituindo-se a denominada “proibição de valoração probatória relativa”⁶³¹. Dessa forma, não haverá qualquer restrição quanto à utilização, seja do conteúdo das declarações do colaborador, seja de qualquer outro elemento probatório por ele produzido, em relação aos delatados.

Entretanto, a partir da Lei 13.964/2019 que introduziu o parágrafo 6º do artigo 3º-B, essa regra proibitória foi ampliada para vedar a utilização, para qualquer finalidade, de toda e qualquer das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, desde que o acordo deixe de ser celebrado por iniciativa do celebrante (Ministério Público ou Autoridade Policial). Revela-se, portanto, uma “proibição de valoração probatória absoluta”⁶³².

Em suma, caso a desistência do acordo tenha sido uma escolha do colaborador, não haverá qualquer óbice na utilização das provas coletadas com base no ajuste firmado para embasar a continuidade das investigações.⁶³³ Por outro lado, se a desistência do negócio processual for manifestada pelo *Parquet*, os elementos probatórios não poderão, em nenhuma

⁶³⁰ “Assim, entre os motivos que podem representar a justa causa para o indeferimento posterior do acordo de colaboração pode-se mencionar, exemplificativamente, a verificação de que algumas das declarações do agente são contestadas por outros elementos probatórios alcançados no curso das investigações, ou a constatação de ausência de corroboração das revelações. Podem ainda ser identificadas reservas mentais nas declarações do interessado, seja para proteger determinados agentes, camuflar fatos ou preservar valores ou bens ilícitos. É possível que se evidencie também uma atitude reticente do interessado em auxiliar nas diligências. Podem se cogitar ainda outros motivos para embasar a justa causa ex § 2º do art. 3º-B, decorrentes de fatores como o descumprimento dos deveres de confiança, lealdade, boa-fé e sigilo que devem direcionar compreensivamente todo o curso das negociações, desde os primeiros atos. A comprovação, por exemplo, de que o interessado ou sua defesa divulgaram as tratativas iniciais ou documentos que as formalizem, mesmo que internamente, para outros corréus envolvidos no fato (Art. 3º-B, caput), já pode ser motivo suficiente para a interrupção do prosseguimento das tratativas.” PEREIRA, Frederico Valdez. Op.cit., Acesso em: 23 abr. 2021.

⁶³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Op. cit., p. 535.

⁶³² Idem.

⁶³³ “Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do interessado, em uma interpretação lógica, a *contrario sensu* do mesmo § 6º do art. 3º-B, infere-se que o órgão persecutório poderá utilizar todas as provas e informações apresentadas pelo potencial colaborador na continuidade das investigações.” PEREIRA, Frederico Valdez. *Ibidem*.

hipótese, ser utilizados, em razão dos princípios da confidencialidade e da boa-fé que norteiam o acordo.⁶³⁴

Apesar das críticas apresentadas alhures, o sistema de justiça criminal vem entendendo que os benefícios da justiça negociada na modalidade da colaboração premiada superam os prejuízos, mesmo considerando a mitigação ou até mesmo a não aplicação de pena⁶³⁵.

Embora muito se discuta a respeito dos benefícios que serão concedidos aos colaboradores, inevitavelmente criminosos, não se pode olvidar que o delator também suporta consequências adversas.

O delator que identifica seus comparsas e promove a revelação de toda a estrutura criminosa o qual fazia parte, minimamente será excluído daquele grupo social e totalmente afastado do seu convívio, quando não muito necessário abandonar o país sob risco de atentado a sua integridade e de familiares. Por outro lado, muitas vezes, a cooperação se mostra uma ferramenta de remissão, utilizada pelo colaborador como forma de enfrentar seus próprios erros, suportar as consequências e seguir em frente, se autoperdoando. Em razão disso,

⁶³⁴ Acerca da proibição de valoração probatória em sentido estrito ou amplo Gustavo Badaró sustenta: “Num sentido estrito, nada do que o colaborador que se retratou da proposta enha dito em suas declarações, ou conste de qualquer outro meio de prova por ele fornecido, poderá ser valorado contra ele, diretamente, no sentido de elemento diretamente apto à formação do convencimento judicial. Todavia, tais elementos poderão ser utilizados indiretamente, no sentido de que, não sendo diretamente valoráveis, poderão servir indiretamente à persecução penal. Por exemplo, sendo o conhecimento de seu teor utilizado como *notitia criminis* para a instauração de uma futura investigação. Já uma concepção *lata* da proibição de valoração implicará não admitir a sua utilização como meio de prova em si, sendo diretamente valorável pelo julgador, indiretamente, como informação a ser utilização para outras finalidades persecutórias. O §10 do art. 4º da Lei 12.850/2013 ao estabelecer que “as provas autoincriminatórias não poderão ser utilizadas” indica uma proibição de valoração em sentido estrito, somente como meio de prova. Por outro lado, o §6º do art. 3º-B da mesma lei, ao prever que o celebrante – que não é juiz – “não poderá se valer de nenhuma das *informações* ou provas apresentadas pelo colaborador (...) para qualquer outra finalidade” indica uma proibição em sentido *lato*, não só de valoração dos meios de prova, quanto de utilização das informações decorrente dos elementos de provas obtidos.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Ibidem.

⁶³⁵ “Como resultado, a cooperação é geralmente discutida em termos totalmente utilitários. O cooperador recebe clemência não porque a merece, mas porque a clemência é uma parte necessária da “barganha com o diabo” do promotor. Na linguagem do mercado, leniência é o preço que um promotor deve pagar para adquirir as informações e serviços do cooperador. A cooperação de um criminoso é valiosa - vale a pena comprar - porque o promotor pode usá-la para condenar outros criminosos, que muitas vezes são mais culpados ou mais perigosos do que o cooperador. Do ponto de vista do promotor, pagar ao cooperador em leniência é um investimento que vale a pena, porque o benefício para o promotor (e, por extensão, para a sociedade) no aumento das condenações supera o custo para o promotor (e, por extensão, para a sociedade) em leniência.” (tradução livre) No original: “As a result, cooperation is usually discussed in terms that are starkly utilitarian. The cooperator is given leniency not because he deserves it, but because leniency is a necessary part of the prosecutor's “bargain with the devil.” In the language of the marketplace, leniency is the price that a prosecutor must pay to purchase the cooperator's information and services. A criminal's cooperation is valuable-it is worth buying-because the prosecutor can use it to convict other criminals, who are often more culpable or more dangerous than the cooperator. From the prosecutor's perspective, paying the cooperator in leniency is a worthwhile investment because the benefit to the prosecutor (and, by extension, to society) in increased convictions outweighs the cost to the prosecutor (and, by extension, to society) in leniency.” SIMONS, Michael A. Op.cit., p. 03.

confiando na boa-fé e no senso crítico do acusado a respeito de seus atos ilegais, o ordenamento acredita na sua ressocialização e lhe assegura uma pena menos severa⁶³⁶.

Por outro lado, cabe ao Promotor de Justiça averiguar a relevância da cooperação prestada e a sua validade para o Estado, a partir da análise do crime cometido pelo colaborador, a precisão e a repercussão das informações para o caso ou para outras investigações⁶³⁷. Uma vez validada a cooperação, um acordo formal será redigido e

⁶³⁶ “Os aspectos retributivos da cooperação se manifestam de duas maneiras. Em primeiro lugar, para muitos cooperadores, a própria cooperação é um castigo. No mínimo, o cooperador é alienado dos réus contra os quais coopera. Normalmente, um cooperador coopera contra seus cúmplices em uma empresa criminosa compartilhada. Assim, ele deve se voltar contra - trair, se você quiser - as mesmas pessoas de quem ele pode estar mais próximo. De forma mais ampla, o "desdém comum" em que os cooperadores são mantidos muitas vezes significa que o cooperador é condenado ao ostracismo não apenas de seus cúmplices, mas também de outras comunidades que podem ser importantes para ele. Assim, a cooperação pode ser vista como uma punição extra - isto é, punição que não é infligida a um réu que meramente se declara culpado sem cooperar. O cooperador que sofre essa punição extra, então, pode merecer menos punição tradicional do que um réu não cooperante em situação semelhante. Em segundo lugar, para alguns cooperadores, a cooperação pode ser um veículo através do qual o réu experimenta expiação. Embora seja sem dúvida verdade que a maioria dos réus que cooperam o fazem (pelo menos inicialmente) por motivos egoístas, há um réu ocasional para quem a decisão de cooperar é motivada por um desejo genuíno de reparar o delito. A cooperação dá a este réu a oportunidade de passar por um processo de expiação - remorso, desculpas, reparação e punição - que pode levar à verdadeira expiação. Mais significativamente, mesmo para aqueles réus que começam a cooperar por motivos puramente egoístas, a cooperação pode se tornar (voluntariamente ou não) um meio de expiação. Quer o cooperador deseje ou não, o processo de cooperação obriga o cooperador a expressar remorso e a reparar, se não diretamente à vítima, pelo menos à sociedade. Portanto, mesmo para o cooperador egoísta, a cooperação pode levar o réu à expiação. Assim, na medida em que a expiação diminui a "justa desistência" de um réu (e eu argumentarei que sim), um cooperador pode merecer uma sentença menor do que um não cooperador - e por razões totalmente não relacionadas ao retorno sobre o investimento de leniência da promotoria.” (tradução livre) No original: “The retributive aspects of cooperation manifest themselves in two ways. First, for many cooperators, cooperation itself is punishment. At a minimum, the cooperador is alienated from the defendants against whom he cooperates. Typically, a cooperador will cooperate against his accomplices in a shared criminal enterprise. Thus, he must turn against-betray, if you will-the very people with whom he may be closest. More broadly, the "common disdain" in which cooperadores are held often means that the cooperador is ostracized not only from his accomplices, but also from other communities that may be important to him. Thus, cooperation can be viewed as extra punishment-i.e., punishment that is not inflicted on a defendant who merely pleads guilty without cooperating. The cooperador who suffers this extra punishment, then, may deserve less traditional punishment than a similarly situated noncooperating defendant. Second, for some cooperadores, cooperation can be a vehicle through which the defendant experiences atonement. While it is no doubt true that most defendants who cooperate do so (at least initially) for selfish reasons, there is an occasional defendant for whom the decision to cooperate is motivated by a genuine desire to make amends for wrongdoing. Cooperation gives this defendant an opportunity to undergo a process of expiation-remorse, apology, reparation, and punishment-that can lead to true atonement. More significantly, even for those defendants who start cooperating for purely selfish reasons, cooperation can become (voluntarily or not) a means of expiation. Whether the cooperador desires it or not, the cooperation process forces a cooperador to express remorse and to make reparation, if not directly to his victim, then to society. So even for the selfish cooperador, cooperation can bring a defendant towards atonement. Thus, to the extent that expiation lessens a defendant's "just desert" (and I will argue that it does), a cooperador may deserve a lesser sentence than a noncooperador-and for reasons wholly unrelated to the return on the prosecution's leniency investment.” Ibidem, p. 04.

⁶³⁷ “Ao avaliar a utilidade final da cooperação do réu, o promotor considerará vários fatores, como o número de outras pessoas que podem ser processadas com base nas informações do réu, a gravidade dos crimes cometidos por essas outras pessoas e se a informação do réu é cumulativa com outras provas que a acusação já possui ou pode obter. O promotor também deve avaliar se o réu está sendo verdadeiro e se será uma testemunha convincente. O promotor irá então pesar o valor da cooperação do réu contra a própria culpabilidade do réu - a seriedade dos delitos do réu. Tanto por uma questão de política de justiça criminal quanto por táticas do Ministério Público, os promotores geralmente evitam usar cooperadores que são mais culpados do que as

apresentado ao acusado para sua assinatura, já contendo, de forma expressa, as obrigações de ambas as partes na colaboração⁶³⁸.

A colaboração premiada também tem sido destinada a empresas que anuem em cooperar com o Estado e, no afã de obter uma pena menos severa, muito têm cooperado, principalmente com documentos altamente sigilosos⁶³⁹.⁶⁴⁰ Entretanto, como afirmado

peças contra as quais estão cooperando.” (tradução livre) No original: “In evaluating the ultimate utility of the defendant's cooperation, the prosecutor will look to several factors, such as the number of other people who can be prosecuted based on the defendant's information, the seriousness of the crimes committed by those other people, and whether the defendant's information is cumulative of other evidence that the prosecution already has or can obtain. The prosecutor must also evaluate whether the defendant is being truthful and whether the defendant will make a compelling witness. The prosecutor will then weigh the value of the defendant's cooperation against the defendant's own culpability-the seriousness of the defendant's wrongdoing. Both as a matter of criminal justice policy and prosecutorial tactics, prosecutors generally avoid using cooperators who are more culpable than the people against whom they are cooperating.” Ibid., p. 16.

⁶³⁸ “Se o promotor concordar que o réu deve ser "inscrito" como cooperador, as partes assinarão um acordo por escrito. O acordo normalmente imporá duas obrigações ao réu. Primeiro, o réu concordará em se declarar culpado. Em alguns distritos, um cooperador é obrigado a se confessar culpado não só da conduta criminosa pela qual foi preso, mas também de qualquer outra conduta criminosa grave que seja revelada durante as sessões de oferta, inclusive conduta completamente alheia aos crimes que levaram à prisão do cooperador e até mesmo conduta para a qual a única prova do governo é a oferta do cooperador. Em segundo lugar, o réu concordará em cooperar, o que geralmente envolve fornecer ao governo todas as informações solicitadas, testemunhar sempre que solicitado e fazê-lo com veracidade. A acusação, por sua vez, concordará em trazer a cooperação do réu à atenção do tribunal por meio de uma moção da seção 5K1.1 se: (1) o réu cumprir suas obrigações sob o acordo (incluindo testemunhar com sinceridade), e (2) a acusação determina que a assistência do réu foi "substancial”.” (tradução livre) No original: “If the prosecutor agrees that the defendant should be "signed up" as a cooperator, the parties will execute a written agreement. The agreement typically will impose two obligations on the defendant. First, the defendant will agree to plead guilty. In some districts, a cooperator is required to plead guilty not only to the criminal conduct for which he was arrested, but also to any other serious criminal conduct that is revealed during the proffer sessions, even conduct completely unrelated to the crimes that led to the cooperator's arrest and even conduct for which the government's only proof is the cooperator's proffer. Second, the defendant will agree to cooperate, which generally entails providing the government with all requested information, testifying whenever requested, and doing so truthfully. The prosecution, in turn, will agree to bring the defendant's cooperation to the attention of the court through a section 5K1.1 motion if: (1) the defendant complies with his obligations under the agreement (including testifying truthfully), and (2) the prosecution determines that the defendant's assistance was "substantial." Id. p. 17.

⁶³⁹ “Corporações que cooperam com agências governamentais e voluntariamente "limpam a casa" seguindo atividades ilegais suspeitas ou reais podem ser recompensadas com penas reduzidas de acordo com as diretrizes de condenação se indiciadas, indiciamento adiado ou nenhuma acusação. Pelo menos desde a publicação de 1999 das políticas de acusação do Departamento de Justiça para organizações empresariais, os promotores têm consistentemente considerado a renúncia de uma corporação ao privilégio advogado-cliente como um elemento de cooperação e regularmente solicitam que as corporações entreguem documentos - às vezes documentos privilegiados - que são relevantes para a investigação” (tradução livre) No original: “Corporations that cooperate with government agencies and willingly “clean house” following suspected or actual illegal activity may be rewarded with reduced penalties under sentencing guidelines if indicted, deferred indictment, or no indictment at all. At least since the 1999 publication of the Department of Justice's charging policies for business organizations, prosecutors have consistently considered a corporation's waiver of its attorney-client privilege as an element of cooperation and regularly request that corporations turn over documents - sometimes privileged documents - that are relevant to the investigation.” KELLER, Emily S. *Corporate cooperation in criminal investigations: waiving privileges without coercion*. In: Golden Gate University Law Review. v. 39, issue 1, article 4, January 2008. p. 111-112. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

⁶⁴⁰ “A natureza de uma corporação torna a investigação criminal difícil. Os promotores têm dificuldade em determinar quem são os atores, aonde as linhas de autoridade conduzem e como localizar registros relevantes que podem ser espalhados entre as divisões de uma empresa. Como resultado, as agências governamentais, como o DOJ, atribuíram grande valor à disposição e capacidade de uma corporação de cooperar efetivamente com as

anteriormente, eventualmente o benefício pode deixar de ser aplicado caso o órgão de persecução considere que o crime cometido pela pessoa jurídica foi tão grave que nenhuma colaboração seria capaz de ilidí-lo⁶⁴¹.

O *plea bargaining*, como dito, norteia-se pelas regras federais, ora gerais, em que pese os Estados americanos também possuïrem ampla liberdade para ditar normas a respeito da dinâmica desse procedimento.

Em razão disso e de uma possível desconfiança sobre o conteúdo das informações prestadas pelos colaboradores, alguns Estados preveem a necessidade da regra de corroboração (*corroboration requirement*)⁶⁴², o que não repercutiu na legislação federal. Apesar dessa peculiaridade, o *plea bargaining* sem qualquer corroboração continua sendo a regra do direito norte-americano.

No Brasil, adversamente, a legislação exige a corroboração das declarações prestadas pelo delator para a decretação das medidas cautelares reais ou pessoais; o recebimento de denúncia ou queixa-crime e a prolação de sentença condenatória.

A contrário senso e em razão do Princípio do Livre Convencimento do Juiz⁶⁴³, compete ao magistrado definir se aquela prova, efetivamente, influenciou o seu convencimento e se a utilizará para embasar a fundamentação de sua sentença. Uma vez

investigações e de remediar proativamente qualquer irregularidade dentro da organização. Em troca de cooperação, o DOJ pode oferecer leniência na forma de acusações menores ou nenhum indiciamento. As empresas acham difícil recusar este benefício oferecido porque estão sob uma pressão tremenda para evitar os efeitos da acusação sobre a reputação e a perda financeira resultante que os acionistas inocentes provavelmente sofreriam.” (tradução livre) No original: “The nature of a Corporation makes criminal investigations difficult. Prosecutors have trouble determining who the actors were, where the lines of authority lead, and how to locate relevant records that may be spread among a corporation’s divisions. As a result, government agencies such as DOJ have placed high value on a corporation’s willingness and ability to effectively cooperate with investigations and to proactively remediate any wrongdoing within the organization. In Exchange for cooperation, the DOJ may offer leniency in the form of lesser charges, or no indictment at all. Corporations find this offered benefit difficult to turn down because they are under tremendous pressure to avoid the reputational effects of indictment and the resulting financial loss that innocent shareholders would likely suffer.” Ibid.

⁶⁴¹ “Embora possa ajudar uma empresa a alcançar o status de cooperativa, a renúncia do privilégio advogado-cliente não é uma garantia contra a acusação. Pode haver circunstâncias em que a má conduta corporativa seja tão generalizada e séria que nenhuma cooperação impedirá o indiciamento.” (tradução livre) No original: “Though it may help a corporation achieve cooperative status, waiver of the attorney-client privilege is not a guarantee against indictment. There may be circumstances where corporate misconduct is so pervasive and serious that no amount of cooperation will prevent indictment.” Ibidem.

⁶⁴² SARKIS, Jamila Monteiro. Op. cit.

⁶⁴³ “Ao contrário do que costuma ser dito, ainda hoje a 'avaliação livre de provas' continental não é realmente gratuita: como convém ao processo hierárquico, os juizes de julgamento são obrigados a justificar suas conclusões de fato, e a força de seu raciocínio é examinada por tribunais de apelação. Claramente, se não houvesse regularidades a serem observadas na apuração dos fatos, o recurso por "erro factual" seria privado de qualquer fundamento.” (tradução livre) No original: “Contrary to what is often said, even today the Continental ‘free evaluation of evidence’ is not really free: as befits the hierarchical process, trial judges are required to justify their findings of fact, and the cogency of their reasoning is scrutinized by appellate courts. Clearly, if there were no regularities to be observed in finding facts, appeal for ‘factual error’ would be deprived of any basis.” DAMASKA, Mirjan R. Op.cit., Ebook.

eliminada do seu processo mental de valoração da prova, e esse controle será permitido em razão da exposição dos motivos de sua decisão, a regra de corroboração se torna inexigível.

A introdução no país de um instituto pertencente ao direito alienígena e que naquele ordenamento já vigora há mais de um século requer adoção de várias medidas de adequação, de modo que, tanto o corpo jurídico (acadêmico, doutrinário e profissional), quanto a sociedade, sejam capazes de absorvê-lo a contento. Ademais, exige-se que o novo paradigma se conforme com as regras vigentes e sua base principiológica, sob pena de, inevitavelmente, ou se tornar obsoleto ou inaugurar um verdadeiro conflito normativo, o que conduz à insegurança.

As tentativas de aplicação da justiça penal negociada no direito brasileiro sempre encontraram diversas críticas, especialmente com relação à renúncia de direitos pelo acusado, diante dos princípios constitucionais basilares.

As intenções que franqueiam um acordo de colaboração premiada são antagônicas. Enquanto o Ministério Público anseia coletar, a todo custo, o maior número de informações possíveis, imprescindíveis para o desmantelamento de organizações criminosas cada vez mais complexas e bem estruturadas e o reforço da sua tese acusatória para garantia da penalização de vultosa quantidade de delinquentes, dentre eles seus líderes; o colaborador simplesmente pretende o perdão, a redução da pena ou, até mesmo, a ausência de persecução penal pelo Estado.

O excesso muitas vezes transpõe os limites da ética e da moralidade e esses inconvenientes não são inerentes apenas ao sistema jurídico brasileiro, mas também do sistema jurídico comparado.

Há notícias frequentes a respeito da atitude leviana de alguns Promotores de Justiça em forçarem acordos de colaboração em prol de obterem, estatisticamente, um progresso significativo na solução de casos. Vê-se que a preocupação está voltada no desfecho, e não nos meios para que isso aconteça, principalmente porque a mídia, a sociedade e a própria instituição a qual pertencem perseguem o resultado. Vê-se no sistema jurídico estadunidense que esse fator propulsor é mais latente do que no Brasil se considerarmos a forma – política – de investidura de promotores e juízes.

De toda sorte, a incorporação ao sistema jurídico pátrio dos institutos da justiça penal negociada, originados do direito estrangeiro, requer consciência, coerência e aparelhamento de toda a máquina estatal. As críticas apresentadas não se prestam ao desmerecimento do instituto, mas tão somente incitar boas reflexões a respeito.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À COLABORAÇÃO PREMIADA

A legítima aplicação da colaboração premiada, enquanto instituto advindo do direito estrangeiro, impescinde não apenas da sua compatibilidade com os alicerces do ordenamento jurídico brasileiro, enquanto sistema dotado de unicidade, mas também com as bases principiológicas constitucionais que regem o Direito Processual e Penal.⁶⁴⁴

A constitucionalização dos ramos do Direito, nos últimos anos, impôs uma releitura dos institutos, de modo a serem observados direitos e garantias fundamentais constitucionais no processo propriamente dito, razão pela qual, inevitavelmente, percorreremos, nessa abordagem, os princípios essenciais que possuem relação estrita com a colaboração premiada.

4.1. Teoria dos princípios

A análise da Teoria dos Princípios e sua irradiação pelos diversos ramos do Direito demanda uma observação detalhada e crítica acerca da ascensão dos Princípios na ordem jurídica, sua força normativa e seus métodos de aplicação prática. Revela-se fundamental a compreensão das mudanças não tão recentes, mas ainda presentes, na leitura do ordenamento jurídico à luz do que se convencionou denominar “neoconstitucionalismo”⁶⁴⁵⁻⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ “Ao erigir princípios processuais à categoria formal de norma constitucional, acaba nossa lei maior por tornar clara a importância maior e substancial das garantias ao acusado. O grande número de disposições constitucionais protetivas se faz também presente nas garantias processuais penais. É encaminhamento atual e dirigente para um modelo acusatório do processo penal.” CORDEIRO, NEFL. *Colaboração premiada. Caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 72.

⁶⁴⁵ Chama-se a atenção para os diversos conceitos sobre o neoconstitucionalismo. C.f. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2022.

⁶⁴⁶ “A partir da aprovação pela Organização das Nações Unidas, em 1948, da Declaração Universal de Direitos Humanos, teve início uma nova fase na história do constitucionalismo. Um ponto de extraordinária importância foi a proclamação dos direitos econômicos, sociais e culturais, com o mesmo valor e a mesma eficácia jurídica dos tradicionais direitos civis e políticos, que até então englobavam a totalidade dos direitos individuais. Uma das consequências disso foi a ampliação do papel político e social do Estado, que deixou de ser apenas o protetor da liberdade e dos direitos para assumir um papel ativo na criação de condições para efetivação dos direitos. Desse modo, foram rompidas as barreiras que limitavam as ações do Estado em nome da proteção dos direitos individuais. Tudo isso gerou um surto de novas Constituições, determinando também importantes inovações no papel constitucional dos Poderes do Estado, pois surgiu a necessidade de uma nova legislação contemplando essas mudanças. O Executivo também sofreu transformações na organização e na definição dos instrumentos de atuação e o Judiciário passou a ser muito mais do que um garantidor do respeito à legalidade estrita, para ser, em muitos casos, um complementador das normas constitucionais, visando dar-lhes efetividade. Essas mudanças vêm sendo objeto de inovações teóricas, apresentadas dentro da rubrica de sentido muito amplo que é o neoconstitucionalismo, já estando definidos alguns pontos fundamentais, como a afirmação da natureza jurídica dos princípios e normas constitucionais, a abrangência universal da Constituição quanto a todos os fatos e a todas as situações que tenham alguma implicação sobre os direitos e, ainda, a superioridade da Constituição no

Dentro de uma perspectiva histórica, esse paradigma da Teoria Jurídica ganhou novos assentos teóricos à luz da Constituição de 1988⁶⁴⁷. Ressalte-se que a pretensão de se apresentar um novo modelo de interpretação da Teoria das Normas é evidenciada pela incorporação semântica de prefixos que denotam, à primeira leitura, um viés de superação do modelo anterior⁶⁴⁸.

Não se nega, contudo, que alterações sensíveis foram identificadas, a saber: (a) a submissão e resolução de matérias, não originariamente afetas à competência do Poder Judiciário, dando ensejo ao fenômeno da judicialização, principalmente relacionados à implementação de políticas públicas e programas governamentais; (b) na hermenêutica jurídica, a ponderação tem sido o método mais apropriado quando se fala em resolução de direitos e garantias fundamentais em conflito; (c) surgimento de reflexões a respeito dos impactos econômicos das decisões judiciais; (d) os princípios passaram a exercer papel de relevo porquanto reconhecida sua força normativa; (e) a fisiofilosofia passou a ser incluída nos debates jurídicos, em especial quando o ideal de Justiça revela-se na simbiose entre Direito e Moral; (f) a disseminação dos direitos fundamentais para os demais ramos do Direito, seja Público, seja Privado, inculcando-se ideias extraídas da filtragem constitucional (releitura do ordenamento jurídico, numa perspectiva axiológica, formal e material, à luz da Constituição) e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (nas relações entre particulares).

Nesse desiderato, a incorporação de uma nova leitura do Direito, agora sob o prisma do neoconstitucionalismo, conferiu destaque aos Princípios⁶⁴⁹, não mais identificados como

âmbito de um sistema jurídico. Na verdade, entretanto, não desapareceu a necessidade de impor limitações ao poder para proteção dos valores fundamentais do indivíduo. Ainda que se considere superada, como de fato se deve considerar, a concepção ultraindividualista de direito e liberdade, criada pelo liberalismo e utilizada para sustentar privilégios, o indivíduo continua a ser a base da vida social, devendo-se proceder à conjugação dos valores individuais e sociais e promovê-los adequadamente. E para a proteção e a promoção dos valores fundamentais de convivência é indispensável o Estado Democrático, que impõe a observância de padrões jurídicos básicos, nascidos da própria realidade. Não está, portanto, superada a necessidade de se preservar a supremacia da Constituição, como padrão jurídico fundamental e que não pode ser contrariado por qualquer norma integrante do mesmo sistema jurídico. As normas constitucionais, em qualquer sistema regular, são as que têm o máximo de eficácia, não sendo admissível a existência, no mesmo Estado, de normas que com elas concorram em eficácia ou que lhes sejam superiores. Atuando como padrão jurídico fundamental, que se impõe ao Estado, aos governantes e aos governados, as normas constitucionais condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 202-203.

⁶⁴⁷ SARMENTO, Daniel. Op. cit.

⁶⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 240: 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

⁶⁴⁹ “Os princípios, segundo o autor, “são as diretrizes, no sentido que fornecem uma direção precisa ao intérprete. Os princípios constitucionais consubstanciam-se em valores, mas muito genéricos, em torno dos quais gravita todo um conjunto de regras sobre as quais incidirão.” BASTOS, Celso Ribeiro *apud* KIMURA,

método de preenchimento de lacunas do Direito, mas como verdadeiros expoentes no processo de formação das normas jurídicas.⁶⁵⁰ Portanto, entender a Teoria dos Princípios e sua importância na aplicação prática dos Tribunais é fundamental para a melhor compreensão do processo de formação das normas aplicadas ao caso concreto, quando do exercício da atividade judicante ou mesmo pelos demais intérpretes do Direito⁶⁵¹.

Sem a pretensão de esgotar o tema, objetiva-se apresentar um panorama geral sobre a importância dos Princípios na Teoria Jurídica, dando-se ênfase aos Princípios do Contraditório, do Devido Processo Legal e da Fundamentação Analítica aplicados ao Processo Penal.

4.2. Neoconstitucionalismo e ascensão dos princípios

O neoconstitucionalismo tem seu berço na Espanha e na Itália, ecoando na doutrina brasileira sobretudo após a publicação da obra de Miguel Carbonell, em 2003⁶⁵²⁻⁶⁵³.

Entre os autores que se intitulam neoconstitucionalistas ou mesmo àqueles que, sem esse rótulo, são assim considerados defensores, há ampla diversidade de posições

Alexandre Issa. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. In: Revista Jurídica, 2003.2. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/499_arquivo.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁶⁵⁰ “Desde o momento em que as constituições contemporâneas passaram a ser reconhecidas principiológicas, a estrutura do Direito passou a transformar-se profundamente, porque importantes decorrências são observadas daquela aparentemente inofensiva consagração de princípios constitucionais. A consagração de normas constitucionais de caráter aberto (princípios) limita a atuação da lei e demanda um processo de preenchimento, a ser implementado pelo órgão incumbido de zelar pela guarda da Constituição. Por esse motivo, sofreu severas críticas. Consoante Schmitt (1928), por exemplo, a principiologia constitucional representaria “tirania dos valores”, capaz de conduzir à derrocada do Estado legislativo e à instauração do “Estado jurisdicional”. Mas, apesar das críticas, é notório que o Direito Constitucional encontra-se, na atualidade, totalmente “envolvido e penetrado pelos valores jurídicos fundamentais dominantes na comunidade” (MIRANDA, 1988. p. 198). E, não obstante se reconheça que toda interpretação (não apenas a principiológica) é atividade não mecânica, a interpretação opera com maior intensidade no campo dos princípios constitucionais e dos direitos humanos. Além de demandarem maior intensidade interpretativa, esses setores têm recebido atenção especial por parte da sociedade, que deposita suas esperanças de ajustamento e desenvolvimento normativo dessas matérias no próprio Tribunal Constitucional (caráter místico da instituição).” RAMOS, André Tavares. *Justiça Constitucional e suas fundamentais funções*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 43, n. 171, jul./set. 2006. p. 30.

⁶⁵¹ Uma “análise interpretativa da Constituição não pode, por conseguinte, prescindir do critério evolutivo, mediante o qual se explicam as transformações ocorrentes no sistema, bem como as variações de sentido de que tanto se aplicam ao texto normativo, como à realidade que lhe serve de base – a chamada realidade constitucional, cuja mudança é, não raro, lenta, e, imperceptível ao observador comum.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 138 e 140.

⁶⁵² SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Op. cit.

⁶⁵³ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición. In: *20 anos da Constituição brasileira*. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Maurício. São Paulo: Saraiva, 2009.

jusfilosóficas e de filosofia política. Com efeito, não se constitui de uma teoria rígida, fixa e imutável, mas um conjunto de proposições para a definição e qualificação do direito⁶⁵⁴.

Pode-se falar acerca de três planos de análise que convergem para a definição do neoconstitucionalismo: o texto constitucional substantivo e incorporador de amplo elenco de direitos fundamentais; a prática judicial filiada à adoção frequente de princípios e a adoção de métodos flexíveis de interpretação.⁶⁵⁵

A ascensão dos princípios ao *status* de possuidores de força normativa, integrando cada vez mais os debates doutrinários, fundamentando as decisões judiciais e balizando a interpretação e criação do direito pelos demais atores democráticos⁶⁵⁶ decorre, portanto, diretamente, desse novo paradigma de compreensão do papel da Constituição no ordenamento jurídico.⁶⁵⁷

Destaque-se ao falar a respeito da normatividade dos princípios e da nova interpretação constitucional, não se desprezando o conhecimento tradicional atrelado à relevância das regras ou mesmo à importância do método subjuntivo de aplicação do direito. Trata-se, porém, de um método evolutivo, conservador de conceitos clássicos, mas que agrega àquele nova roupagem de ideias e instrumentos de criação e interpretação do Direito⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 15.

⁶⁵⁵ Para melhor compreensão do processo de transformação ocorrido no direito constitucional ver BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Op. cit.; BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁶⁵⁶ “Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59-60.

⁶⁵⁷ “Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria.” BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Op.cit., p. 337-338.

⁶⁵⁸ BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Idem.

Posto esse ponto de fundamento, impende destacar que os princípios, ao lado das regras, constituem-se a espécie normas⁶⁵⁹⁻⁶⁶⁰. Há, nesse cenário, diversos critérios para a distinção entre princípios e regras: (a) critério da generalidade; (b) determinabilidade dos casos de aplicação; (c) caráter explicativo do conteúdo axiológico; (d) quanto à referência à ideia de direito; (e) quanto à importância para a ordem jurídica; (f) por serem os princípios razões para regras ou serem eles mesmos regras; (g) por serem os princípios normas de argumentação ou normas de comportamento, dentre outros⁶⁶¹. Mesmo diante dos diversos critérios a diferenciar princípios e regras, especial ênfase se atribui à leitura da distinção não apenas gradual, mas qualitativa.⁶⁶²⁻⁶⁶³

Com efeito, princípios são verdadeiras normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, limitados às possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Diz-se, portanto, que são mandamentos de otimização. Diferentemente, as regras são normas que, uma vez postas, existem para serem ou não cumpridas, encetando a regra do tudo ou nada, no entanto, uma vez válidas, elas devem ser observadas. Conclui-se, assim, que toda norma será ou uma regra, ou um princípio.

Como já salientado, não há nesse momento, pretensão de esgotar o tema acerca da importância dos princípios, seus balizamentos teóricos e suas distinções práticas na teoria das normas, mas apenas demonstrar que uma melhor compreensão do ordenamento jurídico perpassa inexoravelmente pela compreensão dos princípios como verdadeiras normas jurídicas, não apenas como método de interpretação ou orientadores de aplicação das regras.

Considerando, portanto, a relevância do estudo da teoria dos princípios, passa-se à observação detalhada de três princípios constitucionais, atribuindo-se, apenas para fins acadêmicos e melhor conceituação didática, especial atenção à sua aplicabilidade na seara do Direito Processual Penal.

⁶⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85.

⁶⁶⁰ “É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto.” BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit., p. 339-340.

⁶⁶¹ ALEXY, Robert. Idem. p. 85.

⁶⁶² Idem, p. 90.

⁶⁶³ “É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema tudo ou nada aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas. Isso porque, como visto, determinados princípios – como o princípio da dignidade da pessoa humana e outros – apresentam um núcleo de sentido ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente. Por outro lado, há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar. Esses são fenômenos de percepção recente, que começam a despertar o interesse da doutrina, inclusive e sobretudo por seu grande alcance prático.” BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 343.

4.3. Princípio do contraditório

O Princípio do Contraditório, antes consolidado no binômio informação e reação, ganhou força ao longo da história não apenas por se mostrar o verdadeiro norteador para a implementação da vontade estatal na esfera individual, mas também, o caminho necessário para a ampliação do debate democrático e participação social na tomada de decisão do Estado⁶⁶⁴. Por essa razão, mostra-se imperiosa a compreensão das facetas do Princípio do Contraditório associado à implementação do Estado Democrático de Direito, suas vertentes práticas, inclusive no âmbito do Direito Processual Penal.

Assevera-se que o Princípio do Contraditório não encontra espaço de atuação apenas na formação da decisão judicial. Como se pretende explanar ao longo desse trabalho, o contraditório está diretamente ligado à dialética da comunicação, sendo essencial na atividade judicante e em todos os âmbitos em que há interesses contrapostos, mesmo quando se faz necessária a implementação da argumentação cooperativa, seja nas relações travadas entre Estado e particular, seja naquelas entre particulares apenas. Considerando a vastidão do tema, buscou-se uma abordagem para além de uma observância crítica, mas também da evolução desse princípio quando analisado sob a ótica das novas relações sociais e do Direito Processual Penal.

A compreensão do contraditório ao longo da história está umbilicalmente associada à evolução do direito e do processo à luz dos modelos de Estado.

O contraditório era enxergado como um embate dialético entre as partes, mediado por um terceiro imparcial.

Nas lições de Gaio (4, 11-4), o processo romano se dividiu em dois grandes períodos: a *ordo iudiciorum privatorum* e a *extraordinaria cognitio*. No primeiro caso, de natureza essencialmente privada, valorizava-se a vontade das partes, sendo a figura do juiz apenas como assistente e autorizador do processo. Já no segundo caso, de natureza essencialmente pública, o juiz intervinha diretamente para dirimir o conflito entre as partes, declarando a vontade do Estado. Nesse período, as partes se colocavam perante um magistrado para a apresentação da controvérsia, através de declarações solenes, sem adentrar às causas motivadoras do conflito. Caso não fosse possível a conciliação entre as partes, através da

⁶⁶⁴ “O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.” DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2010. p. 52.

transação equitativa (*pacta*), o magistrado submetia a controvérsia a um juiz escolhido pelas partes. Nesse momento, as partes deveriam se apresentar solenemente para a instauração do processo das *legis actiones*, através de palavras e gestos do demandante a ser opostos por palavras e gestos correspondentes do demandado, que, caso não os repetisse, reputava-se confesso.

No Estado medieval, por sua vez, estabeleceu-se que a ausência de convocação do demandado para responder determinada demanda em juízo importaria em nulidade de todo o processo e eventual condenação. Nesse sentido, inclusive, previsões expressas foram observadas nas Ordenações Filipinas e Manuelinas, em Portugal.

No Estado liberal clássico, o processo visto como duelo entre privados, tinha a atuação do juiz reduzida ao mínimo, associando-o, intrinsecamente, a mero reproduzidor da lei.

Com a eclosão de movimentos sociais e a necessidade de se estabelecer um Estado Social, os juízes passaram a ter papel ativo⁶⁶⁵ e o processo a não mais representar um instrumento de concretização de interesses privados, mas uma ferramenta de exercício da soberania estatal e desempenho de função pública⁶⁶⁶. Esse modelo gerou desconfiança na atuação excessivamente proativa dos magistrados, criando um campo fértil para questionamentos a respeito da legitimidade das decisões judiciais quando confrontadas com a manifestação democrática representada através dos eleitos pelo povo, o que fez com que determinadas decisões sofressem com o chamado *déficit* democrático de representatividade.

⁶⁶⁵ “A garantia constitucional do contraditório não se dirige somente às partes, mas também ao juiz que comanda o processo. Ao seu dever de franquear às partes o efetivo exercício das faculdades e poderes inerentes à ação e à defesa, tem ele também o dever de participar ele próprio, comandando o andamento do processo, corrigindo-lhe eventuais falhas, determinando *ex officio* a realização de provas indispensáveis não requeridas pelas partes quando for o caso, promovendo o impulso do processo sem dependência às iniciativas destas etc. e sobretudo dialogando com os litigantes antes de tomar certas decisões relevantes. Esse diálogo é expressamente exigido pelos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil, os quais vedam a prolação de decisões-surpresa.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 89.

⁶⁶⁶ “A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.” BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 331-332.

A par disso, o contraditório participativo⁶⁶⁷ passou a ser enxergado como um caminho ideal para a superação dessa dificuldade e também instrumento de fortalecimento à legitimidade das decisões judiciais. Nesse momento, o juiz deixa de se preocupar simplesmente com a justa composição da lide ou com a mera aplicação concreta da lei através do processo de subsunção, voltando-se com maior ênfase para a aplicação e preservação das garantias constitucionais, tornando-se verdadeiro efetivador de um processo justo⁶⁶⁸.

Saliente-se que essa atuação do magistrado, tolerada pelo próprio ordenamento jurídico, levantou dúvidas a respeito da imparcialidade do julgador quando, para chegar à dinâmica dos fatos mais próxima à real, determinava a realização de prova de ofício.⁶⁶⁹ Para muitos, o esforço do juiz representava uma contrariedade à parte que possuía as provas favoráveis a si até o momento.

Assevere-se que com o movimento de constitucionalização do ordenamento jurídico, próprio do período do pós-Segunda Guerra Mundial, o processo se revelou em uma nova conformação, adequando-se ao modelo do Estado Democrático de Direito, mormente pela consagração de inúmeros direitos e garantias processuais, não apenas a orientar a atuação do aplicador do direito, mas de garantir às partes do processo maior campo de participação e influência na formação da norma a ser aplicada ao caso concreto.

Vale notar que o contraditório sai do campo exclusivamente de atuação do processo ou mesmo da atuação da vontade do Estado, passando a se mostrar necessário também nas relações essencialmente privadas. É nesse sentido, inclusive, sob o incurso da ampliação da leitura constitucional das relações envolvendo não apenas o Estado, mas também a relação

⁶⁶⁷ “Diante desses conceitos e dessa trama de oportunidades oferecidas às partes para a participação inerente ao contraditório, mostra-se redundante e inadequada a locução contraditório participativo, que se vê aqui e acolá na doutrina brasileira atual: se o contraditório é participação, jamais se poderá conceber um contraditório que não seja participativo.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Ibidem*, p. 88.

⁶⁶⁸ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo*. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Campos, 2005, págs. 225 et seq. (Coleção José do Patrocínio).

⁶⁶⁹ “Com essa postura a ciência do processo e o próprio direito positivo afastaram o irracional preconceito segundo o qual o juiz que durante o processo expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa estaria prejudgando e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. A experiência mostra que ele não perde a equidistância entre as partes quando tenta conciliá-las, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as esclarece sobre a distribuição do ônus da prova ou quando as adverte da necessidade de provar melhor. Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de ofício uma decisão ou julgar com fundamento em ponto de fato ou de direito a respeito do qual as partes não debateram, antes as chama à manifestação sobre esse ponto. O juiz mudo tem também algo de *Pilatos* e, por temor ou vaidade, lava as mãos e deixa o processo fluir sem tomar iniciativas como essa, afasta-se do compromisso de fazer justiça.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Op.cit.*, p. 90.

travada entre particulares, que o contraditório é reconhecido pelo STF como imprescindível nas relações horizontais.

Nesse viés, rememoremos importante voto paradigma envolvendo a exclusão de associado ou de acionista⁶⁷⁰ como demonstração da fenômeno da expansão do Princípio do Contraditório nas relações privadas. A saber:

(...) III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. **A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa** (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (grifei)

Destacam-se as mutações que o Princípio do Contraditório sofreu ao longo dos tempos, percorrendo um longo caminho, saindo da sua invisibilidade, uma vez desconsiderado enquanto Princípio do Direito Processual, à consagração em textos internacionais protetivos dos Direitos Humanos⁶⁷¹.

No Brasil o contraditório ganhou relevo constitucional na Constituição de 1937, em seu artigo 122, parágrafo 11. Nesse período, porém, limitava-se ao espectro de aplicação do Direito Processual Penal. Apenas com a Constituição de 1988 ganhou espaço constitucional, ampliando-se ao Processo Civil e Administrativo, consoante previsão plasmada no artigo 5º da Carta Republicana, a saber: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁶⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819, relatora Ministra Ellen Gracie, j. 11/10/2005, p. 27/10/2006. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641534>>. Acesso em: 03 jun. 2022.

⁶⁷¹ CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. In: *Dicionários de princípios jurídicos*. KATAOKA, Eduardo Tekemi; GALDINO, Flavio. Elsevier; TORRES, Ricardo Lobo. 2011. p. 193.

Tradicionalmente o conteúdo do Princípio do Contraditório limitava-se a dois elementos: informação e reação. Nesse contexto, as partes deveriam ser cientificadas de todos os atos processuais e, conseqüentemente, oportunizado-lhes apresentar uma reação como forma de garantir a sua defesa em juízo. Muito comum nesse conceito a atribuição sinonímica ao Princípio do Contraditório do termo bilateralidade da audiência.

A informação induz à noção de que as partes necessariamente devem tomar conhecimento dos atos processuais praticados em juízo, insurgindo-se positiva ou negativamente. Assim, ofensa ao Contraditório é a inobservância ou a obstacularização legal à ciência das partes acerca dos atos processuais, deixando-lhes de se garantir instrumentos ao seu conhecimento⁶⁷². Não sem razão, consoante previsão na Súmula 707 do Supremo Tribunal Federal, constitui nulidade a falta de intimação de denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.

De igual modo, a Suprema Corte editou a Súmula Vinculante nº 14 garantindo ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova já documentados na fase investigatória. Coerentemente não se vislumbra na fase de investigação preliminar um contraditório pleno, mas se viabiliza à Defesa, minimamente, acesso a elementos de prova já consolidados, de modo que, a partir do seu teor, possa traçar melhor estratégia para seu cliente, inclusive na busca de contraprovas.⁶⁷³

A informação como balizador do contraditório também é reconhecida no teor da Súmula 708 do Supremo Tribunal Federal, ao referendar a nulidade do julgamento de apelação, após manifestação nos autos de renúncia do único defensor, sem que o réu seja intimado para constituir novo patrocínio.

Da mesma forma, como consectário lógico do contraditório, tem-se a possibilidade de reação, manifestada pela concordância ou insurgência à pretensão da parte contrária. Em uma leitura clássica, a reação era enxergada como possível, entendida sob o prisma da igualdade formal.

⁶⁷² “Há questões fáticas que podem ser apreciadas pelo magistrado *ex officio*. O juiz pode conhecer de fatos que não tenham sido alegados. Ele pode trazer, ele pode aportar fatos ao processo. Mas o órgão jurisdicional não pode levar em consideração um fato de ofício, sem que as partes tenham tido a oportunidade de se manifestarem a respeito... E, aqui, entra uma distinção que é muito útil e é pouco trabalhada na doutrina. Uma circunstância é o juiz poder conhecer de ofício, se provocação da parte. outra circunstância, bem diferente, é poder o órgão jurisdicional agir sem ouvir previamente as partes. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem provocar as partes, que não lhe é permitido.” DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 54.

⁶⁷³ Não se desconhece o debate doutrinário a respeito da existência diferida ou postergada de contraditório nessa fase ou, até mesmo, sua inexistência.

No entanto, a necessidade de se construir um contraditório alicerçado em bases de igualdade substancial alavancou a reação ao denominado contraditório efetivo.⁶⁷⁴ Para Badaró, quanto à mudança objetiva, o contraditório deixa de ser mera possibilidade de reação, para ser estimulada a participação dos sujeitos processuais em igualdade de condições. Já quanto à mudança subjetiva, o contraditório não permite apenas atuação das partes, mas impõe a participação do julgador⁶⁷⁵.

Impende destacar que, diferentemente do Processo Civil, no âmbito do Processo Penal a reação não é mera faculdade da parte, pois está em questão a liberdade de ir e vir⁶⁷⁶. Assim, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer reação à peça acusatória, impõe-se a obrigatoriedade de assistência técnica de um Defensor, conforme previsão estampada no artigo 261 do Código de Processo Penal Brasileiro. Ademais, não basta a mera apresentação formal de defesa técnica, mas exige-se que essa defesa seja constituída de possibilidade efetiva de reação à pretensão acusatória do Estado.⁶⁷⁷

Caminha nesse sentido, como instrumento de salvaguarda do contraditório na sua vertente reação, a previsão expressa da súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, ao

⁶⁷⁴ “Por isso, o debate contraditório constrói uma decisão mais justa ou menos injusta, mais aproximativa da certeza processual, reduzindo o grau de descontentamento. Portanto, a democracia processual encontra no contraditório um dos elementos a sua concretização e efetividade... Para que o contraditório cumpra sua função, há necessidade da devida publicização das estratégias que estão sendo utilizadas pela parte contrária, que toda a prova seja disponibilizada no interior do processo, que haja plena informação, integral conhecimento e acesso ao conteúdo de todas as questões fáticas e jurídicas, eliminando-se o segredo e o sigilo, salvo nas situações de necessidade à produção da prova. Mesmo nessas situações, o segredo e o sigilo são temporários e limitados, não podendo alijar todas as dimensões do contraditório. Quando garantido à defesa, o contraditório insere-se na efetividade constitucional da ampla e plena defesa.” GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3a. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 185.

⁶⁷⁵ BADARÓ. Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Tomo 1. p. 1-36.

⁶⁷⁶ “Entretanto, com relação à instrução criminal, não há qualquer instrumento que autorize a abreviação do *iter* processual quando o processo criminal se desenvolver de forma lenta e indefinida, causando prejuízo ao réu... A indagação que se faz é se o princípio do contraditório poderia ser argumento para que o réu requeresse o prosseguimento da ação penal pelo só fato do injustificado descumprimento dos prazos legais estabelecidos para os atos processuais...O Código de Processo Penal estabelece uma série de prazos para que neles se pratiquem os atos processuais. Para o réu preso, a consequência imediata da extrapolação de prazos é a ilegalidade da prisão e a sua soltura. E para o réu que responde aos termos da ação penal solto? Há alguma consequência para a extrapolação de tais prazos? Nenhuma... Assim, por exemplo, se ultrapassado injustificadamente o prazo para a conclusão da instrução criminal, estando o réu solto, tem ele o direito de exigir que se passe à fase seguinte do procedimento, amparado no direito processual e constitucional ao contraditório. Se foi exteriorizada a ação, tem o réu, depois de superados os prazos legais, o direito de contraditar a ação intentada, por meio da defesa, na fase de julgamento. Portanto, tem o réu solto, no processo criminal, o direito ao cumprimento dos prazos processuais, direito esse que é consectário do contraditório.” CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e (em face da) Constituição*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 134-135.

⁶⁷⁷ “Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:, inciso V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor.” BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2022.

reconhecer a nulidade no Processo Penal na falta de defesa técnica, embora a sua deficiência importe em igual resultado apenas caso se constate prejuízo ao réu.

Sublinhe-se, ainda, o direito de presença do réu como consectário necessário para o efetivo contraditório, alicerçados, inclusive, em documentos internacionais de proteção dos direitos humanos⁶⁷⁸. A Corte Suprema, quando do julgamento do HC 935.03/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que o direito de presença de um lado e o direito de audiência do outro, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais de garantia dos direitos fundamentais do preso. Nesse sentido, deve o Estado assegurar que o custodiado seja conduzido não apenas para ciência dos atos processuais praticados, como também para exercício da autodefesa através do seu interrogatório (artigo 185 do Código de Processo Penal) e acompanhamento da oitiva das testemunhas em sua presença, salvo na hipótese de fundado temor, humilhação ou constrangimento à testemunha (artigo 217 do Código de Processo Penal).

Em igual sentido, como fomento ao contraditório e em atenção às garantias do indivíduo perante a atuação do Poder Estatal, a Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada pelo Decreto 678/1992, prevê em seu artigo 7.5 que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida à presença do juiz. Há previsão em igual sentido no artigo 9.3 do Pacto de Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto 592/1992 e no artigo 5.3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Nessa perspectiva, quando da apreciação da ADPF 347 MC/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a aplicabilidade imediata dos dispositivos citados, determinando que os Tribunais implantassem, em até 90 dias, as audiências de custódia, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judicial.

Nesse aspecto, a audiência de custódia representou avanço ímpar na garantia do contraditório efetivo, ainda que previamente à formação da relação processual, embora essa medida ainda venha acompanhada de diversas críticas na doutrina⁶⁷⁹.

No entanto, não obstante o avanço na consecução do contraditório representado pela implementação das audiências de custódia, apresenta-se, em inegável retrocesso, a normatização prevista no artigo 8º, parágrafo 2º, da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, acompanhada em sua maioria pelos Tribunais nacionais. Nesse cenário, a oitiva do preso, realizada perante a autoridade judicial, na presença do representante do órgão

⁶⁷⁸ C.f. artigo 14, III, d, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU e artigo 8º, 2, d e f, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos da OEA.

⁶⁷⁹ Para melhor elucidação, POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. 9a. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 905-906.

ministerial e acompanhada da defesa técnica, será lacrada e sigilosa e não acompanhará o procedimento investigativo e, posteriormente, o processo judicial.

Inquestionável a involução que se impõe ao afastar o exercício do contraditório realizado na audiência de custódia dos demais atos investigativos e processuais, ou mesmo a embasar eventual decreto condenatório ou medida libertária se, até mesmo o Código de Processo Penal, em seu artigo 155, possibilita a formação do convencimento do magistrado através da consideração de elementos informativos colhidos em sede investigativa, desprovida de contraditório e sem a participação efetiva da defesa técnica e da atuação do órgão acusador.

Na mesma linha de raciocínio, percebe-se um caminho positivo na concretização do contraditório, ainda que formulado em sede investigativa, quando o legislador previu a figura do Juiz de Garantias, consoante previsão na reforma implementada pela Lei nº 13.964/2019.

Em resumo, o contraditório nas suas vertentes informação e reação não está alicerçado apenas no campo formal, de ciência do indivíduo acerca do manejo de pretensão em seu desfavor, seja esta de natureza privada ou em se tratando do exercício de pretensão acusatória por parte do Estado como consectário do seu *ius puniendi*. De igual sorte, a reação não é garantia apenas como instrumento de contraposição dialética a uma pretensão. Assim, observa-se o respeito ao contraditório quando a informação é formulada de maneira efetiva, a garantir todas as ferramentas necessárias para que o indivíduo tome conhecimento da existência de pretensão contraposta, tendo amplo acesso às formulações e provas contra si ventiladas, permitindo-se insurgência real, capaz de balizar e influenciar a tomada de decisão por parte do Estado com participação das partes em igualdade de condições, impondo ao julgador, ainda, o enfrentamento dos argumentos apresentados pelas partes.

Importante a percepção de que o contraditório, em sua origem, revelava-se na contradição de interesses, demonstrando o espectro dialético do processo, em que a síntese seria a decisão judicial. Por essa razão, o binômio informação/reação encontrava arcabouço teórico de fundamento. Da mesma forma, ainda sob a insurgência de uma visão clássica do contraditório, entendia-se que ele estava ligado à necessidade de ciência do prejuízo real ou potencial que o sujeito do processo poderia sofrer. Restrito, portanto, aos sujeitos da lide, ligava-se a uma visão individualista do processo⁶⁸⁰.

No entanto, a ampliação do espaço democrático de participação do indivíduo na esfera de formação da decisão do Estado; a premente necessidade de se majorar o espaço público de

⁶⁸⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Contraditório*. Op. cit., p. 194.

debate, como instrumento para maior legitimação da atuação pública; as relações sociais cada vez mais complexas e a ampliação do pluralismo jurídico com novos âmbitos de atuação social, em que o Estado deixa de ser o agente promotor central de direitos fundamentais para incorporar novos atores políticos a ele não vinculados; bem como o incremento de teias de relações comunicativas a ensejar, inclusive, a criminalização de novas condutas sociais, fazem surgir a necessária reorganização da visão do contraditório, não mais ligado apenas à ortodoxia da existência de efetivo prejuízo e necessária contraposição de interesses, ainda que sedimentado no âmbito da defesa da sua liberdade na seara penal. Com efeito, o contraditório ganha nova roupagem, para garantir ao indivíduo o direito de influência e dever colaborativo⁶⁸¹.

Cada vez mais, o processo deixa de possuir uma visão individualista, ligada à tradicional percepção de Calamandrei do “processo como jogo”, caminhando no sentido de ser enxergado na sua concepção publicista. Isto é, a jurisdição como forma de manifestação do poder do Estado consagra o escopo político do Estado Democrático de Direito, emanando a vontade estatal e representando um meio a serviço dos fins do Estado. Deve-se, então, considerar que a democracia avança do campo da mera representatividade para o espaço de participação e ampliação deliberativa da vontade individual na conformação dos fins do Estado.

Imperioso asseverar que a formação da decisão judicial, através da criação da norma no caso concreto, representa a maior força do poder político estatal, como verdadeira expressão da *suprema potesta* do Estado. O poder, aqui analisado, pode ser compreendido pela vertente da dominação, tomado por essência como assentimento ou concordância, representando como mera subordinação de um sujeito a uma vontade externa. De outro lado, o poder também pode ser compreendido como influência, representando uma forma condicionante de conduta. Nesse caso, se o poder como dominação representa um ato de imposição da vontade, de outro, a influência como manifestação do poder ingressa no psiquismo e nos sentimentos do sujeito, incutindo neste o entendimento de que determinada decisão é a melhor para aquele caso⁶⁸².

⁶⁸¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. In: Rivista di diritto processuale, Bologna, a. 60, n. 2 (Aprile-Giugno 2005). p. 449-464; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p 150. GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. In: Revista Dialética de Direito Processual, nº 24, março de 2005, São Paulo: Dialética, 2005. p. 72.

⁶⁸² Para melhor compreensão sobre o assunto, DEUTSCH, Karl Wolfgang. *Política e governo*. 2. ed. Trad. Maria José Mendes. Brasília: Editora UNB. p. 45.

Há diversas formas de influências sobre comportamentos de atos sociais, o que vem se percebendo, ainda mais acentuadamente, através da ampliação dos canais comunicativos e das mídias sociais, através da massificação de opiniões públicas e orientações de influências sobre a imposição de determinada forma de pensar e agir. Nesse cenário, é inegável que a influência no comportamento não é prerrogativa estatal, diferentemente do poder como instrumento de dominação. No entanto, a influência somente ganha roupagem de poder quando exercida através da imposição coercitiva da decisão, ou seja, a imperatividade da decisão conformada através da influência faz com que haja poder.

Caminha nesse sentido a observação apresentada por Antônio Cabral, que define a influência como reflexiva, isto é, difusa e multidirecional. Nesse caso, os órgãos estatais praticam atos decisórios, em que se tornam pacientes ou destinatários da influência exercida pelos atores do processo e também verdadeiros sujeitos condicionantes, pois praticam atos estimulantes a imbuir a atuação dos agentes do processo⁶⁸³.

Dessa forma, defende-se que qualquer formação decisória estatal deve ser conformada com a formação legítima de participação, com necessária ampliação dos canais de inserção política e participativa do indivíduo. O processo, por sua vez, representa instrumento para que a sociedade civil contribua e influa na definição dos rumos políticos da nação, legitimando o palco deliberativo através da participação e da influência na conformação do poder.

Na seara processual, a ampliação do debate e a majoração da participação social na conformação da decisão representa avanço necessário para a implementação de políticas públicas criminais a conformar no caso concreto a atuação do poder punitivo do Estado, dando ao sujeito ativo do evento criminoso a sensação participativa de que a pena que lhe foi designada representa não como ato de violência estatal ou mero arbítrio lógico-punitivo em razão da violação de determinada norma penal, mas efetiva participação na formação da pena que lhe será imposta.

A figura do delator, pessoa a qual em troca de benefícios penais presta declarações muitas vezes estarecedoras, é nebulosa. A nenhum profissional é dada a capacidade de se imiscuir tão profundamente nessa psiquê, desvendar as razões que o move e ter certeza da autenticidade dos dados ofertados. Dessa forma, qualquer informação útil a bem do conhecimento da verdade e ao alcance da justiça, apesar de sopesada, deve ser alinhada à ordem constitucional vigente.

⁶⁸³ Cabral, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. Op. cit., p. 453; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. Op.cit., p. 199.

Nesse viés, no processo em que o delator fornece elementos de informação, o(s) delatado(s), terceiro(s) estranho(s) à lide, não é/são convidado(s) a confrontá-los, o que justifica a coerência lógica e sistêmica disposta na lei a respeito da impossibilidade de decretação de medidas cautelares reais ou pessoais; recebimento de denúncia ou queixa-crime e/ou confecção de sentença condenatória, fundadas exclusivamente nas declarações do colaborador.⁶⁸⁴

Noutro aspecto, o interesse do delatado ao conhecimento das declarações do delator cinge-se aos elementos que lhe são inerentes, o que não revela qualquer afronta ao Princípio do Contraditório ou ao Enunciado da Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal, até mesmo porque, como consagrado no parágrafo 2º, artigo 7º da Lei 12.850/13, o acesso aos autos será restrito, assegurando-se ao defensor amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa do representado com exceção dos elementos referentes às diligências em andamento.

Nessa perspectiva, vejamos importantes julgados paradigmáticos nos quais a intimidade, a privacidade e o sigilo das informações preponderaram em detrimento do contraditório⁶⁸⁵:

Reclamação. 2. Direito Penal. 3. Delação premiada. “Operação Alba Branca”. Suposta violação à Súmula Vinculante 14. Existente. TJ/SP negou acesso à defesa ao depoimento do colaborador (...), nos termos da Lei 12.850/2013. Ocorre que o art. 7º, § 2º, do mesmo diploma legal consagra o “amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa”, ressalvados os referentes a diligências em andamento. É ônus da defesa requerer o acesso ao juiz que supervisiona as investigações. O acesso deve ser garantido caso estejam presentes dois requisitos. Um, positivo: o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente (Inq 3.983, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 3-3-2016). Outro, negativo: o ato de colaboração não deve referir-se a diligência em andamento. A defesa do reclamante postulou ao relator do processo o acesso aos atos de colaboração do investigado. 4. Direito de defesa violado. 5. Reclamação julgada procedente, confirmando a liminar deferida. [Rcl 24.116, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, j. 13-12-2016, *DJE* 28 de 13-2-2017.]

O conteúdo dos depoimentos prestados em regime de colaboração premiada está sujeito a regime de sigilo, nos termos da Lei 12.850/2013 (...). 2. O sigilo perdura, em princípio, enquanto não “(...) recebida a denúncia” (art. 7º, § 3º) e especialmente no período anterior à formal instauração de inquérito. Entretanto, instaurado formalmente o inquérito propriamente dito, o acordo de colaboração e os

⁶⁸⁴ “Quanto à prova, de acordo com os arts. 3º, inciso I; 4º, §§ 6º, 12 e 16; e 7º, caput e §3º, todos da Lei n. 12.850/2013, a palavra do colaborador, antes da sua confirmação na instrução judicial criminal, é mero meio de obtenção de prova. Visa a ser o mecanismo apto a trazer aquela prova oculta na estrutura da organização criminosa. Não há contraditório e ampla defesa na sua formação, pois o magistrado apenas a homologa e dela o delatado não participa.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 509.030/RJ, relator Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. 14/05/2019, *DJe* 30/05/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901287822&dt_publicacao=30/05/2019>. Acesso em 08 jun. 2022.

⁶⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 30 mai. 2022.

correspondentes depoimentos permanecem sob sigilo, mas com a ressalva do art. 7º, § 2º, da Lei 12.850/2013 (...). 3. Assegurado o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14, que garante ao defensor legalmente constituído (...). [Pet 6.164 AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 6-9-2016, DJE 201 de 21-9-2016.]

A postulação em causa, que tem suporte jurídico na Súmula Vinculante 14/STF, mostra-se acolhível, pois, mesmo tratando-se de procedimento em regime de sigilo, instaurado com apoio em depoimento prestado por agente colaborador na forma da Lei 12.850/2013, revela-se plenamente legítima a pretensão de acesso aos autos daquele cuja suposta participação em alegada prática delituosa constitui objeto da delação manifestada ao Ministério Público e/ou à Polícia Judiciária, cabendo ao Poder Judiciário garantir-lhe a possibilidade de conhecimento das peças (inclusive das declarações do agente colaborador) a ele referentes. Ao assim decidir, garantindo ao delatado, por intermédio de seu advogado, o direito ao pleno conhecimento dos dados informativos já formalmente incorporados aos autos, faço-o com apoio em precedentes desta Corte (...). O sistema normativo brasileiro assegura ao advogado regularmente constituído pelo indiciado (ou pelo réu) o direito de pleno acesso aos autos de persecução penal, mesmo que sujeita, em juízo ou fora dele, a regime de sigilo (necessariamente excepcional), limitando-se, no entanto, tal prerrogativa jurídica às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito ou processo judicial. [Pet 5.700, rel. min. Celso de Mello, dec. monocrática, j. 22-9-2015, DJE 190 de 24-9-2015.]

Enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito regime de sigilo. Instaurado o inquérito, “o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento” (art. 7º, § 2º). Assegurado, como assegura, o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14. [Rcl 22.009 AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 16-2-2016, DJE 95 de 12-5-2016.]

(...) a imposição legal de sigilo ao procedimento penal em que celebrado acordo de colaboração premiada não tolhe o direito do investigado (e de seu Advogado) de acesso aos elementos de informação constantes dos autos, e nestes já formalmente documentados, em face do princípio da comunhão da prova. Esse entendimento, como ninguém o ignora, tem o beneplácito do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, achando-se consagrado, inclusive, na Súmula Vinculante 14/STF (...). É que a prova penal, uma vez regularmente introduzida no procedimento persecutório, não pertence a ninguém, mas integra os autos do respectivo inquérito ou processo, constituindo, desse modo, acervo plenamente acessível a todos quantos sofram, em referido procedimento sigiloso, atos de persecução penal por parte do Estado. [HC 127.483, rel. min. Dias Toffoli, voto do min. Celso de Mello, P, j. 27-8-2015, DJE 21 de 4-2-2016.]

Por seu turno, no processo o qual terceiro se torna delatado, não há espaço apropriado para deduzir qualquer irresignação, que poderá ser manifestada futuramente, caso venha a repercutir na sua esfera jurídica. O acordo de colaboração premiada além de negócio jurídico personalíssimo, produz efeito apenas na esfera jurídica do colaborador e do Órgão Acusador. Veja-se, ademais, que assegura-se, desta forma, a celeridade processual e a duração razoável do processo, sem que terceiros estranhos à lide promovam um tumulto processual.

A esse respeito⁶⁸⁶:

O Termo de Colaboração Premiada revela natureza de negócio jurídico processual, consistindo meio de obtenção de prova cujo sigilo perdura até que sobrevenha decisão de recebimento da denúncia (art. 7º, §1º e §3º, da Lei 12.850/2013). 2. O Termo do Acordo de Colaboração, celebrado entre Ministério Público e Colaborador, não é alcançado pela regra de que ao defensor deve ser garantido o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício da ampla defesa. 3. O Termo de Colaboração Premiada, porquanto negócio jurídico processual personalíssimo, não admite impugnação de terceiros, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentada a partir do HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 04/02/2016. [Inq 4.619 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 10-9-2018, *DJE* 202 de 25-9-2018.]

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, em mais de uma ocasião (HC 127483 e PET 7074-AgR), no sentido de que o delatado não possui legitimidade para impugnar o acordo de colaboração premiada. É que seu interesse se restringe aos elementos de prova obtidos a partir dos acordos de colaboração premiada, e eventual ação penal seria o foro próprio para esta impugnação. A mudança jurisprudencial ocasional gera insegurança jurídica e reduz a confiança na jurisdição. 2. A negativa de acesso aos acordos de colaboração premiada pelo investigado delatado não afronta o enunciado de súmula vinculante 14, na medida em que não é o acordo em si que repercute na esfera jurídica do investigado, mas os elementos de prova produzidos a partir dele. E tais elementos estão nos autos, em especial, o depoimento dos colaboradores e os documentos por eles fornecidos. Após o recebimento da denúncia, se for o caso de instaurar a ação penal, o acordo será público e o investigado terá acesso a ele. [Inq 4.405 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 27-2-2018, *DJE* 64 de 5-4-2018.]

A despeito da matéria praticamente consolidada, o Ministro Gilmar Mendes reiterou seu entendimento já estabelecido no HC 151.605, ao autorizar a impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros delatados em razão de “potencial impacto à esfera de direitos de corréus delatados, quando produzidas provas ao caso concreto. Necessidade de controle e limitação a eventuais cláusulas ilegais e benefícios abusivos.”⁶⁸⁷

⁶⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 30 mai. 2022.

⁶⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 142.205/SC, relator Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 25/08/2020, *DJe* 01/10/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432836/false>>. Acesso em: 30 mai. 2022.

Falou-se, anteriormente, em contraditório participativo, em que todos os sujeitos processuais seriam convidados a participar efetivamente do processo, incluindo partes e magistrado. Já se mencionou também a crítica que surgiu quando da avença de tal instituto, acerca do comprometimento da parcialidade do magistrado perante tal função mais ativa.

De acordo com a Lei 12.850/13, com sua alteração de 2019, caberá ao juiz determinar se as declarações do colaborador são suficientes, voluntárias e aptas a ensejar o objetivo final do procedimento, que é o desmantelamento da organização criminosa da qual o delator integrava. Surgem, então, necessariamente, algumas inquietações a respeito de quais parâmetros seriam utilizados pelo magistrado para tal conclusão. Não se estaria, mais uma vez, colocando a imparcialidade do magistrado em cheque ao determinar que, de forma subjetiva – eis que a lei não menciona padrões específicos a serem seguidos -, profira decisão acerca da regularidade das informações apresentadas!? Por mais que a subjetividade seja latente, urge rememorar que o Princípio do Contraditório proporciona às partes se manifestarem dos atos praticados e confrontá-los, de modo que, a elas, partes processuais, também pertence o controle da atuação do magistrado a partir das razões externadas, na motivação que fundamenta as suas decisões. Vê-se que, a atuação do juiz fica circunscrita à tese (da acusação) e à antítese (da defesa), ou seja, à dialeticidade imposta entre esses dois pontos, de modo que, o magistrado que atua além dessas extremidades, exorbita da sua função judicante.

Além do contraditório como instrumento efetivo de ampliação do espaço público de debate, representado como verdadeiro consectário do Estado Democrático de Direito, os Princípios do Devido Processo Legal e da Fundamentação Analítica, a serem analisados a seguir, representam instrumentos necessários para a publicização do processo e a legitimação da decisão estatal, seja no âmbito do processo judicial, ou mesmo na formação geral da vontade do Estado.

4.4. Princípio do Devido Processo Legal

O Devido Processo Legal tem origem na cláusula anglo-saxônica do *due process of law*. Em sua primeira menção, o Devido Processo Legal foi denominado como *law of land* no artigo 39 da Magna Carta de 1215⁶⁸⁸. O Princípio foi exportado da Inglaterra para as colônias

⁶⁸⁸ “Trata-se da Magna Charta Libertatum, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu

americanas, que passaram a incorporá-lo em suas Constituições e, com a independência dos EUA, o Princípio foi encartado em sua Constituição em 1791, integrando a Quinta Emenda⁶⁸⁹.

Previsto em diversos ordenamentos jurídicos⁶⁹⁰, foi positivado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro apenas com a Constituição da República de 1988, consoante previsão no artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal”. Antes dessa previsão, porém, essa cláusula fundamental encontrava espaço de proteção em outros artigos correlatos, como o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional⁶⁹¹.

Embora não seja dotado de um conceito próprio a balizar e definir o seu espectro de atuação, condicionando e conformando condutas, o Princípio de Devido Processo Legal representa um marco civilizatório para o exercício da cidadania e da garantia de direitos individuais frente ao exercício do poder pelo Estado⁶⁹². Não sem medida, a garantia de um processo devido e justo e a ótica do processo como instrumento efetivo para a realização e implementação de direitos fundamentais do indivíduo são caminhos lógicos para se compreender o devido processo legal como necessário para a efetiva realização desses direitos constitucionalmente assegurados⁶⁹³. Trata-se, portanto, da denominada “dimensão negativa” do devido processo legal⁶⁹⁴. Por outro lado, para uma dimensão positiva, o processo legal

como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁶⁸⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Op.cit., p. 125-126.

⁶⁹⁰ Exemplo da Constituição do Equador, artigo 76 e na quinta emenda da Constituição norteamericana. Em alguns textos normativos, embora não haja expressa previsão da nomenclatura “devido processo legal”, ainda assim há previsão da garantia do devido processo, como, por exemplo, na Constituição italiana, ao mencionar no seu artigo 111 a garantia do *giusto processo*.

⁶⁹¹ PARIZ, Angelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁶⁹² A garantia do devido processo legal remonta sua origem na proteção do indivíduo contra abuso do poder soberano do Estado exercido de maneira abusiva. Para maiores detalhamentos sobre o tema, c.f. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p 85-88.

⁶⁹³ “Por exemplo, o princípio do devido processo legal impõe a interpretação das regras que garantem a citação e a defesa de modo a garantir protetividade efetiva aos interesses do cidadão. Embora vários dos subelementos do princípio do devido processo legal já estejam previstos pelo próprio ordenamento jurídico, o princípio do devido processo legal não é supérfluo, pois permite que cada um deles seja “relido” ou “interpretado” conforme ele... Os sobreprincípios, como, por exemplo, os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da dignidade humana e do devido processo legal, exercem importantes funções, mesmo na hipótese – bastante comum – de os seus subprincípios já estarem expressamente previstos pelo ordenamento jurídico... Na verdade, a função que os sobreprincípios exercem distintivamente é a função rearticuladora, já que eles permitem a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado. Por exemplo, o sobreprincípio do devido processo legal permite o relacionamento entre os subprincípios da ampla defesa e do contraditório com as regras de citação, de intimação, do juiz natural e da apresentação de provas, de tal sorte que cada elemento, pela relação que passa a ter com os demais em razão do sobreprincípio, recebe um significado novo, diverso daquele que teria caso fosse interpretado isoladamente.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20a. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 125-126.

⁶⁹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Op.cit., p. 44.

somente será devido quando se apresentar de maneira adequada e eficiente à proteção do direito material⁶⁹⁵.

Como já salientado, o devido processo legal carece de uma definição concreta sobre o seu conteúdo⁶⁹⁶. Não sem razão, em muitos casos, ele acaba sendo enxergado como um sobreprincípio, isto é, a partir dele emanam outros princípios, pois ele diretamente não definiria e condicionaria condutas.⁶⁹⁷

Embora não se tenha, portanto, uma definição concreta ou, mesmo ainda que se considere esse princípio como uma cláusula geral para a emanção de outros princípios, é perfeitamente possível, em abstrato, definir os contornos sobre o que representaria um processo devido, através da análise de condutas que, em tese, representariam uma ofensa.

A exemplo do exposto, sugerimos reflexões acerca do desdobramento de uma sentença condenatória a cercear a liberdade de um indivíduo sem que a ele seja conferido acesso a um processo lastreado em valores fundamentais de legalidade, igualdade e paridade de armas, com a formação de um espaço público de debate para a produção de provas. De igual sorte, ter-se-ia ofensa ao denominado processo devido caso o pleito condenatório tenha sido alicerçado em provas ilegais. Noutro viés, ainda é possível entender que o processo não se tornou devido caso se tenha formado um Tribunal de Exceção para julgamento de fatos ocorridos anteriormente à sua formação.⁶⁹⁸ Os exemplos seriam intermináveis.

Buscaremos, portanto, lastrear as origens desse princípio, sua importância prática na ordem jurídico-constitucional, seus principais contornos de definição, passando, ao final, para a defesa de um devido processo constitucional, como novo marco regulatório das relações travadas na sociedade não mais alicerçado em bases legais. Embora seja pequena e quase

⁶⁹⁵ DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p 71-73.

⁶⁹⁶ BRAGA, Paula Sarno. *A aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodium, 2008.

⁶⁹⁷ “De este modo, lo importante, desde el punto de vista constitucional debe ser el considerar si el juez con las actuaciones que le permite la ley y la jurisprudencia es suficientemente imparcial, y no ve amenazada su independencia; si la obtención y práctica de la prueba respeta las garantías fundamentales; si rige con todas las consecuencias la presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio y a no confesarse culpables; si hay garantías suficientes para defender la posición del imputado – sea como sea que el legislador decida llamarle – y si a la víctima se le coloca en una posición en la que pueda salvaguardar convenientemente sus intereses, sin que ello deba suponer, por lo menos en la mayoría de los casos, un desconocimiento del carácter público de la infracción criminal cometida.” NIEVA FENOLL, Jordi. VADELL, Llorenç Bujosa. *Nociones Preliminares de Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Atelier Libros, 2016. p. 19.

⁶⁹⁸ “(...) todo proceso penal estructurado conforme a los principios republicanos tiene una suerte de “obsesión”: evitar toda posible manipulación política del juicio y lograr que ese juicio sea verdaderamente imparcial. La legitimidad social que procura el juicio penal se basa esencialmente en la imparcialidad. Un juicio que está bajo la sospecha de parcialidade, pierde toda legitimidade y vuelve inútil todo el “trabajo” que se toma el Estado para evitar el uso directo de la fuerza y la aparición de la venganza particular. Nunca se debe olvidar que el proceso penal constituye la legitimación de una decisión de fuerza; en otras palabras, se busca que la decisión de fuerza que toma el Estado sea percibida por los ciudadanos como un acto de poder legítimo”. BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. 2. ed. ac. y ampliada. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999. p. 141.

imperceptível a diferença terminológica, traz concreta e profunda definição do devido processo com suas raízes na Constituição e não apenas na lei.

A importância do devido processo legal está diretamente relacionada ao avanço da jurisdição constitucional, ganhando ainda mais relevo no pós-Segunda Guerra Mundial. Nesse momento, por conta das mazelas perpetradas pelos regimes totalitários, lastreados em bases positivistas, o devido processo ganha novos contornos, sobretudo em razão da necessidade de se fundamentar a conduta do Estado em bases jusnaturalistas, através da incorporação da ética e da moral no ordenamento jurídico, não se mostrando mais suficiente o Estado de Direito puramente alicerçado na letra fria da lei.

Nesse cenário, surge uma nova modelagem do Estado em decorrência da nova visão da função jurisdicional, dando-se ênfase a novos remédios de garantia e proteção dos direitos fundamentais⁶⁹⁹, tendo como primado a Constituição a irradiar por todo o ordenamento jurídico seus valores, servindo não apenas como fundamento estruturante do sistema jurídico, mas também como diretriz conformadora de conduta a balizar e orientar a atuação do Estado. Essa nova visão da jurisdição, alicerçada sobre as bases constitucionais e impregnadas de valores abstratos e principiológicos, atribui relevo ao devido processo legal como valor estruturante para a conformação de um processo justo, apraz com o ordenamento jurídico nacional e internacional⁷⁰⁰.

Em análise sobre a jurisdição constitucional, Claudio Roberto Pieruccetti Marques assim destacou:

Diante disso, duas conclusões podem ser inferidas. A primeira é a de que se a Constituição é a norma matriz, todos os demais ramos do direito, inclusive o direito processual, a ela se vinculam. De acordo com expressão utilizada pela doutrina que se debruça sobre o estudo do direito processual constitucional, 'se o ordenamento jurídico fosse uma árvore, o direito constitucional seria o tronco e o processo civil seria um ramo ou galho dessa árvore'. E a segunda é a de que a legislação infraconstitucional processual deverá ser formatada de modo a garantir a concreção dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, sem contudo tomar algum desvio que possa desnaturar as diretrizes do sistema. (...) modernamente, a jurisdição constitucional é a função exercida para a proteção e para a manutenção da supremacia constitucional." (...) "a tutela é dirigida fundamentalmente contra as ações consideradas como contrárias à Constituição e que se qualificam como inconstitucionais, nas quais tem lugar, inclusive, a criatividade do juiz, desde que direcionada à concreção dos valores protegidos constitucionalmente."⁷⁰¹

⁶⁹⁹ PIERUCETTI MARQUES, Claudio Roberto. A moderna jurisdição constitucional e o princípio do devido processo legal. In: *Processo Constitucional*. FUX, Luiz. 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 225.

⁷⁰⁰ Na defesa de uma reformulação na Teoria geral do processo, José Herval Sampaio Júnior destaca o que ele chamou de 'revolução em todos os conceitos básicos' do processo, notadamente em razão da impregnação de valores constitucionais no direito processual. PIERUCETTI MARQUES, Claudio Roberto. *Ibidem*, p. 225.

⁷⁰¹ *Idem*. p. 231.

Diante dessa nova roupagem atribuída à função jurisdicional, o papel do aplicador do direito, sobretudo do magistrado, na formação da norma aplicada ao caso concreto, bem como dos demais atores sociais intérpretes da Constituição, direciona-se cada vez mais a uma postura ativa na implementação de direitos fundamentais e na proteção de valores essenciais consagrados constitucionalmente.

Não se aceita, portanto, a antiga visão do juiz como mero aplicador da lei, mas se defende a sua postura criativa e pragmática na resolução das questões postas à sua apreciação. Para tanto, o devido processo passa a ocupar lugar de moldura da conduta do aplicador do direito, pois, como se passará a expor, embora haja a previsão ao caso concreto de determinada regra ou princípio, ou mesmo em situações lacunosas do direito, através da cláusula geral do devido processo, o intérprete encontra guarida para a sua atuação, balizando no caso concreto qual a melhor solução a ser conformada e aplicada.

Imperioso asseverar que a própria nomenclatura atribuída à cláusula geral do devido processo, a saber, “devido processo legal”, perde fundamento nessa nova estrutura normativa alicerçada na Constituição. Com efeito, melhor seria a afirmação de que se está diante de um “devido processo constitucional”.

A preocupação do legislador quando da formulação do Novo Código de Processo Civil em reafirmar as bases constitucionais do processo pode ser aferida a partir da previsão no artigo inaugural do diploma processual civil. Embora não haja disposição semelhante no Código de Processo Penal, não se pode cogitar que, de igual modo, o processo penal não tenha bases fundantes na Constituição da República.

Diz-se, com isso, que o devido processo constitucional é aquele que desloca sua preocupação às garantias constitucionais do processo⁷⁰² atento à isonomia entre as partes; dota de equilíbrio as partes envolvidas; ao contraditório; fornecendo aos atores do processo instrumentos para a informação dos atos processuais praticados; possibilitando-lhes ferramentas procedimentais para a reação e influência na formação da decisão final; ao prazo razoável de duração do processo, não sendo crível aceitar processos intermináveis que frequentam o acervo das serventias judiciais.

Da mesma forma, um processo constitucional devido está frequentemente atento à segurança jurídica da decisão, evitando-se decisões teratológicas e lastreadas através de decisionismos, sem que as partes tenham referências de precedentes em decisões aplicadas a casos semelhantes. Por fim, e ainda sem esgotar o tema, considera-se em perfeita harmonia

⁷⁰² Idem.

com o devido processo constitucional a garantia do juiz natural, de previsão da existência *ex ante* de tribunal competente para apreciação da questão posta em juízo.

O avanço da jurisdição constitucional através do reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, com aumento cada vez mais frequente da atuação proativa do Judiciário, bem como o reconhecimento da atuação de novos atores no papel de interpretação e aplicação da Constituição, alicerçados em bases garantistas do processo, permitiu um campo fértil para a atuação do devido processo intimamente relacionado às suas bases de validade. Inaceitável, portanto, cogitar-se de um processo que se afaste das garantias constitucionais, devido e constitucional, sob pena de transfigurar-se em um mero complexo concatenado de atos procedimentais, sem alma, sem espírito.

Objetivando atribuir ao princípio contornos mais concretos, parte significativa da doutrina costuma diferenciar o devido processo legal em devido processo legal substantivo e devido processo legal procedimental.

De um lado, com maior aceitação aos países filiados ao *civil law*, o devido processo legal procedimental corresponde à tutela processual, não apenas incidindo no espaço público do processo, mas sendo observado também nas esferas legislativas e administrativas⁷⁰³⁻⁷⁰⁴. Nessa perspectiva, o devido processo legal procedimental significa a influência das garantias constitucionais no âmbito processual⁷⁰⁵, devendo ser a “mola-mestra” de atuação estatal em

⁷⁰³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Op.cit., p. 49-51.

⁷⁰⁴ “... a constitucionalização do Direito submeteu também a atividade sancionatória da Administração Pública – e especialmente ela – aos princípios e regras constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito. Uma das principais consequências desse fenômeno foi a substituição do ato pelo processo como principal categoria operativa da dogmática administrativa. Se antes o processo era visto como mera sequência lógica de atos administrativos, anterior à prolação de uma decisão final, hoje ele adquire papel renovado, convolvando-se, ao mesmo tempo, em: (i) instrumento para o desenvolvimento e concretização da atividade administrativa em suas múltiplas manifestações; e (ii) veículo de realização das finalidades constitucionais e legais. A realização do projeto do Estado Democrático de Direito e de um Direito Administrativo constitucionalizado está intrinsecamente conectada ao mandamento da processualização da atividade administrativa. Mormente quando o processo envolver a possibilidade de sanção. A Constituição de 1988 refletiu essa tendência ao elevar o processo administrativo à condição de garantia fundamental dos administrados, na esteira do que dispõem os inc. LIV e LV do art. 5º da CF/1988 – sede positiva do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. O devido processo legal assegura aos administrados garantia de conteúdo dúplice. Ao ângulo formal, o dispositivo informa os deveres do administrador e correlatos direitos aos administrados na condução do processo, especialmente no que se refere à lisura, imparcialidade, paridade de armas entre os litigantes, segurança jurídica, contraditório, ampla e prévia defesa. Sob o ângulo material, o *due process of law* remete aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que servem de parâmetro substantivo para o controle da juridicidade dos atos do Poder Público.” BINENBOJM, Gustavo. *O direito administrativo sancionador e o estudo constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis*. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, 2014. p. 480-481. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI3Mg%2C%2C>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁷⁰⁵ “O procedimentalismo nega que a legitimidade da jurisdição constitucional esteja na tutela do conteúdo material dos direitos fundamentais. Caberia, à jurisdição, apenas corrigir eventuais desvios no processo de representação popular, para assegurar a efetiva participação do povo no poder e a participação política das minorias. Nega que a legitimidade da jurisdição esteja na análise dos conteúdos substanciais das normas infraconstitucionais, pretensamente subjacentes à Constituição. O procedimentalismo, também, critica o que

todos os seus âmbitos de aplicação, em especial em qualquer espaço em que o poder soberano seja exercido para conformar, delimitar, restringir, proibir condutas, impactar a vida e a liberdade do indivíduo.

Na outra esfera, tem-se o denominado devido processo legal substantivo⁷⁰⁶, com espaço de maior aceitação no âmbito do sistema jurídico da *common law*.⁷⁰⁷⁻⁷⁰⁸ Trata-se, portanto, de uma fonte geral e abstrata de proteção das liberdades individuais frente às ações estatais.⁷⁰⁹⁻⁷¹⁰

Comumente se atribui ao devido processo legal substantivo a responsabilidade de ser fundamento de validade dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade⁷¹¹⁻⁷¹². No

denomina de gigantismo ou politização do Poder Judiciário. A invasão da sociedade pelo Judiciário, ou a não resistência à tentação de interpretar o direito mediante a introdução de juízos morais, comprometeria a sua imparcialidade, além de debilitar a democracia representativa. Por isto, a jurisdição constitucional deveria se limitar à tarefa de compreensão procedimental da Constituição. Seu papel ficaria restrito à proteção do processo de criação democrática do direito, assegurando as garantias para que os cidadãos dispusessem dos meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e a forma de uma solução.” CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesso legal*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 283.

⁷⁰⁶ “Nos EUA, desenvolveu-se a dimensão substancial do devido processo legal. Um processo devido não é apenas aqueles em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas.” DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 45.

⁷⁰⁷ FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

⁷⁰⁸ “... os tribunais americanos aplicaram o devido processo legal para examinar a razoabilidade e a racionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público a ponto de impedir sua vigência se evidenciada qualquer arbitrariedade, ou seja, quando não forem consentâneos com a *law of the land* ou com o substantive *due process*. Isso quer dizer que o Judiciário pode fulminar leis e atos administrativos que carecerem de uma justificação racional e que não estejam devidamente fundamentados em uma real necessidade.” CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Op. cit., p. 126.

⁷⁰⁹ “Para evitar resultados equivocados, porque em direito não basta a solução ôntica, sendo imprescindível a análise do caso concreto, todo órgão judicial, valendo-se da garantia do devido processo legal em sentido substantivo ou do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, deve proceder ao controle incidental da constitucionalidade. Nesse contexto, pode considerar inconstitucional uma lei com fundamento na proibição do excesso, quando um direito fundamental estiver sendo excessivamente restringido... Também é possível considerar uma lei inconstitucional quando violar a proibição de insuficiência e isso se dá quando um direito fundamental for insuficientemente protegido... Além disso, o direito fundamental pode ser protegido com fundamento na cláusula de proibição de retrocesso social.” CAMBI, Eduardo. *Ibidem*, p. 227.

⁷¹⁰ “Como se sabe, essa expressão cobre, no direito norte-americano contemporâneo duas ordens de direito. Uma exatamente compreende as garantias processuais, inclusive penais, que acima se enumeraram, ou pelo menos grande parte delas. É o chamado devido processo legal processual que, aliás, primeiro se desenvolveu. Por outro lado, abrange um aspecto substancial – o devido processo legal substancial – que alcança a razoabilidade, a justiça da norma. Com base neste, o juiz exerce um verdadeiro controle sobre o conteúdo da norma que vai aplicar. E, como o devido processo legal está inscrito no direito constitucional americano, alegando violação desse princípio o tribunal pode declarar inconstitucional a norma, com a consequência de a considerar nula e de nenhum efeito. A qual desses aspectos do *due process of law* remete o citado art. 5º, LIV? Seguramente não ao aspecto processual, pois este já está explícito no texto da Carta Magna. Daí decorre o entendimento já manifestado, embora timidamente, de que o art. 5º LIV, da Constituição, autoriza o juiz a ponderar a razoabilidade de norma, pelo menos quando relativa à privação da liberdade ou de bens.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 13a. ed. Disponível em: <<https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/39519/6941-Manoel-Gonalves-Ferreira-Filho-Direitos-Humanos-Fundamentais.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2022. p. 150-151.

⁷¹¹ “Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas

entanto, a bem da verdade e atentado por Humberto Ávila, os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade encontram seu fundamento de validade nos Princípios da Legalidade⁷¹³ e da Liberdade.

Noutro giro, a proporcionalidade, sustentada pelo tripé adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, são alicerces na constituição de princípios no ordenamento jurídico⁷¹⁴. Vejamos.

O Princípio da Liberdade determina que as ações estatais restritivas de condutas individuais devem ser adequadas, necessárias e proporcionais ao fim a que objetivam⁷¹⁵. No que tange à igualdade, exige-se que a diferenciação entre dois sujeitos em determinada situação tenha uma finalidade específica, que o critério adotado a justificar a conduta diferenciadora seja ponderado, de modo que, “o dever de razoabilidade não está fora da igualdade, mas dentro do seu próprio conteúdo normativo”⁷¹⁶.

Nessa linha, Humberto Ávila apresenta que:

(...) o uso da expressão ‘devido processo legal substancial’, como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do ‘devido processo legal’ é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao ‘devido processo legal’, quando o seu fundamento reside na posituação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades

ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais. O controlo da insuficiência pressupõe a verificação “se a proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se os bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados” (Canaris). É neste contexto que se discute, por exemplo se a protecção do feto – protecção da vida – exige criminalização da interrupção da gravidez ou se o livre-desenvolvimento da personalidade dos jovens impõe a criminalização do trabalho infantil (cfr. Art. 69. §3º)”. Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2003. p. 273 *apud* CAPPELLETTI, Célia Regina; VIDAL, Pedro Walter Guimarães Tang. *Direitos sociais e sua efetivação: uma Análise a Partir dos Princípios da Proporcionalidade e da Proibição do Retrocesso Social*. In: *Direito em Debate*, Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, ano XXV nº 45, jan.-jun. 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5873/5017>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁷¹² “Ao lado da metódica constitucional e das perguntas de controle de constitucionalidade de medidas públicas a partir do princípio da igualdade, José Joaquim Gomes Canotilho identifica no Princípio da Proporcionalidade um reforço de fundamentação e controle de excesso de restrição de direitos fundamentais. Desta forma, deve o intérprete identificar a análise da legitimidade do fim do tratamento desigualitário, a adequação e a necessidade deste tratamento para consecução deste fim e a proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos. O autor visa, com a Metódica e o Princípio da Proporcionalidade, em suma, a identificar se o tratamento desigual é adequado e exigível para alcançar um determinado fim e se este fim é tão importante que possa justificar uma desigualdade de tratamento em sentido normativo.” *Ibidem*.

⁷¹³ “A exigência da lei é, por si só, instrumento de segurança jurídica, porque, ao demandar normas gerais e abstratas, dirigidas a um número indeterminado de pessoas e de situações, contribui, de um lado, para afastar a surpresa decorrente tanto da inexistência de normas escritas e públicas quanto do decisionismo e das decisões circunstanciais *ad hoc*; de outro, favorece a estabilidade do Direito, porque somente graças a determinados procedimentos é que a legislação vigente pode ser modificada. A exigência da legalidade, além de favorecer o ideal de participação democrática, ainda privilegia aos governados tranquilidade, confiança e certeza quanto à tributação.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 5a. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 253.

⁷¹⁴ ÁVILA, Humberto. *O que é "devido processo legal"?* In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 163, set. 2008.

⁷¹⁵ *Idem*.

⁷¹⁶ *Ibidem*.

estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão ‘devido processo legal substancial’ para representá-los; em terceiro lugar, porque o ‘devido processo legal substancial’, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no ‘devido processo legal procedimental’, quando, como será visto, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou justo.⁷¹⁷

A par disso, conclui-se que a cláusula do devido processo legal, prevista na Constituição da República, deve ser lida apenas no que se convencionou chamar de “devido processo legal procedimental”⁷¹⁸.

O legislador, no afã de dissipar qualquer dúvida em relação à existência de um direito à proteção de direitos, resolveu, através da consagração na Carta Magna, explicitar o direito a um processo adequado ou justo, assim, a expressão composta de três partes fica plena de significação: deve haver um processo, ele deve ser justo e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais⁷¹⁹.

O devido processo procedimental não possui uma definição precisa acerca do seu conteúdo, trata-se, pois, de uma garantia de aplicação e reconhecimento de direitos fundamentais no âmbito processual ou de formação da vontade estatal. Permite-se inferir que o Princípio do Devido Processo se estabelece como um princípio regulador pelo qual o intérprete realiza ponderação de todos os princípios que integram a sua estrutura.⁷²⁰

Atente-se, desta maneira, que o devido processo mostra-se como a balança a ser utilizada para a maior restrição a um determinado princípio quando comparado com outro, efetivando-se a técnica de ponderação para a maior conformação dos princípios uma vez colidentes em determinado caso.

⁷¹⁷ ÁVILA, Humberto. *O que é "devido processo legal"?* Op. cit., p. 56.

⁷¹⁸ “Há o devido processo legal formal ou procedimental, cujo conteúdo é composto pelas garantias processuais que vimos no item precedente: direito ao contraditório, ao juiz natural, a um processo com duração razoável etc. trata-se da dimensão mais conhecida do devido processo legal.” DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 45.

⁷¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Ibidem*.

⁷²⁰ “Finalmente, é preciso frisar a relação entre as dimensões formal e substancial do devido processo legal. Não se deve fazer uma contraposição entre essas dimensões do devido processo legal... é oportuno citar o pensamento de Humberto Ávila no particular: “Como são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que irão definir, ao lado de outros critérios, o que é um processo adequado ou justo, é equivocado afirmar que há um ‘devido processo legal procedimental’, entendido como o direito a um processo adequado ou justo, separado do ‘devido processo legal substancial’, compreendido como exigência de proporcionalidade e de razoabilidade”.” DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ibidem*, p. 48.

Em uma análise mais prática acerca da incidência do devido processo constitucional, passa-se a considerar alguns temas de contemporânea repercussão⁷²¹, agora sob o influxo do Direito Processual Penal.⁷²²⁻⁷²³⁻⁷²⁴

A Constituição da República impõe o dever do processo como remédio para combater violações desproporcionais ou desarrazoadas aos direitos fundamentais do indivíduo, não sem razão, o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal encontra seu fundamento de validade no âmbito da persecução penal.

No entanto, recentemente, as alterações promovidas através da Resolução 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e dispostas no artigo 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 13.964/2019, permite ao Ministério Público, nos casos em que não houver arquivamento e tendo o investigado confessado formalmente a prática da infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos,

⁷²¹ O presente trabalho dedica-se apenas a inaugurar um debate sobre alguns temas relevantes, sem adentar com profundidade, exatamente pela ausência de espaço próprio para isso, o que não se afasta a possibilidade de novos ensaios sobre os temas, por meio de uma percepção mais detalhada e crítica.

⁷²² “O devido processo penal nada mais é do que a vertente no processo penal do princípio do devido processo legal inserto em nossa Constituição. Há diversas garantias decorrentes do devido processo aplicáveis tanto ao âmbito cível quanto ao âmbito penal, como, por exemplo, o acesso à justiça, o juiz natural, a imparcialidade, a plenitude de defesa, a publicidade dos atos, entre outros. Contudo, no âmbito do processo penal, o devido processo possui três postulados essenciais: a impossibilidade da pretensão persecutória caso não tenha ocorrido um fato típico, antijurídico e culpável; a prévia existência da previsão da sanção criminal para o fato específico e; a impossibilidade de uma medida satisfativa de punição antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.” NOBREGA, Rafael Estrela. Caminhos do Processo Penal cooperativo. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. DINAMARCO, Candido Rangel; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FUX, Luiz. (coord.). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019. p. 897.

⁷²³ “Assim, a questão não mais pode se restringir à consagração de um processo penal de partes, com tratamento igualitário, onde o réu seja verdadeiro sujeito de direito e não mero objeto de investigação. O devido processo legal não pode ser resumido à consagração do princípio do juiz natural, à vedação das provas ilícitas, ou mesmo à impropriamente chamada presunção de inocência. Tudo isso é muito importante, mas já foi conquistado, restando tão somente consolidar. Agora, queremos mais do devido processo legal, até mesmo porque aquelas matérias mereceram consagração específica na Constituição de 1988, o que denota que o princípio que ora nos ocupa tem campo de incidência mais abrangente, campo mais fértil. Entendemos que o devido processo legal está vinculado diretamente à depuração do sistema acusatório, mormente quando conjugado com a regra do art. 129, Inc. I, do novo texto constitucional, bem como as demais normas que sistematizam e asseguram a independência do Poder Judiciário, em prol de sua imparcialidade e neutralidade na prestação jurisdicional e aquelas outras que, igualmente, tutelam a autonomia e independência funcional dos órgãos do Ministério Público. A figura do réu encontra guarida especial na nova Constituição, assim como a importante atividade profissional do advogado, que deve gozar de total liberdade de atuação, somente limitada pelas normas jurídicas específicas e pelos princípios éticos...” JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Op.cit., p. 330.

⁷²⁴ “Desde baixo, o devido processo penal é sustentado pelo acusatório como esquema de processo: acusação e defesa em igualdade e uma sentença proferida após esses momentos e da prova. Ou seja, de todas as garantias que sustentam o trabalho da verdadeira defesa em juízo, até chegar à sentença. Por outro lado, a “potestade repressiva do Estado” vê-se traduzida em um momento pontual “a acusação”, com a conseqüente produção probatória. Mas para cima do esquema, também o devido processo se reflete novamente. Isto é assim porque em todas as fases do processo penal, estes elementos e pautas fundamentais do devido processo (seu verdadeiro conteúdo essencial) tem que se reproduzir de alguma maneira.” BANOS, Javier Ignacio; MIRANDA JUNIOR, Joaquim José. *Sistema de Garantias Constitucionais no Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Edições Superiores, 2017. p. 213-214.

propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime.

Nesse caso, o Ministério Público deixa de ser obrigado a oferecer a denúncia, podendo diretamente com o acusado e seu defensor fugir dos contornos do processo, através da celebração de acordo a ser homologado judicialmente. A figura do juiz fica jungida à verificação da voluntariedade do acordo e aferição dos seus termos, no que tange à suficiência, adequação e não abusividade.

Não se pretende debater a validade ou a constitucionalidade do acordo de não persecução penal. No entanto, é certo que pelas novas conformações do Processo Penal, torna-se cada vez mais premente a reformulação das bases do devido processo. A obrigatoriedade da ação penal pública cede espaço, nas hipóteses em que for possível, à realização de acordo de não persecução penal.

Não bastassem tais alterações, a ampliação do espaço de negociação na Justiça Penal faz surgir algumas reflexões a respeito do incremento da atuação da defesa do acusado no âmbito da fase investigativa, como medida capaz de mitigar a desigualdade entre os sujeitos processuais. Alude-se, até mesmo, à aplicação de uma investigação defensiva, quer dizer, a participação ativa e constante da defesa do acusado no âmbito da investigação preliminar como instrumento para a formação e reunião de elementos de convicção a ele favoráveis, objetivando maior campo de barganha na elaboração de acordos penais.

Além disso, em recente decisão, proferida nos autos da ADPF 347, quando do julgamento da medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o que se denominou de “estado de coisas inconstitucional” quando promoveu a análise sobre a atual conjuntura do sistema carcerário brasileiro e se concluiu a respeito da constante violação aos direitos fundamentais do preso no tocante à sua dignidade, higidez física e integridade psíquica.

Embora a matéria esteja afeta ao âmbito da política pública e social delineadas pelos órgãos democraticamente eleitos, a ser orientada pela atuação da gestão pública de recursos e direcionamento de prioridades de atenção política, o Poder Judiciário não se desincumbiu do seu papel fundamental de resguardar os direitos fundamentalmente assegurados pela Carta da República.

Nesse contexto, a cláusula geral do devido processo se presta não apenas como mecanismo de defesa frente ao arbítrio do Estado mas também à tutela instrumental de direitos sociais e individuais fundamentais.

A teor da disposição contida no artigo 5º, inciso LIV da Constituição da República de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, infere-

se que o constituinte descreveu o devido processo legal como instrumento necessário para a privação da liberdade ou da propriedade do indivíduo. No entanto, diversos outros valores constitucionalmente relevantes também atraem a aplicação da cláusula geral do devido processo quando a atuação do Estado macular a privacidade do indivíduo ou mesmo lhe impuser, ainda que sem a privação, restrições ao exercício pleno dos seus bens. Nesse caso, o processo como espaço público de debate, lastreado no contraditório e no dever de fundamentação, mostra-se ferramenta imprescindível a legitimar a atividade estatal.

Diante desse contexto, de um devido processo constitucionalmente concebido, alicerçado como remédio para máxima valorização de direitos fundamentais do indivíduo⁷²⁵, a colaboração premiada desafia essas premissas.

Precipualemente porque as informações e provas que fundamentarão a investigação do delatado foram obtidas de outro ser humano, passível de raiva, frustração e algumas vezes movido pela vingança. Sentimentos hostis dos quais a probabilidade de convergir qualquer valor fundamental positivo dificilmente se espera. Como admitir o conhecimento da verdade a partir de declarações fundadas nos sentimentos mais infensos, a deflagração de uma ação penal calcada em preceitos que fogem do senso de justiça ou a condenação baseada em declarações duvidosas!? Inevitavelmente perpassamos pelos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade e, diante do sopesamento dos bens em conflito, prepondera a efetivação da justiça quando promove o desmantelamento e a ruína das grandes organizações criminosas, em prol de uma sociedade mais livre. Todas essas nuances deverão ser sopesadas pelo magistrado ao analisar a validade e a efetividade desses elementos de informação colhidos do delator, para então decidir pela homologação ou não do acordo.

O novel instituto também reforça uma alteração do paradigma da obrigatoriedade da ação penal, o que poderia configurar o distanciamento em relação ao Princípio do Devido Processo Legal propriamente dito. Em que pese, nesses casos, a ação já tenha sido iniciada,

⁷²⁵ “O processo penal é ilegítimo se estas formas não são cumpridas em alguma de suas distintas etapas (IPP, julgamento, impugnação e execução). É ilegítimo se não responde aos parâmetros do sistema acusatório: julgamento oral, público, contínuo e contraditório que garanta o princípio de imediação, ou seja, que o juiz e as partes devem estar presentes enquanto se produz a prova. O processo penal é também ilegítimo quando se violam alguns princípios fundamentais que garantem os textos constitucionais (e os tratados) e de cujo cumprimento depende em certa medida o postulado acusatório... O processo penal é ilegítimo quando não se dá ao imputado “o tratamento de inocente”, quando não se respeita a “*in dubio pro reo*”, o “*onus probandi*”, a defesa em juízo, o “princípio da congruência, o “direito a ser ouvido”, a “igualdade de armas”, o princípio da “interpretação restritiva”, a “*reformatio in pejus*”, a “duplo grau de jurisdição”, o “*non bis in idem*” ou alguma de todas as consequências que surgem de aplicar corretamente o aludido “princípio da presunção de inocência”... E finalmente, o processo penal se torna novamente ilegítimo quando se desconhece o princípio de justiça que deve estar intrínseco em todo processo penal e segundo o qual, a determinação da verdade no julgamento é uma de suas premissas fundamentais.” BANOS, Javier Ignacio; MIRANDA JUNIOR, Joaquim José. Op. cit., p. 215-216.

prevê-se o seu encerramento de forma mais simples e célere, assim como os acordos decorrentes de uma transação penal comum. Mais uma vez, os vetores razoabilidade e proporcionalidade se mostram convenientes, diante do contexto de uma criminalidade crescente cada vez mais hermética.

4.5. Princípio da legalidade

O Princípio da Legalidade foi consagrado pela primeira vez nas Constituições dos Estados Americanos de Virginia e Maryland em 1776. Passou a ser previsto na Constituição Americana em 1787 e na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Em se tratando de legislações penais, a primeira previsão foi sedimentada pelo Código Penal da Bavária em 1813, na Prússia no ano de 1851 e na Alemanha em 1871⁷²⁶.

Incorporado pelo direito pátrio desde a Constituição do Império, em 1824, cujo artigo 179, inciso I determinava que “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei”, volta-se às relações estabelecidas entre particulares. Com ressalvas à Constituição de 1937, todas as demais insculpiram o Princípio da Legalidade em seu texto, no entanto, foi a partir da Constituição Cidadã de 1988 que o Princípio da Legalidade foi erigido a direito e garantia fundamental individual com assento no artigo 5º, inciso II, concebendo-se a liberdade para todos, livres para atuar da forma como pretendessem, salvaguardada as restrições legais definidas em sentido contrário.⁷²⁷⁻⁷²⁸

Noutra ótica, a Constituição de 1988 inovou ao introduzir um capítulo específico dedicado à Administração Pública. Os princípios a que são submetidos a Administração Pública passaram a ser dispostos no artigo 37, dentre eles, o da Legalidade, sob um viés de

⁷²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal* - parte geral. 4a. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 20.

⁷²⁷ “Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e legalidade. Dele se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 236.

⁷²⁸ “Quando o preceito constitucional determina que ninguém “será obrigado”, a não ser por meio de lei, dá a entender, à primeira vista, alcançar apenas a imposição de obrigações, silenciando no que se refere à concessão de direitos. Contudo, não é assim que se passa. Também os direitos necessitam estar contemplados em lei. Seja direito ou dever, só mesmo por meio de lei é que se admite a sua formação legítima. Até porque os direitos são, na realidade, o reverso dos deveres correlatos impostos. Ou, o que dá no mesmo, qualquer direito remete diretamente a um dever, qual seja, o dever de cada indivíduo pertencente à coletividade de observar e respeitar aquele direito individual sufragado legalmente. Não há, pois, direito sem dever correlato.” TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 429.

vinculação à lei, já que a Administração Pública só poderia fazer o que a lei permitisse, rompendo-se com os dogmas de um Estado de Direito Liberal. Corolário disso, são as demais disposições constitucionais que preveem a sua aplicação, a teor do artigo 5º, inciso XXXIX, no qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” a qual nos ateremos em matéria criminal.

Inegavelmente, após anos de regime de ditadura militar e supressão de direitos individuais, o Princípio da Reserva Legal ou da Estrita Legalidade, foi erigido à garantia contra eventuais excessos cometidos pelo Estado, principalmente em seu *ius puniendi*⁷²⁹, tornando-se um dos pilares do Direito Penal brasileiro.⁷³⁰ Se de um lado os atos criminosos podem e devem ser coibidos com rigor, de outro delimitava-se a atuação estatal, conduzida por uma exposição fática clara e bem delimitada, com sanções pré-definidas, afastando-se qualquer arbitrariedade não tolerada por um Estado Democrático de Direito.⁷³¹

Não sendo ninguém obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, restaria vedado à Administração impor deveres, aplicar penalidades ou conceder direitos sem previsão legal. Atribui-se, portanto, ao legislador a função definir os atos criminosos e as penas correspondentes por meio exclusivo da lei.

Toda regra jurídica formalizada, a qual interfira de algum modo na esfera jurídica individual e imponha qualquer medida restritiva de direito, deve ser veiculada sob o escopo de lei, clara e precisa, na definição da conduta proibitiva e sua responsabilização, consolidando-se a segurança jurídica aos indivíduos e extirpando qualquer dúvida quanto ao fato tipificado.

A devem ser desestimulados, dada a carga de subjetividade a que se exige do aplicador do direito na sua interpretação, o que não se espera de um modelo de tipificação penal e de uma justiça controlável por todo o corpo social.⁷³²

⁷²⁹ “O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual do moderno Estado Democrático de Direito porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravação de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas, e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais.” SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 20.

⁷³⁰ “O dispositivo contém uma reserva absoluta de lei formal, que exclui a possibilidade de o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e de estabelecer as penas. Demais, a definição legal do crime e a previsão da pena não podem preceder o fato tido como delituoso. Sem lei que o tenha feito não há crime nem pena.” SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 429

⁷³¹ “A lei não é, para o afetado, apenas o fundamento de sua condenação, mas também a proteção contra o excesso, a garantia da proporcionalidade e do controle.” HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. p. 268.

⁷³² “O Estado moderno exige que o Poder Legislativo seja exercido com uma técnica que não se exprima somente por cláusulas gerais, mas, também, com intervenções precisas, de tipo regulamentar. Se assim não fosse, o Poder Judiciário poderia decidir arbitrariamente o caso concreto, de acordo com opiniões subjetivas. O princípio de legalidade, isto é, o princípio do respeito às normas de uma sociedade que se transforma em relação às decisões tomadas pelo povo, não encontraria atuação; a sorte do país estaria exclusivamente nas mãos do juiz,

O Princípio da Legalidade possui três fundamentos: a) político, uma vez que vincula os Poderes Executivo e Judiciário à legislação imposta, impedindo a sua atuação arbitrária; b) democrático, eis que concretiza os fundamentos e objetivos de um Estado Democrático quando determina que a competência para elaboração das leis que nortearão a sociedade deverão ser formuladas pelos representantes eleitos pelo povo; e c) jurídico, de modo que a lei anteriormente prevista de forma clara possui caráter intimidativo acerca da ação ali proposta.

Por seu turno, apresenta-se sob quatro fórmulas: I) *lex praevia* (lei anterior), a lei deve ser anterior ao fato para que esse possa ser considerado crime, sendo que a única possibilidade de retroatividade da lei penal se apresenta quando benéfica ao réu; II) *lex scripta* (lei escrita), excluindo-se o costume como fundamento de criminalização e de punição de condutas, em razão da carga subjetividade que se coloca nas mãos do magistrado; III) *lex stricta* (lei estrita), não sendo permitida a aplicação da analogia para criar tipo incriminador, fundamentar ou agravar pena; (IV) *lex certa* (lei certa), a lei deve apresentar o fato definido como crime da forma mais clara e precisa possível, evitando-se a alegação de dúvida acerca da ilicitude do comportamento cometido.⁷³³

Um dos requisitos necessários para o estabelecimento do Princípio da Legalidade dentro de um Estado Democrático de Direito é a legitimidade da origem da lei, emanada, em regra, do Poder Legislativo, e sob a observância do procedimento descrito na Constituição Federal⁷³⁴.

Há muito a colaboração premiada fomenta debates fervorosos. Não bastasse a doutrina e a jurisprudência, a sociedade, bombardeada pela categoria midiática, recebe toda gama de informações muitas vezes infundadas e destituídas de qualquer respaldo técnico. Inevitavelmente fomentam-se questionamentos legítimos a respeito da aplicação de penas longínquas a criminosos que profanam grosseiramente o patrimônio público, mas sob um regime de cumprimento de pena atenuado, como da prisão domiciliar.

Embora, admita-se, essa tenha sido uma realidade no direito pátrio, a Lei 13.964/2019 veio corrigir uma lacuna legislativa que, nos tempos originais da aplicação da colaboração

que, além de tudo, não é eleito, mas é vencedor de um concurso por exames.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007. p. 42.

⁷³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 21-24.

⁷³⁴ “Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.” SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 420.

premiada, favorecia a criação ou o ajustamento de penas e modalidades de regime de cumprimento à escolha do Ministério Público, da Defesa e até mesmo do Juiz.

Atualmente, e em total consonância ao Princípio da Legalidade, o acordo de colaboração premiada é dirigido ao juiz⁷³⁵ para que analise, em especial, a adequação dos benefícios pactuados àqueles expressamente dispostos exaustivamente na Lei 12.850/13, implicando em nulidade as cláusulas violadoras do critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena à luz do estabelecido no artigo 33 do Código Penal, das regras de cada um dos regimes previstos naquele e na Lei de Execução Penal, assim como da própria Lei de Organização Criminosa. Desse modo, o Princípio da Legalidade permite ao juiz controlar os termos do acordo de colaboração premiada.

4.6. Princípio da fundamentação analítica

O dever de fundamentação das decisões judiciais encontra-se estampado no artigo 93, inciso IX da Constituição da República.

Na mesma linha, o artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil determina as hipóteses em que a decisão judicial não será considerada fundamentada⁷³⁶ e em recente alteração promovida no Código de Processo Penal, os artigos 315⁷³⁷ e 564, inciso V⁷³⁸, passaram a prever expressamente a obrigatoriedade da fundamentação da decisão judicial.

⁷³⁵ “Atividades estatais mais fortemente invasivas ao núcleo de intimidade do cidadão, exigem motivada decisão judicial para sua restrição. Nada é mais invasivo do que a privação da liberdade pela imposição de pena. No processo penal, apenas o juiz pode fixar pena. Trata-se de respeito não apenas ao modelo acusatório, como de preparo e delimitação técnica da função, garantia de imparcialidade e de acesso à revisão recursal.” CORDEIRO, NEFI. Op. cit., p. 74.

⁷³⁶ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 03 jun. 2022.

⁷³⁷ “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a

A motivação das decisões judiciais assegura a transparência de parcela do Poder do Estado, exercido, em uma das suas vertentes, pelo Juiz. Por trás de um princípio tão basilar, garante-se a moralidade e a impessoalidade da Administração, fomenta-se o controle social e reduz-se os riscos de arbítrios e teratologias.

O Princípio da Obrigatoriedade da Motivação das Decisões Judiciais surge em resposta ao alavancamento do Contraditório Participativo. Nesse cenário, a elevação do Processo Constitucional, através da Carta 1988, com implantação de um Estado Democrático de Direito e a ascensão do Devido Processo Constitucional, atrai para o processo a necessidade de observância das garantias fundamentais, já que, por meio da motivação da decisão assegura-se o monitoramento do Poder Jurisdicional.

Embora sustente um plexo de origens, não sendo possível definir um marco histórico central e único, afirma-se que sua moderna origem encontra bases no Iluminismo Francês, supondo-se que a justiça da decisão relaciona-se diretamente à obrigatoriedade de motivação, através da expressão justificada das razões de decidir.

O dever de motivação, sob uma leitura mais atual, condiz a um importante instrumento político e democrático de legitimação do poder jurisdicional, abandonando-se a ideia da motivação enquanto simples exteriorização racional da vontade, considerando que a atuação do juiz, como próprio exercício do poder soberano do Estado gera impactos nas relações sociais, conforma condutas e cria norma concreta.

O dever de motivação das decisões judiciais é inerente ao Estado Democrático de Direito⁷³⁹. Como leciona Guilherme Marinoni, “não por acaso a doutrina liga de forma muito especial contraditório, motivação e direito ao processo justo”⁷⁴⁰.

Nessa via colaciona o autor:

As normas sobre a justificação judicial têm duas funções essenciais. A uma, elas possibilitam a construção de um discurso jurídico a respeito da necessidade de justificação das decisões judiciais. Nesse espaço entra a teoria da motivação das decisões como direito ligado ao processo justo das partes. O endereço desse discurso é o caso concreto. A duas, viabilizam a organização de um discurso jurídico a respeito da teoria dos precedentes judiciais obrigatórios. Trata-se de discurso ligado à unidade – prospectiva e retrospectiva – do Direito no Estado Constitucional, cuja missão está em orientar condutas sociais e promover a igualdade, a segurança jurídica e a coerência do sistema. É um discurso que não está ligado ao caso

existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 03 jun. 2022.

⁷³⁸ “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: V - em decorrência de decisão carente de fundamentação.” *Ibidem*.

⁷³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito*. In: Temas de direito processual, São Paulo: Saraiva, 1988. p 83-95.

⁷⁴⁰ ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v.1, São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2015. p 510.

concreto, mas visa à promoção da unidade do Direito como um todo, sendo necessariamente *ultra partes*.⁷⁴¹

Em se tratando do aspecto da extensão da obrigatoriedade de justificação, entende-se que a moldura da extensão da fundamentação está ligada diretamente à observância e garantia do contraditório. É através da motivação da decisão judicial que as partes podem contra ela se insurgir e examinar se os debates suscitados foram considerados na formação da decisão.

Na seara criminal o dever de fundamentação assume contornos ainda mais sensíveis, tolhendo expressões lacunosas, eivadas de conceitos indeterminados e dotados de sobrecarga subjetiva.

A esse respeito, critérios para majoração da pena-base, identificadas na conduta social do acusado, na personalidade do agente e/ou nas consequências do crime não podem ser admitidas sob as expressões de “conduta social reprovável” ou “personalidade voltada para o crime” para maior reprovabilidade da conduta.

À vista disso, enunciados vagos e imprecisos como “fundadas razões de autoria” e “indícios suficientes de autoria” também merecem ser combatidos.

Não sem razão, apesar de elencados pelo Código de Processo Penal como requisitos que autorizam a decretação de prisão preventiva, a “garantia da ordem pública, da ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal” e “assegurar a aplicação da lei penal”⁷⁴² não podem ser invocados sem que o juiz apresente elementos concretos extraídos do caso em julgamento, o que se confirma a partir das inúmeras Teses firmadas pelo Tribunal da Cidadania.⁷⁴³

Em todas essas hipóteses o dever de fundamentação da decisão se torna inerente ao escopo de minudenciar o termo, esclarecer e precisar o conceito.

A legitimidade das decisões judiciais imbrinca-se ao dever de fundamentá-las, de modo que a racionalidade da argumentação se torne evidente e capaz de demonstrar a posição adotada pelo juiz no caso concreto, tornar sólido o resultado do contraditório participativo e atestar a efetivação do Devido Processo Legal.

⁷⁴¹ Ibidem.

⁷⁴² “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.” BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 03 jun. 2022.

⁷⁴³ “9) A alusão genérica sobre a gravidade do delito, o clamor público ou a comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva; 11) A prisão cautelar deve ser fundamentada em elementos concretos que justifiquem, efetivamente, sua necessidade.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Prisão Preventiva*. In: Jurisprudência em Teses, Edição n. 32, 15 de abril de 2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

O grande objeto da colaboração premiada revela-se na desarticulação das organizações criminosas. Dito de outra forma, a garantia dos benefícios propostos pela Lei de Organização Criminosa ao delator, ora colaborador, reside na sua efetiva contribuição. Em que consiste essa efetividade, bem delimitou o legislador, tratando de elencar as hipóteses mínimas no rol do artigo 4º, não deixando margem a interpretações duvidosas ao arripio do aplicador da lei.⁷⁴⁴

Vê-se que a Lei 12.850/2013, no afã de reduzir qualquer indeterminação conceitual, não deixou ao alvedrio do juiz perquirir, ao seu talante, quais hipóteses a colaboração se tornou efetiva. A atuação do juiz se restringe a conceder os benefícios elencados na lei uma vez subsumida a atividade colaborativa do delator ao resultado o qual a lei considerou efetiva, no que toca a sua relevância para o inquérito ou processo penal.⁷⁴⁵

A par disso, o dever de fundamentar, nesse ponto, torna-se vinculado àquilo que o legislador pretendeu considerar, critérios objetivos, paradigmas rígidos e fixos, fugindo de qualquer apreciação particular do juiz.

5. DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

⁷⁴⁴ “IV. Delação premiada. Acerca da pretendida benesse, o Tribunal local assim consignou: [...] Inaplicável o benefício da delação premiada, porque o apelante Rafael não agiu de forma espontânea para que os fatos fossem devidamente esclarecidos; ao contrário, sua confissão, delatando os comparsas, foi provocada pela ação policial, após o acusado ter sido flagrado na condução de uma motocicleta roubada. Do texto legal depreende-se, a obrigatoriedade de que o acusado tenha se apresentado voluntariamente à polícia, procurando colaborar efetivamente na investigação, ao delatar a participação de coautores (fls. 70-71, destaquei). Parece-me que agiu com acerto a Corte de origem, ao negar a aplicação da delação premiada ao paciente, visto que ele, simplesmente, apontou os coautores, o que não se deu de forma voluntária e espontânea, com o fim de colaborar, efetivamente, com a investigação. Em sentido análogo: [...] 10. O reconhecimento da delação premiada depende da concorrência dos requisitos de sua admissibilidade, sendo que, na espécie, de forma motivada, as instâncias de origem, a par de reconhecer a contribuição do paciente na indicação de apenas um corrêu, não apurou colaboração relevante o suficiente, enfatizando, em especial, que não foi identificado o paradeiro de parte do produto do crime. 11. Considerações outras sobre a aplicação da minorante demandam revolvimento fático-probatório, não condizente com a angusta via do writ. 12. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta. (HC n. 198.665/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 28/11/2013) [...] 2. As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99 de maneira fundamentada, notadamente porque o paciente se limitou a confessar seu envolvimento no delito e informar sobre a participação do comparsa e de um menor. Tais circunstâncias não representam auxílio na investigação e elucidação do caso. Perquirir o acerto da decisão exige o revolvimento de provas, impróprio à via estreita via do writ. 3. Ordem denegada. (HC n. 151.918/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, 6ª T., DJe 26/10/2011, destaquei). Conforme já me manifestei anteriormente, creio ser o caso de empregar o instituto da delação premiada cum grano salis, sob pena de, em todos os casos de coautoria, ser invocada a possibilidade de aplicação de um instituto que, volto a dizer, tem contornos mais específicos.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 333.823/SP, relator Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 17/11/2015, DJe 02/12/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502060462&dt_publicacao=02/12/2015>. Acesso em 08 jun. 2022.

⁷⁴⁵ A esse respeito, não é todo e qualquer descumprimento que enseja a privação dos prêmios legalmente previstos no acordo de “delação premiada”, mas tão somente obrigações essenciais ao deslinde, seja do inquérito, seja do processo penal. Nessa linha, para aprofundamento, sugerimos JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Estudos, pareceres e crônicas. Op. cit., p. 754.

5.1. Origem histórica em seus aspectos gerais.

A colaboração premiada⁷⁴⁶ edificada pela Lei nº 12.850/13 é o modelo mais recente de espaço de consenso na justiça criminal⁷⁴⁷, a exemplo da transação penal e suspensão condicional do processo introduzidos pela Lei nº 9.099/95.

Tal qual genericamente concebida, tem o fim precípua de controlar e dismantelar uma chaga social não refrável pelo Estado e difundida a nível mundial: as organizações criminosas; estruturas complexas, bem engendradas, marcadas pela hierarquia, poder, divisão de tarefas, intimidação, silêncio e obscuridade dos atos.

Pode-se afirmar que seu berço remonta a países europeus, com destaque para Itália e Espanha, e da América do Norte, como os Estados Unidos da América, lançando sua influência a diversos ordenamentos.⁷⁴⁸

Enquanto modelo de abreviação processual, em prol da celeridade e da eficiência⁷⁴⁹, não se pode negar que a colaboração é obtida a partir de um comportamento humano

⁷⁴⁶ “O instituto da colaboração premiada costuma ser inserido no âmbito do chamado direito penal premial, expressão que sugere uma contradição pelo fato de ligar a ideia de benefício ao ramo do direito que se distingue exatamente pela previsão de ameaça de penas e de proteção coativa mediante aplicação de sanções. Portanto, a palavra prêmio deve ser entendida, nesse contexto, como significado de um mal menor imposto ao indivíduo que, depois do cometimento de uma conduta punível pelo direito penal, realiza contraconduta colaborativa destinada a diminuir ou elidir a pena prevista para o ilícito originariamente cometido. (...) A noção de prêmio não é expressão de um valor moral positivo, mas, sim, o reflexo de um objetivo político-criminal.” PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada – Legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 31-32.

⁷⁴⁷ Observa-se que a natureza da delation decorre do Princípio do Consenso. Esse Princípio é uma variante do Princípio da Legalidade, sendo que é permitido às partes entrarem em consenso a respeito do destino da situação jurídica do acusado que, por qualquer razão, concorda com a imputação. Assim, no direito doméstico, a aplicação do referido princípio se dá com o colaborador da Justiça que, além de confessar sua conduta, auxilia o judiciário eficazmente e, decorrente disso, recebe uma atenuação ou até mesmo o perdão. GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no combate ao crime organizado*. Franca: Lemos e Cruz, 2006. p. 125

⁷⁴⁸ “Así, en España en la reforma de 28 de diciembre de 1988 se impone con el nombre de conformidad; en Portugal en el nuevo Código Procesal Penal de 1987, el consenso; y en el ámbito latinoamericano, en la década del noventa en Guatemala, Panamá, Costa Rica, Chile, Bolivia, Paraguay, Brasil, El Salvador así como en los regímenes procesales penales argentinos (en 1992 Córdoba, en 1993 Santa Fe, en 1994 Tierra del Fuego, en 1997 el Estado federal, en 1998 Buenos Aires etc.), se adoptaron formas procedimentales en las que se puede arribar a una pena luego del allanamiento del imputado a la pretensión del fiscal llamándose en todos estos casos juicio o procedimiento abreviado.” ANITUA, Gabriel Inacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latino-americanas. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1. p. 46 (43-65), 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

⁷⁴⁹ Na verdade, “o melhoramento da operatividade do sistema judiciário punitivo; seu escopo é o de reforçar a resposta penal, o que é legítimo”. PEREIRA, Frederico Valdez. Op.cit., p. 28. Nessa toada: “Em poucas palavras, a colaboração premiada auxilia a consecução de valores constitucionais relevantes e se traduz em concretude do princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal, que “requer dos agentes públicos, em todos os poderes que destinem seus melhores esforços à boa gestão administrativa dos recursos orçamentários e humanos, para conferir efetividade às promessas constitucionais expressas no catálogo de direitos fundamentais”. MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada:

interpretado pelas ciências humanas e sociais, sob o aspecto da ética e da moral⁷⁵⁰, como um traço negativo da personalidade⁷⁵¹⁻⁷⁵², já que representa categoricamente a figura odiosa do traidor⁷⁵³. Relembremos desde Judas Iscariotes⁷⁵⁴, Domingos Fernando Calabar⁷⁵⁵ e Coronel Joaquim Silvério dos Reis⁷⁵⁶, figuras as quais receberam algum tipo de favorecimento em contribuição às informações prestadas⁷⁵⁷.

Na dicção de Walter Bittar:

Talvez, o maior desafio para aqueles que se aproximam do estudo do tema vertente esteja além das intrincadas questões dogmáticas: enfrentar o tema sem paixão, despedido de preconceitos inerentes à própria figura do delator e ciente de que, ante a existência de uma série de normas vigentes em nosso ordenamento jurídico,

entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: *Colaboração premiada*. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 57-58.

⁷⁵⁰ ARCE, Enrique A.; MARUM Elizabeth A. La figura del informador incorporada por la ley 24.424 a la ley 27.737 (art. 29 ter.). In: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, fasc. 6. Buenos Aires, ago. 1997, pp.329-330; BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extração da prova mediante sequestro do investigado. In: *Boletim IBBCrim*, fasc. 159. São Paulo: fev. 2006, pp. 4-6; GOMES, Décio Luiz Alonso. Proteção aos réus colaboradores: ou da barganha com a criminalidade. In: *Boletim IBBCrim*, fasc. 82. São Paulo: set. 1999, pp. 12-13.

⁷⁵¹ Diz-se em Zaffaroni que, “o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço da sua impunidade para ‘fazer justiça’, o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria.” ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Crime organizado: uma categoria frustrada*. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Instituto Carioca de Criminologia, 1996. p. 45. E continua o renomado autor, acompanhado de grandes nomes como Nilo Batista, Aljandro Alagia e Alejandro Slokar: “À medida que o estado de direito cede às pressões do estado de polícia, encapsulado em seu seio, ele perde racionalidade e enfraquece sua função de pacificador social, mas o mesmo tempo perde nível ético, porque acentua a arbitrariedade da coação. (...) A renúncia estatal aos limites éticos dá lugar à sua ilegitimidade e conseqüente carência de títulos para exigir comportamentos adequados ao direito por parte dos cidadãos. Isso acontece quando se pretende racionalizar um poder punitivo exercido aberrantemente.” ZAFFARONI, Eugênio Raúl et.al. *Direito penal brasileiro*. Teoria Geral do Direito Penal. 1º volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 243.

⁷⁵² “(...) uma vez que a vida em sociedade é alicerçada em um ideal de confiança, e o romper desta confiança não se coaduna com o pacto social fixado entre o Estado e os cidadãos e entre os próprios cidadãos, dado que a ausência de confiança leva à desagregação e à desordem. Assim, por mais nobres que sejam os ideais do Estado, há oviolar dos princípios fundamentais da sociedade humana, e o transgredir da carta constitucional. Um Estado Constitucional e Democrático não pode, almejando atingir tais ideais, empregar meios imorais e antiéticos, uma vez que são os meios empregados que atribuem legitimidade aos fins obtidos.” GONÇALVES, Eduardo da Silva; MESQUITA, Jhonathan; OLIVEIRA, Adriana Costa Prado de. *A questão da delação premiada: Exposição e Crítica*. Disponível em: <<https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/view/119>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

⁷⁵³ “... não é incomum a chefes de grupos de tráfico de drogas, por exemplo, determinarem (por vezes e por telefone e de dentro dos próprios presídios onde cumprem penas) a execução de outros membros do grupo ou mesmo de pessoas de bem. Estarão eles, pois, preocupados com Ética, Moral, Religião e qualquer outra forma de controle social, diversa do Direito (uma vez que este prevê maior coerção para os atos que lhes são contrários)? Certamente que não.” GRANZIOLI, Cassio M. M. A delação premiada. In: *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 152.

⁷⁵⁴ Historicamente, responsável por apontar o paradeiro de Jesus Cristo aos soldados romanos sob o recebimento de trinta moedas.

⁷⁵⁵ Aliou-se aos holandeses em 1632, assumindo o posto de major, por ocasião da invasão ocorrida no Nordeste do Brasil, possibilitando-lhes a conquista do Arraial do Bom Jesus.

⁷⁵⁶ Entregou os inconfidentes à Coroa Portuguesa, dentre eles, Joaquim José da Silva Xavier (Tiradentes), em troca de suposto perdão por dívidas fiscais.

⁷⁵⁷ CARVALHO, Natália Oliveira de. *A Delação Premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 123.

prevendo o instituto, mas sem regulamentação específica, cumpre enfrentar a tarefa de interpretação e utilização, no caso concreto, de uma figura incômoda e extremamente polêmica para o Direito.⁷⁵⁸

O jurista italiano Padovani sintetiza crítica a respeito, demonstrando que, na realidade, “se estaría en presencia de una regresión inquisidora del proceso penal, però esta ver por medio de una suave inquisición según la cual así como la tortura aspira convertir el dolor en critério de verdad, la impunidad aspira obtener el mismo por medio del place.”⁷⁵⁹

Não obstante, o ordenamento jurídico tratou de validar e oficializar essa ferramenta útil à disposição do combate à criminalidade⁷⁶⁰ cujo escopo se encontra, fundamentalmente e em linhas gerais, no rompimento do elo fortemente estabelecido entre os integrantes da organização criminosa (quebra da *affectio societatis*), em virtude, principalmente, da “lei do silêncio” vigente nesse meio, o que inviabilizava e dificultava, consideravelmente, a obtenção de provas.

A bem da verdade, a colaboração/delação premiada é o fim que justifica os meios⁷⁶¹ enquanto aprimoramento dos meios de investigação da criminalidade moderna cada vez mais sofisticada, sobre a qual o modelo tradicional não se revelava mais suficiente. Traduz-se na necessidade de uma resposta estatal rápida e crescente à sociedade diante das atividades espúrias à margem da lei⁷⁶², “... um importante instrumento epistêmico para a busca da verdade e a justiça da decisão”⁷⁶³.

Em outras palavras, trata-se do “... endurecimento da legislação penal e, no âmbito processual, por uma restrição mais intensa de suas garantias constitucionais”⁷⁶⁴⁻⁷⁶⁵ para conter

⁷⁵⁸ BITTAR, Walter Barbosa. Capítulo I – Observações Necessárias. In: BITTAR, Walter Barbosa. (Coord.). *Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 4.

⁷⁵⁹ PADOVANI, Tullio. Il Trafico delle indulgenze, “premio” e “corrispettivo” nella dinamica de La punibilità. In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano: Guiffrè, 1986. p. 421.

⁷⁶⁰ “Consciente das dificuldades em obter provas pelos meios tradicionais em determinados tipos de criminalidade, em especial envolvendo a criminalidade organizada, a acusação concorda em negociar um benefício ao acusado para que este contribua com a persecução penal.” MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. *Op. cit.*, p. 55.

⁷⁶¹ Ao contrário de pena, recebem-se prêmios. É o preço que se paga pela pacificação social e melhor qualidade de vida em sociedade. Sacrifícios toleráveis, digamos.

⁷⁶² “Se, por um lado, o instituto da Colaboração Premiada aponta para a tentativa de maximização do Estado penal, isto é, para a busca de uma maior repressão da criminalidade, também é certo que pode atestar a ineficiência do Estado diante do crime organizado.” LIMA, Camile Eltz; OSORIO, Fernanda Corrêa. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei nº 12.850/2013. PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Orgs.). In: *Processo Penal e Garantias*. Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2.ed. ampl. rev. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 201.

⁷⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A valoração probatória da colaboração premiada. In: *Altos Estudos sobre a prova no Processo Penal*. SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. (coordenação). Salvador: Editora Juspodium, 2020. p. 650.

⁷⁶⁴ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Atualizada de Acordo com a Lei 13.964/2019*. 3.ed. São Paulo: Tirant Brasil, 2020. p. 69.

o avanço de manifestações delitivas reiteradas, contínuas e permanentes as quais o direito penal tradicional não foi capaz de aplacar.⁷⁶⁶⁻⁷⁶⁷

5.2. Breves apontamentos quanto à origem legislativa no Direito Comparado. Ênfase ao Direito Espanhol, Italiano e Estadunidense.

5.2.1. Espanha⁷⁶⁸

Prevista como medida refratária à prática do terrorismo, surgiu no Direito Espanhol a partir da *Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo*⁷⁶⁹. No entanto, foi com a *Ley Orgánica*

⁷⁶⁵ “Os direitos, ainda que fundamentais, não são absolutos, sendo inerente à vida em sociedade a necessidade de restrições, limitações ou intervenções, o que é amplamente admitido, até mesmo pela necessidade de compatibilizar o exercício dos direitos fundamentais com outros bens jurídicos protegidos pela Constituição, com o interesse da coletividade, ou com direitos fundamentais de terceiros, na busca da concordância prática, que tenciona fazer com que os direitos fundamentais em colisão cheguem ao ponto ótimo possível de eficácia.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35.

⁷⁶⁶ Como discorre Walter Barbosa Bittar, acerca do Direito Penal do Inimigo, sob os ideais de Günther Jakobs, “É neste contexto que o instituto da delação premiada, na forma como está presente no ordenamento jurídico brasileiro, se apresenta como um dos instrumentos necessários para a concretização da proposta de Jakobs, adotando uma ética utilitarista para justificar alterações na política criminal, ou mesmo quanto aos problemas inerentes ao princípio da eficiência, analisada como custo-benefício, do sistema penal que deve ser voltado aos seus inimigos.” *Ibidem*, p. 71.

⁷⁶⁷ “La necesidad de “simplificar” el proceso penal mixto, o inquisitivo reformado viene fundamentada en que el mismo no puede dar respuesta, al menos no en tiempo oportuno, a la cantidad de causas que resulta necesario atender. Es para lograr estos objetivos que se intenta regular un procedimiento de imposición de condenas más sencillo. Com acierto se ha dicho que “uno de los usos de la palabra simplificación del proceso, em ciertos contextos concretos de la discusión de la política criminal, puede esconder una visión profundamente autoritaria del proceso penal”. ANITUA, Gabriel Inacio. *Op.cit.*, p. 45.

⁷⁶⁸ “Las asociaciones criminales se caracterizan en la actualidad por su elevada complejidad a nivel organizativo, que las convierte en auténticas empresas criminales, las cuales adoptan los modelos y estructuras desarrollados por el mundo de la industria y los negocios. Esto ha llevado a importantes autores a hablar de la “industria del crimen”, de “empresas criminales” y, dado su carácter transnacional, de “multinacionales del crimen”. (...) Una cuestión que se deriva de las semejanzas estructurales con las empresas normales es la dificultad para reconocer la criminalidad cometida de manera organizada. Puesto que los grupos de delincuentes organizados trabajan frecuentemente como empresarios normales es muy difícil distinguirlos exteriormente de éstos²⁷. Se pueden así realizar proyectos o empresas ilegales bajo la cobertura de actividades legales de una manera relativamente tranquila.” BLANCO CORDERO, Isidoro. *Criminalidad organizada y mercados ilegales*. In: Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 11, San Sebastián, Diciembre 1997. p. 216-218.

⁷⁶⁹ “Artículo 57 bis, a) Las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes se impondrán en su grado máximo, salvo que tal circunstancia estuviese ya prevista como elemento constitutivo del tipo penal. Artículo 57 bis, b) 1. En los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a), serán circunstancias cualificadas para la graduación individual de las penas: a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado. b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.” (grifo nosso). MADRID. *Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1988/05/25/3>. Acesso em: 25 de set. 2020.

10/1995, de 23 de noviembre que a delação premiada passou a ser admitida para outros crimes como o tráfico de drogas⁷⁷⁰, mantida a disposição para o crime de terrorismo.⁷⁷¹⁻⁷⁷²

A doutrina espanhola enfatiza que a normatização do instituto se rende à perspectiva político criminal de modo que “son básicamente, pues, razones de pragmatismo las que fundamentan este tipo de normas: la evitación de futuros delitos y el descubrimiento de los ya cometidos”⁷⁷³.

Em sequência, a *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, promoveu alterações no Código Penal Espanhol, em especial no que tange aos requisitos para aplicação da delação premiada, sem exigência quanto à confissão dos fatos, como no regramento anterior⁷⁷⁴⁻⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ “CAPITULO III De los delitos contra la salud pública ... Artículo 376. En los delitos previstos en los artículos 368 al 372, los Jueces o Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. ...”. MADRID. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10>>. Acesso em: 25 de set. 2020.

⁷⁷¹ “SECCIÓN 2.ª DE LOS DELITOS DE TERRORISMO ... Artículo 579. En los delitos previstos en esta sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.” Ibidem.

⁷⁷² “os quesitos exigidos nos casos de tráfico de drogas e terrorismo na legislação espanhola (Lei Orgânica nº 10, de 23 de Novembro de 1995) eram: a) abandono voluntário das atividades delitivas; b) apresentação às autoridades confessando os fatos de que tenha participado; c) colaboração ativa (c.1) impedir a produção do delito, ou (c.2) obter provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis, ou para impedir a atuação ou desenvolvimentos de bandos armados, organizados ou grupos terroristas a que tenha pertencido ou colaborado. Essa exata simetria das normas acabou deixando sem aplicação o art. 376, a medida em que os Tribunais de Justiça continuaram aplicando a atenuante contida no art. 21.6 do CP, em relação aos parágrafos 4 e 5” BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência*. Op. cit., p. 9.

⁷⁷³ PAZ, Isabel Sánchez García de. El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (07), 2005. p. 15. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2022.

⁷⁷⁴ “Se modifica el artículo 376, que queda redactado como sigue: «En los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. (...)” MADRID. *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/11/25/15>>. Acesso em: 25 de set. 2020.

⁷⁷⁵ “a) abandono voluntário das atividades delitivas; b) colaboração ativa para (b.1) impedir a produção do delito, ou (b.2) obter provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis ou impedir a atuação ou o desenvolvimento das organizações ou associações que tenha pertencido ou colaborado”. BITTAR, Walter Barbosa. Ibidem, p. 10.

Na perspectiva de Benítez Ortúzar, citado por Isabel Sánchez, as inovações legais detêm duas facetas:

si por un lado resulta positiva en cuanto puede fomentar la utilidad de la figura, por otro lado destaca negativamente que “esta situación puede distorsionar aún mas el proceso, ante el valor probatorio que puedan tener estas declaraciones, ahora gratuitas en tanto que no obligan al colaborador a autoinculparse en los hechos delictivos”. Esta flexibilización de los requisitos no ha alcanzado a la disposición relativa a los delitos de terrorismo.⁷⁷⁶

Por sua vez, ficou a cargo da *Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio*, as modificações quanto aos requisitos para progressão de regime⁷⁷⁷ e liberdade condicional⁷⁷⁸ de colaboradores/delatores.

⁷⁷⁶ BENITEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco. El colaborador con la justicia. Aspectos sustantivos, procesales y penitenciarios derivados de la conducta del “arrepentido”, cit.. p. 135 *apud* PAZ, Isabel Sánchez García de. El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. Op.cit.

⁷⁷⁷ “Artículo tercero. Modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Se introducen dos nuevos apartados, el 5 y el 6, en el artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, con la siguiente redacción: 5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales;(…): a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas. b) Delitos contra los derechos de los trabajadores. c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal. 6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá (...).” MADRID. *Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*. Disponible em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/06/30/7>>. Acesso em: 25 de set. 2020.

⁷⁷⁸ “Cuatro. Se modifica el artículo 90 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tendrá la siguiente redacción: «Artículo 90. 1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes: a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario. b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades. 2. El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles

5.2.2. Itália

Dedicamos uma especial atenção ao instituto a nível de direito comparado, dando enfoque ao Sistema Italiano⁷⁷⁹, considerando sua importância e influência no Brasil.⁷⁸⁰ A *Operazione Mani Pulite*⁷⁸¹⁻⁷⁸², deflagrada na Itália na década de 90, rendeu moldes à Operação Lava-Jato⁷⁸³, esta última considerada - apesar das críticas evidentes - a maior

motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código.” MADRID. *Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*. Disponível em: < <https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/06/30/7>>. Acesso em: 25 de set. 2020.

⁷⁷⁹ Importante discorrer a respeito, em suma, acerca dos três tipos de colaboradores da justiça presentes no ordenamento jurídico italiano. “ “Arrependido”, aquele que antes da sentença condenatória, dissolve ou determina a dissolução da organização criminosa; retira-se da organização, se entrega sem opor resistência ou abandona as armas, fornece em qualquer caso informações sobre a estrutura e organização da *societas celeris*, e impede a execução dos crimes que a organização. “Dissociado”, é o que antes da sentença condenatória, se empenha com eficácia para elidir ou diminuir as conseqüências danosas ou perigosas do crime ou impede a prática de crimes conexos e confessa os crimes cometidos. “Colaborador”, aquele que antes da sentença condenatória, com os comportamentos acima previstos, ajuda as autoridades policiais e judiciárias na colheita de provas decisivas para a individualização e captura de um ou mais autores dos crimes ou fornece elementos de prova relevantes para a exata reconstituição dos fatos e a descoberta dos autores.” GRINOVER. Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema Italiano. RT, 1995. p. 15 apud GUIDI, José Alexandre Marson. Op. cit., p.103-104.

⁷⁸⁰ “[...] não há como não notar as incríveis semelhanças entre Brasil e Itália quando se trata de política, futebol, paixão popular, preconceitos regionais (entre o Norte e o Sul no caso da Itália ou entre o Sul e o Nordeste no caso do Brasil), afrouxamento ético, corrupção institucionalizada, descuido no trato privado da coisa pública e também da legislação penal e processual penal benevolente com a criminalidade do colarinho-branco.” CHEMIM, Rodrigo. *Mãos Limpas e Lava Jato: A corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: Citadel, 2017. p. 08.

⁷⁸¹ “A expressão “Mãos Limpas” é o nome em código dado a uma operação de investigação dirigida a múltiplos episódios de corrupção política, com o envolvimento de empreendedores públicos e privados. No jargão jornalístico, foi também amplamente utilizada a expressão *Tangentopoli* (= cidade das propinas), para indicar um lugar onde as práticas de corrupção (“*le tangenti*”, as propinas) eram habituais. Inicialmente, aquele lugar era facilmente identificável com Milão, sede da Bolsa, capital econômica, centro de grandes negócios industriais com muitas ramificações no mundo da política. Posteriormente, quando se percebeu que tais práticas eram muito difundidas, o termo *Tangentopoli* adquiriu um significado simbólico e se tornou sinônimo de malversação político-administrativa. Esclarecimentos terminológicos à parte, Mãos Limpas e *Tangentopoli*, entendidas em sentido estrito, identificam um curto período da história político-judiciária italiana: aquele que vai do início de 1992 ao fim de 1994.” ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. In: *Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez. p. 379. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista16/revista15.pdf>>. Acessado em 02 out. 2020.

⁷⁸² “[...] ciò che bisogna dire, e che tutti sanno del resto, è che buona parte del finanziamento politico è irregolare o illegale. [...] Se gran parte di questa materia deve essere considerata materia puramente criminale, allora gran parte del sistema sarebbe un sistema criminale”. ITALIA. *Quotidiano.net*. Mani Pulite, il discorso di Craxi del 3 luglio 1992: Le parole pronunciate in Parlamento in uno dei suoi interventi più noti. Pubblicato il 16 febbraio 2017. Disponível em: <<https://www.quotidiano.net/politica/mani-pulite-discorsocraxi-1.2901112>>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁷⁸³ “Na verdade, é ingenuidade pensar que processos criminais eficazes contra figuras poderosas, como autoridades governamentais ou empresários, possam ser conduzidos normalmente, sem reações. Um Judiciário independente, tanto de pressões externas como internas, é condição necessária para suportar ações judiciais da espécie. Entretanto, a opinião pública, como ilustra o exemplo italiano, é também essencial para o êxito da ação judicial.” MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *Mani Pulite*. In: *Revista CEJ, Brasília*, v. 8,

operação investigativa no Brasil no combate à corrupção, iniciada em 2014 e finalizada em 2021/2022⁷⁸⁴⁻⁷⁸⁵.

Uma das inovações promovidas pelo *Codice di Procedura Penale* de 1988, posteriormente alterado pela *Legge 12 giugno 2003, n. 134*⁷⁸⁶, inspirando-se no sistema americano do *guilty plea*, guardadas particularidades⁷⁸⁷, foi tratar de uma alternativa de solução dos litígios na seara penal, qual seja, a aplicação da pena por requisição das partes, conhecida como *patteggiamento*⁷⁸⁸, no qual através de acordo firmado entre defesa e órgão acusador, é conferida a possibilidade de o réu negociar a sua pena a partir da confirmação da sua participação no delito.

A constitucionalidade do instituto previsto a partir do *Articolo 444* foi fortemente questionada pelos juristas tradicionais⁷⁸⁹ principalmente no que tange a uma aparente

n. 26. p. 56-62, jul./set. 2004. p. 57. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁷⁸⁴ “Polícia Federal deflagra 80ª Fase da Operação Lava Jato - Operação PSEUDEIA - Esta fase é fruto do desdobramento lógico das apurações iniciadas pela OPERAÇÃO ACARAJÉ (23ª fase ostensiva)”. BRASIL. *Ministério da Justiça e Segurança Pública*. Disponível em: <<https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2021/02/policia-federal-deflagra-80a-fase-da-operacao-lava-jato-operacao-pseudeia>>. Acesso em: 9 jun. 2021.

⁷⁸⁵ Os trabalhos da Lava Jato em Curitiba foram prorrogados até 1º de outubro de 2021, enquanto que no Rio de Janeiro, a operação segue até 31 de janeiro de 2022. VICTOR, Nathan. Aras prorroga Lava Jato e integra Gaeco à força-tarefa no Paraná. *Poder 360*. [S.l.], 07 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/lava-jato/aras-prorroga-lava-jato-e-integra-gaeco-a-forca-tarefa-no-parana/>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁷⁸⁶ “ROMA. *Legge 12 Giugno 2003, n. 134*. Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2003-06-14&atto.codiceRedazionale=003G0162&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.5314008341965828&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁷⁸⁷ “[...] não se trata de um reconhecimento de culpabilidade ao estilo do *guilty plea* norte-americano, que acarreta automaticamente a condenação do imputado, mas um requerimento ao juiz para que analise o caso e verifique a adequação do acordo proposto.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. *Barganha no Processo Penal Italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na Justiça Criminal*. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, [s.l.], v. 15. p.435-453, jun. 2015. Semestral. Disponível em: <http://www.academia.edu/17052509/Barganha_no_Processo_Penal_Italiano_análise_crítica_do_patteggiamento_e_das_alternativas_procedimentais_na_justiça_criminal>. Acesso em: 28 set. 2020. p. 446.

⁷⁸⁸ “Art. 444. Applicazione della pena su richiesta. 1. L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria. [...]” ROMA. Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1988-10-24&atto.codiceRedazionale=088G0492&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.5314008341965828&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁷⁸⁹ “The fault of the 1988 codification was that it had not been adequately prepared in cultural terms. The bar and 17 judiciary were not fully involved in the reform. This is especially true for the judiciary, where the deepest changes were imposed. [...] Judges were accustomed to being the active protagonists of the trial; the focus now shifted to the parties’ initiatives and arguments.” ILLUMINATI, Giulio. The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988). In: *Washington University Global Studies Law*

contradição entre o referido dispositivo e a Presunção de Inocência, o que foi rechaçado com o advento da *sentenza 313* emitida pela *Corte Costituzionale*, no *Giudizio di Legittimità Costituzionale in via Incidentale* em 26 de junho de 1990.⁷⁹⁰

No entanto, a aplicação dessa atual modalidade de justiça negocial (*giustizia negoziale*) adquiriu relevo e novos contornos a partir dos casos de delação premiada produzidos pela máfia italiana, o que nos impõe uma digressão história a respeito.

Mesmo que a história da máfia remonte sua origem aos idos de 1860⁷⁹¹, como toda e qualquer instituição enfrentou um processo evolutivo⁷⁹² e adquiriu uma aparência mais

Review, v. 4. p. 573, 2005. Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol4/iss3/5/> Acesso em: 28 set. 2020.

⁷⁹⁰ “Per questi motivi, la Corte Costituzionale, riuniti i giudizi: (...) dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 444 del codice di procedura penale (...)” ROMA. Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Sentenza 313/1990. Decisione del 26/06/1990. Pubblicazione in G. U. 04/07/1990 n. 27. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it>> Acesso em: 28 set. 2020.

⁷⁹¹ “SICÍLIA [...] Nada diria que viesse a se tornar o berço da maior organização criminosa do mundo. [...] A formação de sólidos vínculos na unidade social básica, a família, é consequência natural desta situação. E a interligação entre famílias, com a intenção de fortalecer a comunidade, também. Este é um dos traços naturais mais típicos não só do siciliano, mas especialmente dos chamados mafiosos. Suas principais consequências são vistas até hoje: a *omertà* (silêncio obstinado), a moral conservadora, a lealdade etc. Foi assim que surgiram as chamadas *cosche*, no singular *cosca*, núcleos os quais deram origem às famílias mafiosas tais como hoje as conhecemos. [...] Com o passar do tempo, a evolução econômica, o fim das invasões e a criação de um Estado, mesmo que não isoladamente siciliano, a existência das *coscas* ou a necessidade de um recurso alternativo de força não foi afastado. Os bandos criminosos continuaram existindo e não havia propriamente uma força capaz de fazer frente a tais grupos, especialmente porque seria necessária uma grande concentração de força para ocupar-se a ilha. Ninguém estava disposto a tanto, muito menos mostrava-se como agradável uma ocupação maciça, fosse de que parte fosse. Nasceu, pois, o *manutengolismo*. *Manutengoli* era a elite econômica, quer grandes proprietários rurais, quer proprietários de minas ou quem quer que estivesse no topo da pirâmide social. A solução foi simples: o *Manutengoli* permitiria aos criminosos o uso de suas terras, forneceria mantimentos e, sobretudo, informações. Por outro lado, o criminoso não praticaria nenhum ato de hostilidade contra seu protetor. E, mais ainda, poderia eventualmente atacar os inimigos de seu protetor, matando, sequestrando, roubando ou destruindo a propriedade de quem lhes fizesse frente. [...] A degradação e a violência chegaram a tal ponto que, em 1876, o recém-criado Estado Italiano enviou para a Sicília um deputado do parlamento toscano, *Leopoldo Franchetti*, cujo objetivo era fazer um relatório sobre a situação local apurando o que de fato acontecia. *Franchetti* elaborou o seu “*Condizioni Politiche e Amministrative della Sicilia*”, concluindo, pois, não pela existência de uma ou várias organizações criminosas, mas sim o que chamou de “comportamento mafioso”, definindo-o como o modo pelo qual qualquer pessoa faz respeitar seus direitos abstraindo-se dos meios que adota para este fim. [...] Com a concentração de dinheiro e de poder nas mãos dos *Manutengolo*, e com a unificação da Itália, vemos que o eixo se transporta com igual força para os centros urbanos da ilha, notadamente *Palermo*, a qual se tornará célebre não como a capital, mas também como a fronteira de grandes embates entre grupos mafiosos ou entre o Estado e a Máfia. Questão de tempo até que esta “classe” criminosa veja-se nas rédeas do poder do Estado recém-criado e perceba que o verdadeiro tesouro não está somente nos delitos “clássicos” de então, mas, sim, em algo verdadeiramente lucrativo e muito menos visível. E, portanto, de difícil repressão: a exploração do Estado. Tornando-se parasita, a Máfia ocupa cargos, dirige instituições, controla bancos, infiltrasse na polícia, ou seja, estende seu front até onde lhe seja possível ou conveniente para obter lucro. [...] Também neste momento vemos a fusão dos *Manutengolo* e dos bandos criminosos, acabando por muitas vezes a fundirem-se em uma figura única, concentrando ambas as facetas de uma mesma moeda no mesmo personagem. Claro está que a Máfia não pode ser tomada como uma entidade que permaneceu imutável durante o tempo. Muito pelo contrário, o sentido de sua sobrevivência foi justamente a capacidade de mudar, evoluindo substancialmente em conteúdo e forma, mantendo porém uma identidade inconfundível”. CHRISTINO, Márcio Sérgio. Ana Carolina Gregory Villaboim (colaboradora). *A máfia*. 1. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016. p.16-19.

sofisticada, complexa, altamente organizada, detentora de expressividade econômica e que realiza, inclusive, atividades lícitas com objetivo precípuo de mascarar a ilegalidade das suas ações.⁷⁹³⁻⁷⁹⁴

Um das primeiras medidas legislativas expressas sobre as organizações criminosas do tipo mafioso surgiu com a *Legge 31 maggio 1965, n. 575*⁷⁹⁵, que a bem da verdade, tratava das disposições contidas em outra disposição, a *Legge 27 dicembre 1956, n. 1423*⁷⁹⁶⁻⁷⁹⁷.

A partir da expansão criminosa, que alçou força para além das fronteiras do território italiano,⁷⁹⁸ o Estado se viu compelido a buscar mecanismos de maior contenção e repressão às principais práticas odiosas inauguradas pela Máfia, voltadas ao terrorismo e à extorsão mediante sequestro.

Através da *Legge 14 ottobre 1974, n. 497*⁷⁹⁹ a pena do crime de extorsão mediante sequestro foi elevada, atenuando-a para aquele que, apesar de ter participado da conduta

⁷⁹² LUPO, Salvatore. *Storia della máfia*. História da Máfia das origens aos nossos dias. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2002.

⁷⁹³ “Nacque, insomma, una mafia del “colletti bianchi”, industriale, la quale imparò presto a riciclare il denaro proveniente dal mercato della droga in investimenti apparentemente “puliti”.” Di origine araba le origini della parola ‘mafia’ (non era sinonimo di criminalità). In: *Prima Bergamo*. 30 Ottobre 2014. Disponível em: <<https://primabergamo.it/cronaca/origini-parola-mafia-non-criminalita/>>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁷⁹⁴ “Existem várias definições de máfia. Hoje não podemos deixar de considerar a máfia como uma relação entre o poder criminal e o poder oficial. ... A máfia participa, além de negócios ilegais do crime organizado, de negócios legais. É um meio de comunicação entre o poder legal e o ilegal. É uma organização que permeia todas as classes. ... Em 130 anos de existência, ela já foi diversas vezes atacada, mas se reergueu. O fenômeno tem um caráter cíclico ao menos na Sicília. Para acabar com a máfia definitivamente é necessária uma vitória da legalização, vitória da legalidade, no campo da política, mas principalmente no mundo dos negócios. Esse é um objetivo de longo prazo.” LUPO, Salvatore. Historiador italiano destrincha a máfia. Alessandro Greco. *Folha de S. Paulo ilustrada*. São Paulo, sábado, 13 de julho de 2002. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1307200221.htm>>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁷⁹⁵ ROMA. *Legge 31 maggio 1965, n. 575*. Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1965-06-05&atto.codiceRedazionale=065U0575&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁷⁹⁶ ROMA. *Legge 27 dicembre 1956, n. 1423*. Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralita'. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1956-12-31&atto.codiceRedazionale=056U1423&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁷⁹⁷ Ambas atualmente revogadas pelo Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159. ITALIA. *Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159*. Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonche' nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2011-09-28&atto.codiceRedazionale=011G0201&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁵⁴ Para melhor elucidação, sugerimos BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Atualizada de Acordo com a Lei 13.964/2019*. Op. cit., p. 83.

⁷⁹⁹ “Art. 5. L'articolo 630 del codice penale e' sostituito dal seguente: "Art. 630 - (Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione). - Chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per se' o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione, e' punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa non inferiore a lire quattrecentomila. La pena e' della reclusione da dodici a venticinque anni e della

criminosa, envidasse esforços no sentido de auxiliar a vítima a galgar a liberdade sem que para tanto tivesse que arcar com o pagamento do resgate⁸⁰⁰. A pena foi ainda mais recrudescida pela *Legge 30 dicembre 1980, n. 894*.⁸⁰¹

Por sua vez, o *Decreto-Legge 15 dicembre 1979, n. 625*⁸⁰², convertido na *Legge 6 febbraio 1980, n. 15*, promoveu a tipificação penal das condutas de terrorismo e de eversão, inserindo-as ao *Codice Penale*⁸⁰³ e passou a dispor, expressamente, acerca dos “prêmios”

multa non inferiore a lire un milione, se il colpevole consegue l'intento. Art. 6. All'articolo 630 del codice penale e' aggiunto il seguente comma: "Nel caso di sequestro di persona a scopo di estorsione per conseguire un profitto di natura patrimoniale, se l'agente o il concorrente si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la liberta', senza che tale risultato sia conseguenza del versamento del prezzo della liberazione, si applicano le pene previste dall'articolo 605". ROMA. *Legge 14 ottobre 1974, n. 497*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1974-10-22&atto.codiceRedazionale=074U0497&tipoDettaglio=multivigenza&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=Atto%20multivigente&bloccoAggiornamentoBreadCrumb=true>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸⁰⁰ “O Art. 5 tratou de elevar a pena do crime de extorsão mediante sequestro, e o art. 6 estabeleceu uma atenuante para o participante do crime, pessoa que ajudasse a vítima a readquirir a liberdade, sem o pagamento do resgate.” BITTAR, Walter Barbosa. *Ibidem*, p. 84-85.

⁸⁰¹ “Articolo unico L'articolo 630 del codice penale e' sostituito dal seguente: "Art. 630 - (Sequestro di persona a scopo di estorsione). - Chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per se' o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione, e' punito con la reclusione da venticinque a trenta anni. Se dal sequestro deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole e' punito con la reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo. Al concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la liberta', senza che tale risultato sia conseguenza del prezzo della liberazione, si applicano le pene previste dall'articolo 605. Se tuttavia il soggetto passivo muore, in conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena e' della reclusione da sei a quindici anni. Nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera, al di fuori del caso previsto dal comma precedente, per evitare che l'attivita' delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorita' di polizia o l'autorita' giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo e' sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo a due terzi.” ROMA. *Legge 30 dicembre 1980, n. 894*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1980-12-30&atto.codiceRedazionale=080U0894&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸⁰² Diploma legal o qual passou por constantes mudanças: *Legge 6 febbraio 1980, n. 15* (in G.U. 07/02/1980, n.37); *Legge 14 febbraio 2003, n. 34* (in SO n.38, relativo alla G.U. 11/03/2003, n.58); *Legge 31 luglio 2006, n. 241* (in G.U. 31/07/2006, n.176); *Decreto Legislativo 1 marzo 2018, n. 21* (in G.U. 22/03/2018, n.68). ROMA. *Decreto-Legge 15 dicembre 1979, n. 625*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1979-12-17&atto.codiceRedazionale=079U0625&tipoDettaglio=multivigenza&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=Atto%20multivigente&bloccoAggiornamentoBreadCrumb=true>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸⁰³ “Art. 270-bis. (Associazioni con finalita' di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico). Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza com finalita' di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico e' punito con la reclusione da sette a quindici anni. Chiunque partecipa a tali associazioni e' punito con la reclusione da cinque a dieci anni. Ai fini della legge penale, la finalita' di terrorismo recorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione e un organismo internazionale. Nei confronti del condannato e' sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego. Art. 280. Attentato per finalita' terroristiche o di eversione. Chiunque, per finalita' di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico attenta alla vita od alla incolumita' di una persona, e' punito, nel primo caso, con la reclusione non inferiore ad anni venti e, nel secondo caso, con la reclusione non inferiore ad anni sei. Se dall'attentato alla incolumita' di una persona deriva una lesione gravissima, si applica la pena della reclusione non inferiore ad anni diciotto; se ne deriva una lesione grave, si applica la pena della reclusione non

legais, que vão desde a diminuição da pena à substituição da prisão perpétua, conferidos ao “concorrente che ... aiuta concretamente l'autorità di polizia e l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti.”⁸⁰⁴ Veja-se que o quantitativo referente a essa atenuação foi aumentado a partir da *Legge 29 maggio 1982, n. 304*, a qual também conferiu benefícios àquele que, antes da sentença definitiva, se dissocie do grupo criminoso, levando também à dissolução da associação criminosa, forneça informação sobre a estrutura e a organização, confesse os atos delinquentes e envide esforços para mitigar as consequências do crime, sobrevivendo aquilo que denominou-se *pentitismo*.⁸⁰⁵ Acerca da dissociação, adveio a *Legge 18 febbraio 1987, n. 34*⁸⁰⁶.

inferiore ad anni dodici. Se i fatti previsti nei commi precedenti sono rivolti contro persone che esercitano funzioni, giudiziarie o penitenziarie ovvero di sicurezza pubblica nell'esercizio o a causa delle loro funzioni, le pene sono aumentate di un terzo. Se dai fatti di cui ai commi precedenti deriva la morte della persona si applicano, nel caso di attentato alla vita, l'ergastolo e, nel caso di attentato alla incolumità, la reclusione di anni trenta. Art. 289-bis. ((Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione.)) ((Chiunque, per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico sequestra una persona e' punito con la reclusione da venticinque a trenta anni. Se dal sequestro deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole e' punito con la reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo. Il concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà e' punito con la reclusione da due a otto anni; se il soggetto passivo muore, in conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena e' della reclusione da otto a diciotto anni. Quando ricorre una circostanza attenuante, alla pena prevista dal secondo comma e' sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni; alla pena prevista dal terzo comma e' sostituita la reclusione da ventiquattro a trenta anni. Se concorrono piu' circostanze attenuanti, la pena da applicare per effetto delle diminuzioni non puo' essere inferiore a dieci anni, nell'ipotesi prevista dal secondo comma, ed a quindici anni, nell'ipotesi prevista dal terzo comma)).” ROMA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. *Codice Penale*. Disponível em: <https://www.normattiva.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1930-10-26&atto.codiceRedazionale=030U1398¤tSearch=ricerca_avanzata_aggiornamenti>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸⁰⁴ “Art. 270-bis.1 - Per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, salvo quanto disposto nell'articolo 289-bis, nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia e l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo e' sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà.” ROMA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. *Codice Penale*. Disponível em: <https://www.normattiva.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1930-10-26&atto.codiceRedazionale=030U1398¤tSearch=ricerca_avanzata_aggiornamenti>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸⁰⁵ Art. 1. (Casi di non punibilità) Non sono punibili coloro che, dopo aver commesso, per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, uno o piu' fra i reati previsti dagli articoli 270, 270-bis, 304, 305 e 306 del codice penale e, salvo quanto previsto dal terzo comma del presente articolo e dal secondo comma dell'articolo 5, non avendo concorso alla commissione di alcun reato connesso all'accordo, all'associazione o alla banda, prima della sentenza definitiva di condanna concernente i medesimi reati (...) Art. 2. (Attenuante per i reati per finalità di terrorismo e di eversione in caso di dissociazione) Salvo quanto disposto dall'articolo 259-bis del codice penale, la pena dell'ergastolo e' sostituita da quella della reclusione da quindici a ventuno anni e le altre pene sono diminuite di un terzo (...)” ROMA. *Legge 29 maggio 1982, n. 304*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1982-06-02&atto.codiceRedazionale=082U0304&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.5884475121548445&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸⁰⁶ ROMA. *Legge 18 febbraio 1987, n. 34*. Misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1987-02->

O divisor de águas foi estabelecido com a *Legge 13 settembre 1982, n. 646*⁸⁰⁷, por tratar sobre aquilo que se convencionou chamar de *fenomeno della mafia* e fazendo incluir o *Articolo 416-bis* ao *Codice Penale*, tipificando, finalmente, a conduta como *associazione di tipo mafioso*.⁸⁰⁸

A partir desse ponto, implementou-se uma mudança histórica, a qual culminou com a deflagração do *Maxi Processo*⁸⁰⁹ arrimado pelas declarações, principalmente, do mafioso *Tommaso Buscetta*⁸¹⁰ a *Giovanni Falcone*⁸¹¹.

21&atto.codiceRedazionale=087U0034&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.22722942204387886&title=lbl.dettaglioAtto>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸⁰⁷ Deu-se o nome de *Legge Rognoni-La Torre* em homenagem ao ministro democrata cristão Virginio Rognoni e ao sindicalista Pio La Torre, este último assassinado pela máfia italiana em 30 de abril de 1982, pelos *Corleonesi*, envolvidos na Segunda Guerra da Máfia (*Mattanza*). Ambos foram precursores de propostas legislativas categóricas para o combate à Máfia. MANCUSO, Davide. Biografia di Pio La Torre. In: *Centro di Studi ed Iniziative Culturali Pio La Torre Onlus*. Disponível em: <http://www.piolatorre.it/page/pio_la_torre_biografia.asp>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁸⁰⁸ "Art. 416-bis - Associazione di tipo mafioso. - Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o piu' persone, e' punito con la reclusione da tre a sei anni. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per cio' solo, con la reclusione da quattro a nove anni. L'associazione e' di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attivita' economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per se' o per altri." ROMA. *Legge 13 settembre 1982, n. 646*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1982-09-14&atto.codiceRedazionale=082U0646&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸⁰⁹ "Após sua chegada à Itália, *Tomaso* ficara preso na sede central da Polícia de Roma, onde *De Gennaro* e *Falcone* haviam lhe preparado um pequeno apartamento. ... Os primeiros depoimentos diante de *Giovanni Falcone* não foram fáceis. ... Os interrogatórios prosseguiram até dezembro, durando cerca de três meses. O juiz *Falcone*, sozinho, transcrevia pessoalmente as declarações à mão. MAXI PROCESSO ... *Falcone* alertou *Buscetta* que não podia prometer nada a respeito do seu futuro judiciário, pois na época não havia nenhuma lei que previsse redução da pena aos colaboradores da justiça. (...) Com base nas declarações de *Buscetta*, o Juiz *Falcone* e seus colegas promotores deram início ao MAXI PROCESSO, um processo contra a *Cosa Nostra* de quantias homéricas: 475 acusados de associação mafiosa. *Tomaso* voltou à Itália para, em fevereiro de 1986, depor no MAXI PROCESSO, no qual fora condenado a 3 anos e 6 meses por formação de quadrilha de tipo mafioso. Em 23 de maio de 1992, *Buscetta* recebeu um telefonema de *De Gennaro*, dizendo-lhe que o juiz *Falcone* tinha sido assassinado, junto com sua mulher, em *Capaci*. A respeito disso, afirmou: "...Ao trucidar *Falcone*, os chefões da *Cosa Nostra* quiseram avisar a todos que ainda estavam vivos e não tinham a mínima intenção de ceder, de render-se diante da força da lei..."... Na primeira conversa, *Buscetta* alertou o magistrado: "Depois desse interrogatório você nunca poderá se esquecer que estará abrindo uma conta com a *Cosa Nostra* que se encerrará com sua morte. Tem certeza que quer continuar com isso?!" (...) Indubitavelmente, a violação do *omertà* [silêncio obstinado] feita por *Buscetta*, bem como a demonstração que o grupo anti-Máfia era capaz de proteger suas testemunhas, incentivou outros "homens de honra" a colaborarem com a Justiça. MAXI-PROCESSO (...) Dezembro de 1987. Sentença do maxi-processo: 344 réus condenados, num total de 2.665 anos de prisão. Réus considerados chefes de muitas famílias mafiosas importantes, tais como *Michele Greco*, *Francesco Madonia*, "*Totó*" *Riina*, *Bernardo Provenzano*. 114 réus foram absolvidos por insuficiência de provas, entretanto 18 desses foram posteriormente executados pela Máfia assim que postos em liberdade. O Tribunal demonstrou piedade no que diz com *Buscetta* e outro delator da Máfia, *Salvatore Contorno*, condenando-os a 3 e 6 anos de prisão, respectivamente. Finalmente, um processo que demorou 22 meses, do começo ao fim, somente 6 meses a mais que o *Pizza Connection* em *Nova York*, o maior caso de tráfico de drogas da história dos *EUA*, o qual tivera 22 réus." CHRISTINO, Márcio Sérgio. Op. cit., p. 58-59 e 64-65.

⁸¹⁰ "... personagem que seria vital para o entendimento da Máfia como fenômeno criminoso, *Tommaso Buscetta*, também chamado *Don Masino*, o qual, em suas memórias, descreve como se realizavam furtos e alimentavam um florescente mercado negro." Ibid.. p. 27-28.

No entanto, a onda de violência e atentados crescentes, que resultaram em assassinatos brutais, principalmente dos magistrados mais atuantes na luta contra a Máfia⁸¹²⁻⁸¹³, exigiram

⁸¹¹ “De um lado da mesa, na sede central da polícia em Roma, em um pequeno apartamento montado especialmente para este fim, estava o homem que parecia um severo diretor de escola. Estatura média-baixa, que não ocultava alguns quilos a mais, cabelos curtos levemente grisalhos e um bigode espesso, assim como as sobrancelhas. O homem não sorria, muito pelo contrário, possuía um ar de seriedade e um tom de voz sombrio. A descrição não correspondia ao ideal de um cinematográfico combatente da *Máfia*. Do outro lado da mesa estava uma figura fisicamente muito mais impressionante, magro, corpo musculoso, fartos cabelos escuros e ondulados, tez mais morena, olhos levemente oblíquos. Este sim correspondia à figura mítica que se fazia de um *capo*. Ambos conversavam. Era o *capo* quem falava enquanto o diretor fazia anotações meticolosas em um caderno, usando uma série de canetas coloridas, as quais apenas acentuavam seu ar acadêmico. A figura severa pertence a *Giovanni Falcone*, o espetacular inimigo número um da *Máfia*. Do outro lado o primeiro dos *pentitos*, o conhecido “*Don Masino*”, *Tommaso Buscetta*. ... *Giovanni Falcone* era *siciliano*, tal como seus adversários na *Máfia*. ... Pai, funcionário público, família organizada tradicionalmente, tornou-se membro da Magistratura (que na Itália, à época, englobava igualmente o Ministério Público) em 1964. O combate anti-*Máfia* surgiu casualmente, como desafio em sua carreira. ... *Giovanni Falcone* seguiu sua carreira até 1978, quando finalmente chegou a *Palermo*, começando então a trabalhar no setor de fraudes bancárias. ... Em 1979, a *Máfia* matara *Cesare Terranova*, um dos membros da comissão anti-*Máfia*, surgindo então a oportunidade para que *Falcone* mudasse de setor e passasse a compor o *Ufficio Istruzione de Palermo*, que investigava e preparava os casos para julgamento. Era lá que estava *Paolo Borsellino*, antigo amigo de *Falcone*. A dupla *Falcone/Borsellino* iria demonstrar sua eficácia nos eventos que se seguiriam. A primeira ação de *Giovanni Falcone* no *Ufficio Istruzione* envolvia três grandes *Famiglie de Palermo*: a *Inzerillo*, a *Spatola* e a *Di Maggio*, que estavam sendo acusadas de tráfico internacional de heroína, juntamente com a *Famiglia Gambino*, de *Nova York*. Ficou conhecido como o caso “*Spatola-Inzerillo*” de tráfico de heroína. Resumia-se na descoberta de que *Rosário Spatola*, juntamente com os membros da *Famiglia Inzerillo* (posteriormente mortos pelos *Corleonesi*), montavam um esquema de tráfico de heroína juntamente com a *Famiglia Gambino* (mais precisamente neste momento, com *John Gambino*), da *US Máfia*, em *Nova York*. Idem. p. 52-56.

⁸¹² “24 de maio de 1992. Depois de uma manhã de trabalho, *Falcone* deixou Roma para ir a *Palermo* para onde ele retornava todos os finais de semana. ... Assim que o comboio passou a cidade de *Capaci*, a estrada toda foi alvo de uma explosão gigantesca, semelhante ao epicentro de um terremoto. Os três carros estavam destruídos. ... *Falcone* veio a óbito após chegar ao hospital. ... Ele tinha 53 anos. ... A morte de *Falcone* chocou toda a Nação italiana. ... Nos dias que seguiram à tragédia de *Capaci* ... Ao retornar ao trabalho, *Paolo* trabalhava como nunca, mais do que na época do MAXI-PROCESSO, como se soubesse que seu tempo era curto. Em meados de julho de 1992, *Borsellino* se encontra em uma situação extraordinária de interrogar três grandes delatores da *Máfia*. 19 de Julho de 1992. *Paolo Borsellino*, acompanhado de seus seis seguranças, viajam para *Palermo* para visitar sua mãe ... Assim que *Paolo* se aproximou do portão do edifício de sua mãe, ele e seus cinco agentes voaram pelos ares, devido a uma explosão que podia ser ouvida a milhas de distância. Todos morreram. No dia seguinte de seu enterro, a maioria dos promotores anti-*Máfia* do escritório distrital de *Palermo* renunciaram seus cargos, exigindo a remoção de seu chefe, *Pietro Giammanco*, culpando-o de obstar o trabalho de *Falcone* e *Borsellino*.” Id. p. 68-72.

⁸¹³ “Ricorrono oggi i 30 anni dalla morte del magistrato Rosario Livatino, ricordato spesso da allora come “il giudice ragazzino”: aveva 37 anni quando venne ucciso mentre andava al tribunale di Agrigento con l’automobile personale e senza scorta. Livatino lavorò come magistrato nel periodo detto della “mattanza mafiosa” siciliana: il suo omicidio venne commesso dalla Stidda, un’organizzazione criminale mafiosa che si era formata nella Sicilia meridionale negli anni 80, in contrapposizione a Cosa Nostra, con il fine di ribellarsi al grande potere di quest’ultima. La contrapposizione tra le due associazioni criminali si è sempre manifestata con episodi violenti, faide e guerra armata. ... Il 21 settembre 1990 l’auto del magistrato venne speronata da un’automobile e da una moto lungo la statale SS640 Agrigento-Caltanissetta. Quel giorno in tribunale avrebbe dovuto decidere alcune importanti misure di prevenzione che avrebbero minato gli interessi mafiosi dei suoi assassini. Il magistrato uscì dall’auto e cercò di scappare a piedi ma venne ucciso con 4 colpi di pistola. La notizia si diffuse rapidamente, e i dettagli dell’omicidio – raccontati tra gli altri in questo articolo di “La Repubblica” del 22 settembre del 1990 – fecero grande impressione nel pubblico.” ITALIA. Sono 30 anni dalla morte di Rosario Livatino (Il magistrato venne assassinato per le sue indagini contro le cosche siciliane a 37 anni, e viene ricordato come “il giudice ragazzino”) *Il Post*. Lunedì 21 settembre 2020. Disponível em: <<https://www.ilpost.it/2020/09/21/sono-passati-30-anni-dalla-morte-di-rosario-livatino/>>. Acesso em: 30 set. 2020.

do Estado Italiano a adoção de medidas drásticas, verdadeiras táticas de guerra.⁸¹⁴ No campo legislativo não foi diferente, os benefícios da justiça negocial para os integrantes da Máfia que colaboravam com a Justiça foram então admitidos no afã de minimizar o caos social⁸¹⁵.

Nesse contexto revela-se uma característica marcante das disposições legislativas que sucederiam sob a perspectiva *doppio binário*: proteção e benefícios incentivavam a colaboração premiada, em contrapartida, exacerbavam os rigores para aqueles que se mostravam irredutíveis.

O *Decreto-Legge 15 gennaio 1991, n. 8*⁸¹⁶, convertido na *Legge 15 marzo 1991, n. 82*⁸¹⁷, além de dispor sobre outras questões, veio abordar a atenuante de pena e conferir um sistema de proteção às testemunhas e colaboradores de justiça que desafiaram a máfia com suas declarações.

⁸¹⁴ “A partir de então, o governo italiano tomou sérias medidas: em poucos dias, foi criado o 1º Programa de Proteção a Testemunhas, oferecendo reduções na pena e suporte para mafiosos que se propunham a colaborar com o governo (uma ideia que os promotores em Palermo vinham pedindo há pelo menos uma década); o governo decidiu transferir os grandes chefões da Máfia para prisões em ilhas isoladas na costa italiana, impossibilitando qualquer tipo de comunicação com as organizações criminosas; e a mais drástica de todas as decisões tomadas, o primeiro-ministro *Giuliano Amato* enviou 7.000 tropas italianas para a Sicília. Mesmo sendo inexperientes, os soldados que compunham o exército, eles tiveram uma importante função: enquanto faziam a guarda das casas de políticos e magistrados, foi possível botar centenas de policiais treinados para se dedicarem, inteiramente, ao trabalho investigativo. Desde a morte de *Borsellino* até a primavera de 1994, os promotores anti-Máfia descrevem este como sendo um momento mágico. A polícia italiana desmantelou inteiras organizações criminosas, prendeu grandes figuras da *Cosa Nostra* que eram procuradas há décadas, evitou atentados homicidas, rastreou bilhões de dólares ilegais, indiciou empresários, políticos, magistrados e policiais acusados de protegerem mafiosos. Mais de 600 pessoas se tornaram testemunhas do governo, um número raro em se tratando de crime organizado. Aos poucos, a parede do *omertà* começava a ruir.” Id. p. 72-74.

⁸¹⁵ A exemplo das atenuantes previstas para colaboradores envolvidos com o tráfico de entorpecentes. “Art. 73, 7. Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla meta' a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività' delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità' di polizia o l'autorità' giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti *Decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309*. Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza.” e “Art. 74, 7. Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla meta' a due terzi per chi si sia efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse decisive per la commissione dei delitti.” ROMA. *Decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309*. Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenção, cura e riabilitazione dei relativos stati di tossicodipendenza.

Disponível em:

<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-10-31&atto.codiceRedazionale=090G0363&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁸¹⁶ “Nuove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia.” ROMA. *Decreto-Legge 15 gennaio 1991, n. 8*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-01-15&atto.codiceRedazionale=091G0027&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 29 set 2020.

⁸¹⁷ “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, recante nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro que colaborano con la giustizia.” ROMA. *Legge 15 marzo 1991, n. 82*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-03-16&atto.codiceRedazionale=091G0128&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.9463843106264376&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 29 set 2020.

Por sua vez, o *Decreto-Legge 13 maggio 1991, n. 152*⁸¹⁸, convertido na *Legge 12 luglio 1991, n. 203*⁸¹⁹, se por um lado evidenciava uma resposta estatal mais severa com o aumento de pena para associação do tipo mafioso, dispôs acerca de mais benefícios em favor dos mafiosos colaboradores da justiça (*collaboratori di giustizia*), em detrimento daqueles que se mostravam ainda inflexíveis.⁸²⁰

A aparente complacência do Estado ao conferir benefícios para os *collaboratori di giustizia* era justificável: o código de silêncio (*omertà*) estabelecido entre os “homens de honra” da Máfia italiana se tratava de uma barreira impenetrável e intransponível, e significava, fatalmente, a pena de morte ao seu violador (ou a quem fosse a ele ligado)⁸²¹. A colaboração significou a *ultima ratio*, medida derradeira adotada pelo Estado Italiano na tentativa de coibir a criminalidade avassaladora e importante passo para trilhar uma perspectiva mais positiva no controle da violência que assolava o país há anos.⁸²²

La previsione di una legislazione premiale per la collaborazione processuale in tema di criminalità organizzata nasce dall'esigenza di superare le difficoltà concrete che l'ordinamento riscontra nella repressione di nuove forme di criminalità, talmente ramificate e aggressive, da mettere a dura prova i tradizionali strumenti di indagine e rendere necessario un contributo da parte di soggetti affiliati a tali organizzazioni.⁸²³

⁸¹⁸ “Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa.” ROMA. *Decreto-Legge 13 maggio 1991, n. 152*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-05-13&atto.codiceRedazionale=091G0191&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.9463843106264376&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 01 out 2020.

⁸¹⁹ “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa.” ROMA. *Legge 12 luglio 1991, n. 203*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-07-12&atto.codiceRedazionale=091G0250&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.9463843106264376&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 01 out 2020.

⁸²⁰ O *Decreto-Legge 13 maggio 1991, n. 152* foi responsável por introduzir o *Articolo 4-bis e 58-ter* na *Legge 26 luglio 1975, n. 354* (Lei sobre o Sistema Penitenciário e Execução de Pena), com alterações posteriores promovidas pelo *Decreto-Legge 8 giugno 1992, n. 306*, demonstrando todo o rigor legislativo ao dificultar a concessão de benefícios para aqueles que se mantinham obstinados a adotar uma postura avessa à colaboração.

⁸²¹ “Un mafioso che inizia la sua collaborazione con lo Stato viola una regola fondamentale delle organizzazioni mafiose: la consegna del silenzio, l'omertà, che è garanzia del mantenimento della segretezza, di esercizio del potere e di assicurazione dell'impunità. È per tale motivo che alcuni collaboratori di giustizia, considerati "infami" nel mondo mafioso, sono stati colpiti dalle cosiddette "vendette trasversali", vale a dire che i loro cari (figli e parenti) sono stati vittime di feroci agguati”. ITÁLIA. Sportello Scuola e Università. Parlamento Italiano. Collaboratori e testimoni di giustizia. Disponível em: <http://www.camera.it/_bicamerale/leg15/commbicantimafia/documentazionetematica/25/schedabase.asp>. Acesso em: 01 out. 2020.

⁸²² [...] la giurisprudenza di legittimità ha sempre giustificato la scelta di politica criminale appena citata, sostenendo che la Costituzione attribuisce alla pena, non solo la funzione rieducativa, ma anche afflittiva e retributiva e, quindi, nel caso specifico della lotta ad una criminalità aggressiva come quella di stampo mafioso, la decisione di sacrificare il fine rieducativo e valorizzare quello afflittivo è da considerarsi coerente con il dettato costituzionale nella misura in cui non si traduca in una completa estromissione dell'aspetto rieducativo. *Ibidem*, p. 470.

⁸²³ GIORDANO, Antonina; LECCESE, Ilaria. *Delitti di criminalità organizzata e collaboratori di giustizia: Luci ed ombre del regime penitenziario premiale*. Loreto Ancona: Antonio Tombolini Editore, 2017. p. 385.

A par disso, as disposições legislativas posteriores viriam incrementar o instituto de modo a aprimorá-lo e torná-lo mais efetivo.

A partir do *Decreto-Legge 8 giugno 1992, n. 306*⁸²⁴, convertido na *Legge 07 agosto 1992, n. 356*⁸²⁵, passaram a ser admitidos como colaboradores aqueles réus com processos já sentenciados e por sua vez condenados, os quais puderam usufruir das benesses, e não apenas aqueles que contribuíam no curso das investigações ou durante o processo instaurado.

No entanto, remanesca um aspecto negativo.

Os benefícios penitenciários previstos no *Articolo 13-ter* do *Decreto-Legge 15 gennaio 1991, n. 8* somente poderiam ser aplicados àqueles que tivessem sido efetivamente admitidos no programa de proteção⁸²⁶. Essa inclusão dependia de uma aferição subjetiva do Procurador da República acerca daquilo que compreendia se tratar de declaração relevante.⁸²⁷ Inequivocamente, diante de uma margem de atuação tão intimista e discricionária, culminou em flagrante incerteza, insegurança e tratamento desigual, resultando em sua revogação pela legislação atual.⁸²⁸

⁸²⁴ “Art. 13-bis. - 1. Per gravi e urgenti motivi di sicurezza, il procuratore generale della Repubblica presso la corte di appello nel cui distretto ha sede l'istituto penitenziario, puo' autorizzare, su richiesta del Capo della polizia, che ne informa il Ministro dell'interno, che le persone detenute per espiazione della pena o internate per l'esecuzione di una misura di sicurezza siano custodite in luoghi diversi dagli istituti penitenziari, per il tempo strettamente necessario alla definizione dello speciale programma di protezione. Negli stessi casi, il procuratore generale nel cui distretto la persona e' ristretta ovvero ha la residenza o il domicilio puo' autorizzare specifiche modalita' esecutive delle misure alternative alla detenzione diverse dalla liberazione anticipata. 2. Le autorizzazioni previste dal comma 1 possono essere date anche prima dell'inizio della esecuzione della pena o della misura di sicurezza, dal procuratore generale della Repubblica presso la corte di appello nel cui distretto la persona da ammettere allo speciale programma di protezione ha la residenza o il domicilio. 3. Quando si tratta di persone detenute o internate per taluno dei reati indicati nell'articolo 51 comma 3- bis del codice di procedura penale, i provvedimenti previsti dai commi 1 e 2 sono adottati dal procuratore generale d'intesa con il procuratore nazionale antimafia.”. ROMA. *Decreto-Legge 8 giugno 1992, n. 306*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1992-06-08&atto.codiceRedazionale=092G0353&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acessado em 07 out. 2020.

⁸²⁵ ROMA. *Legge 07 agosto 1992, n. 356*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1992-08-07&atto.codiceRedazionale=092G0398&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acessado em 07 out. 2020.

⁸²⁶ “Art. 13-ter. - 1. Nei confronti delle persone ammesse a speciale programma di protezione l'assegnazione al lavoro all'esterno ...” ROMA. *Decreto-Legge 8 giugno 1992, n. 306*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1992-06-08&atto.codiceRedazionale=092G0353&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acessado em 07 out. 2020.

⁸²⁷ Art. 13-ter. - 1. Nei confronti delle persone ammesse a speciale programma di protezione l'assegnazione al lavoro all'esterno, la concessione dei permessi premio e l'ammissione alle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI della legge 26 luglio 1975, n. 354, sono disposte sentita l'autorità che ha deliberato il programma, la quale provvede ad acquisire informazioni dal pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali e' stata prestata la collaborazione.” Ibidem.

⁸²⁸ Para tanto, atualmente, a lei esmiuçou o conceito de “relevância” e retirou do órgão acusador a atribuição quanto a essa aferição. Na dicção legal, exigem-se os contornos de “*intrinseca attendibilità*”, “*carattere di novità o di completezza*” e “*notevole importanza*”. São as disposições contidas no *Articolo 9, 3 do Decreto-Legge 15*

Assim, a *Legge 13 febbraio 2001, n. 45*⁸²⁹⁻⁸³⁰ e a *Legge 11 gennaio 2018, n. 6*, foram responsáveis por alterações significativas no campo da colaboração premiada⁸³¹, e subsistem harmonicamente, cada uma *de per se*, nas suas especificidades, juntamente com o então derogado *Decreto-Legge 15 gennaio 1991, n. 8*.

Finalmente, a *Legge 1 marzo 2001, n. 63* promoveu modificações no *Codice Penale* e *di Procedura Penale*, no que diz respeito à formação e avaliação da prova sob o prisma do

gennaio 1991, n. 8. “Ai fini dell'applicazione delle speciali misure di protezione, assumono rilievo la collaborazione o le dichiarazioni rese nel corso di un procedimento penale. La collaborazione e le dichiarazioni predette devono avere carattere di intrinseca attendibilità. Devono altresì avere carattere di novità o di completezza o per altri elementi devono apparire di notevole importanza per lo sviluppo delle indagini o ai fini del giudizio ovvero per le attività di investigazione sulle connotazioni strutturali, le dotazioni di armi, esplosivi o beni, le articolazioni e i collegamenti interni o internazionali delle organizzazioni criminali di tipo mafioso o terroristicamente evasivo o sugli obiettivi, le finalità e le modalità operative di dette organizzazioni.” ROMA. *Decreto-Legge 15 gennaio 1991, n. 8*. “Nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia.” Disponível em: <<https://www.normatti.va.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-01-15&atto.codiceRedazionale=091G0027&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.detttaglioAtto>>. Acesso em 06 out. 2020.

⁸²⁹ Estabeleceu-se finalmente a diferença entre *collaboratore di giustizia* e *testimone di giustizia*, conferindo-lhes tratamento adequado que até então era disposto de maneira confusa. “I collaboratori sottoscrivono un "contratto" con lo Stato basato sulla fornitura di informazioni provenienti dall'interno dell'organizzazione criminale in cambio di benefici processuali, penali e penitenziari, della protezione e del sostegno economico per sé e per i propri familiari. I testimoni invece forniscono la loro testimonianza relativamente all'accadimento di un fatto delittuoso e per tale ragione godono di una protezione da parte degli organi dello Stato appositamente creati. In molti casi si tratta di commercianti che si rifiutano di pagare il "pizzo" o di persone non più disposte a continuare a pagare interessi a tassi usurari concessi loro da membri dell'organizzazione mafiosa.” ITALIA. *Collaboratori e testimoni di giustizia*. In: *Parlamento Italiano. Sportello Scuola e Università. Commissione Parlamentare Antimafia*. Disponível em: <http://www.camera.it/_bicamerale/leg15/commbicantimafia/documentazionetematica/25/schedabase.asp>. Acesso em: 02 out. 2020.

⁸³⁰ Os colaboradores de justiça (*collaboratori di giustizia*), também são chamados de *pentiti* (arrepentidos) na Itália, e equiparam-se à figura do delator no ordenamento brasileiro. “São considerados *pentiti* aqueles sujeitos que confessam seus próprios crimes e proporcionam à autoridade informações necessárias para a reconstrução do fato e a individualização dos participantes do delito.” BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Atualizada de Acordo com a Lei 13.964/2019*. Op. cit., p. 23.

⁸³¹ Outra inovação foi a criação do *verbale illustrativo*, previsto no *Articolo 16-quater* do *Decreto-Legge 15 gennaio 1991, n. 8*. O colaborador que pretenda ser beneficiado com as Medidas Especiais de Proteção (“*speciali misure di protezione*”), deverá formalizar suas declarações por meio de documento a ser entregue ao Ministério Público, no prazo de 180 dias, a contar da manifestação acerca da vontade de colaborar, no qual constarão todas as informações úteis para a reconstrução dos fatos e circunstâncias criminosas. “Art. 16-quater - 1. Ai fini della concessione delle speciali misure di protezione di cui al Capo II, nonche' per gli effetti di cui agli articoli 16-quinquies e 16-nonies, la persona che ha manifestato la volonta' di collaborare rende al procuratore della Repubblica, entro il termine di centottanta giorni dalla suddetta manifestazione di volonta', tutte le notizie in suo possesso utili alla ricostruzione dei fatti e delle circostanze sui quali e' interrogato nonche' degli altri fatti di maggiore gravita' ed allarme sociale di cui e' a conoscenza oltre che alla individuazione e alla cattura dei loro autori ed altresì le informazioni necessarie perche' possa procedersi alla individuazione, al sequestro e alla confisca del denaro, dei beni e di ogni altra utilita' dei quali essa stessa o, con riferimento ai dati a sua conoscenza, altri appartenenti a gruppi criminali dispongono direttamente o indirettamente.” ROMA. *Decreto-Legge 15 gennaio 1991, n. 8*. Disponível em: <<https://www.normatti.va.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-01-15&atto.codiceRedazionale=091G0027x&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.detttaglioAtto>>. Acesso em: 02 out. 2020.

“giusto processo” desenvolvido no *Articolo 111* da *Costituzione*⁸³², introduzindo uma releitura da colaboração premiada à luz das diretrizes constitucionais.

Difunde-se a ideia da necessidade de aferição das declarações prestadas pelo colaborador e o nível de verossimilhança a qual deve ser atribuído para que possa gozar das benesses da lei. De toda forma, afronta o justo processo o colaborador que se nega a prestar ou afirmar em juízo as declarações outrora firmadas no *verbale illustrativo*⁸³³ ou que promove alterações no seu discurso.⁸³⁴

De toda sorte, diversamente do Direito Estadunidense, não se franqueia ao Ministério Público transacionar a respeito do quantitativo de pena a ser destinada ao colaborador.

5.2.3. Estados Unidos da América

⁸³² “Art. 111. ((La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parita', davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel piu' breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facolta', davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale e' regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non puo' essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si e' sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non há luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilita' di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita)). Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla liberta' personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, e' sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si puo' derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione e' ammesso per i soli motivi inerenti ala giurisdizione.” ROMA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1947-12-27&atto.codiceRedazionale=047U0001&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo=10&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 02 out. 2020.

⁸³³ Remeto o leitor às informações contidas na nota de rodapé 87.

⁸³⁴ “...o legislador atuou em três frentes: a) restrição do direito ao silêncio do imputado-colaborador; b) utilização somente indireta da declaração prestada antes do debate; e c) motivadas exceções ao princípio do contraditório. Quanto ao direito ao silêncio, o colaborador pode não repetir no debate as declarações prestadas no que se refere a crimes pelos quais também lhe são imputados; em todos os outros casos, fica obrigado a responder todas as perguntas sobre a responsabilidade de outros, fato que o faz assumir a veste e os deveres de testemunha. Quanto à utilização das declarações, quatro questões devem ser abordadas: a primeira diz respeito aos casos em que o colaborador presta em juízo declarações diversas das que constam no *verbale illustrativo*, fato que afeta a sua credibilidade como testemunha. A segunda refere-se aos casos em que as precedentes declarações não são confirmadas em juízo, o que leva à sua utilização limitada. A terceira está relacionada à proibição absoluta de utilizar as precedentes declarações quando o colaborador refuta voluntariamente o contraditório. A quarta e última, pelo contrário, consiste na possibilidade de utilizar as precedentes declarações, quando a subtração ao contraditório não ocorre voluntariamente, seja por fatos naturais (morte do colaborador) ou do homem (ameaça, violência, suborno).” BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Atualizada de Acordo com a Lei 13.964/2019*. Op. cit., p. 90.

O instituto *plea bargaining*⁸³⁵, sinônimo de uma justiça criminal consensual estabelecida na América do Norte, teve sua ascensão nas décadas iniciais do século XX⁸³⁶, principalmente a partir de decisões proferidas⁸³⁷ pela *Supreme Court of the United States*, nos idos de 1970⁸³⁸, reconhecendo a legitimidade e aplicabilidade naquele ordenamento.

O instituto estadunidense lançou forte influência no ordenamento jurídico brasileiro, embora inarredáveis as diferenças entre os sistemas, revelando-se fundamental a explanação a respeito delas, ainda que breve, para melhor compreensão da origem do *plea bargaining* e sua aplicação no direito pátrio⁸³⁹.

⁸³⁵ “The guilty plea rather than the trial has become the centerpiece of the America criminal justice system.” GERBER, Rudolph J. A judicial view of plea bargaining. In: *Criminal Law Bulletin*, Boston, v. 34, n. 1. p. 16, Jan./Feb. 1998.

⁸³⁶ “... até o século XVIII, os julgamentos por jurados, comuns no direito consuetudinário eram procedimentos dirigidos por juízes, sem a intervenções de advogados, se desenvolviam com tal rapidez que o *plea bargaining* resultava desnecessário. Dali em diante, o incremento do caráter adversarial do processo e das regras de provas introduziram grande complexidade nos julgamentos por jurados e os tornaram impraticáveis como procedimento regular de resolução de conflitos.” LANGBEIN, John H. Comprendiendo la breve historia del *plea bargaining*. In: *Nueva Doctrina Penal*, fasc. A. Buenos Aires, 2001. p. 59.

⁸³⁷ A despeito de tantos outros precedentes, apresentamos como paradigma, o *leading case*, North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25 (1970) “Appellee was indicted for the capital crime of first-degree murder. At that time, North Carolina law provided for the penalty of life imprisonment when a plea of guilty was accepted to a first-degree murder charge; for the death penalty following a jury verdict of guilty, unless the jury recommended life imprisonment; and for a penalty of from two to 30 years' imprisonment for second-degree murder. Appellee's attorney, in the face of strong evidence of guilt, recommended a guilty plea, but left the decision to appellee. The prosecutor agreed to accept a plea of guilty to second-degree murder. The trial court heard damaging evidence from certain witnesses before accepting a plea. Appellee pleaded guilty, although disclaiming guilt, because of the threat of the death penalty, and was sentenced to 30 years' imprisonment. The Court of Appeals, on an appeal from a denial of a writ of habeas corpus, found that appellee's guilty plea was involuntary because it was motivated principally by fear of the death penalty. Held: The trial judge did not commit constitutional error in accepting appellee's guilty plea. Pp. 400 U. S. 31-39. (a) A guilty plea that represents a voluntary and intelligent choice among the alternatives available to a defendant, especially one represented by competent counsel, is not compelled within the meaning of the Fifth Amendment because it was entered to avoid the possibility of the death penalty. Brady v. United States, 397 U. S. 742. p. 400 U. S. 31.” UNITED STATES OF AMERICA. North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25 (1970), n. 14, Argued November 17, 1969, Reargued October 14, 1970, Decided November 23, 1970. In: Justia US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/>>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁸³⁸ “... a partir de fines del siglo XIX y principios del XX se comienza a utilizar el *plea bargaining* como forma de evitar el procedimiento de enjuiciamiento por Jurados. Ello sucede paralelamente, entre otros factores, al desarrollo y burocratización de los órganos de persecución estatal, y a la ampliación de las conductas atrapadas por la ley penal, como surge del interesante trabajo de Alschuler. Este autor indica, además de estas causas históricas, que se llega, luego de su legitimación por el Tribunal Supremo, a una cifra cercana al 90 por ciento de penas impuestas mediante acuerdos hacia fines de los años 1970”. ALSCHULER, Albert W; CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás; BARONA VILAR, Silvia; RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás; AGUILERA MORALES, Marien apud ANITUA, Gabriel Inacio. Op.cit., p. 51.

⁸³⁹ “El modelo a imitar por todas estas legislaciones es el *plea bargaining*. Este sistema es una práctica en los sistemas procesales de los Estados Unidos de América y de Inglaterra y Gales. En rigor el modelo adoptado es el de una clase del *plea bargaining*: el *sentencing bargaining*, en el cual el acuerdo se realiza sobre la pena a imponer si el acusado asume la culpabilidad (*guilty plea*). Por la influencia del principio de legalidad penal en la tradición continental europea (y por ese medio en la iberoamericana) no se pueden realizar otros acuerdos, también realizados en el ámbito anglosajón, como el *charge bargaining*, *lateral bargaining*, etc., que permiten negociar también el hecho mismo o la calificación legal.” Ibidem, p. 46.

Veja-se que, “no sistema processual penal americano, o Promotor de Justiça tem **absoluto** arbítrio com relação à ação penal”. (grifo original)⁸⁴⁰ Além do mais, é livre a escolha da imputação, pois, “enquanto no Brasil, os fatos obrigam (ou pelo menos deveriam obrigar) a acusação a imputar um determinado e único crime ao acusado (princípio da taxatividade); nos Estados Unidos, por uma mesma conduta, o sujeito pode sofrer infinitas condenações ...”⁸⁴¹

Destaca-se em Vinicius Gomes de Vasconcellos⁸⁴² a respeito do *plea bargaining* e da colaboração premiada:

[...] a diferenciação fundamental entre tais institutos diz respeito à manutenção do processo de obtenção de outros elementos probatórios para fundamentar a eventual sentença condenatória. Por um lado, a barganha é um mecanismo que, a partir da conformidade do acusado, autoriza a imposição de sanção penal com a supressão do transcorrer normal do processo. A colaboração premiada, ao menos em teoria, pressupõe a corroboração dos elementos a partir dela admitidos, mantendo a necessidade de produção probatória e os autos do procedimento de instrução e julgamento.

As Regras Federais de Procedimento Criminal Americano (*Federal Rules of Criminal Procedure*) dedicam um título exclusivo (*Title IV. Arraignment and Preparation for Trial;*) para as chamadas súplicas (*Rule 11. Pleas*). São tecidas regras pormenorizadas, além da exposição de conceitos, procedimento e requisitos a serem observados para a validade do instituto, acrescido de notas explicativas emitidas pelo Comitê Consultivo acerca das Emendas (*Notes of Advisory Committee on Rules*) efetivadas a partir da experiência obtida em casos paradigmas no *plea bargaining*.⁸⁴³

Contextualizando-o processualmente, na dicção de Chemerinsky e Levenson, extraída de Queirós Campos:

[...] Antes do julgamento, pode ocorrer a chamada *plea bargaining*, que consiste em um processo de negociação entre a acusação e o réu e seu defensor, podendo culminar na confissão de culpa (*guilty plea ou plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, através do qual o réu não assume a culpa, mas declara que não quer discuti-la, isto é, não deseja contender. [...] Se o acusado decide confessar a culpa (*guilty plea*), é agendada uma audiência para que ele manifeste sua decisão perante um magistrado.

⁸⁴⁰ “Ocorre que, enquanto no Brasil, diante da prática de um delito, o promotor está obrigado a propor a ação penal, no sistema americano, ainda que estejam presentes todos os elementos do crime, o promotor pode optar por não mover a ação penal, sem prestar satisfações à vítima, ao Poder Judiciário, ou a qualquer outra instância de Poder.” PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “*plea bargaining*” no Direito Norte-Americano. In: *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas*, fasc. 23. São Paulo, 2001, pp. 115.

⁸⁴¹ *Ibidem*, p. 116.

⁸⁴² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 25.

⁸⁴³ UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em: <<https://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-criminal-procedure.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

A *guilty plea* é, ao mesmo tempo, uma admissão de cometimento do delito e uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento.⁸⁴⁴

Conceitualmente, *plea bargaining* consiste em um mecanismo segundo o qual,

(...) o acusado renuncia a seu direito de ser submetido a julgamento, confessando sua culpa, em troca da redução de imputação que lhe é feita e/ou da pena a ser aplicada, ou de uma recomendação a ser dirigida pelo Ministério Público ao magistrado para atenuar a situação do réu, evitando, assim, a realização do processo.⁸⁴⁵

Diferentemente da justiça brasileira, uma vez confessada a culpa, o réu é imediatamente condenado, sem que qualquer outra prova ou diligência corrobore nesse sentido, em verdadeira renúncia ao Devido Processo Legal⁸⁴⁶ e suas garantias⁸⁴⁷⁻⁸⁴⁸.

⁸⁴⁴ Trata-se da demonstração estrutural do procedimento que, nas linhas perfilhadas pelo autor: “[...] se inicia com a prisão do infrator, seguida do oferecimento de uma acusação (*complaint*) que contenha a demonstração de justa causa (*probable cause*), submetida à apreciação de um magistrado. Posteriormente, é designada uma data para comparecimento do acusado perante o juiz (*first appearance* ou *arraignment on complaint*), para que seja cientificado das acusações a ele feitas e advertido de seu direito a ser assistido por um advogado, bem como possa tentar ser libertado com o pagamento de fiança. Em seguida, a acusação formalizada contra o infrator é submetida à análise pelo Grande Júri (*grand jury*), que ouvirá, em audiência, as provas apresentadas pela acusação e decidirá se há justa causa para que o réu vá a julgamento. Aceitando a acusação, o Grande Júri faz o que, nos Estados Unidos da América, denomina-se “indiciamento” (*indictment*), fixando as acusações que serão levadas a julgamento. Superada essa etapa, o réu é chamado a comparecer a uma nova audiência (*arraignment on indictment*), na qual será indagado como ele se declara, culpado ou inocente (*plea of guilty or not guilty*), além de advertido sobre as acusações. A corte, então, agendará uma data para julgamento, dentro de padrões constitucionais de rápido julgamento (*speedy trial*). Passa-se à fase de confronto da prova (*discovery*), na qual cada parte procura examinar as evidências que seu adversário pretende utilizar no julgamento. Nessa etapa, é bastante frequente que as partes apresentem petições (*pretrial motions*) sobre uma variedade de temas, tais como a supressão de provas ilicitamente obtidas, dentre outras possíveis nulidades procedimentais. Antes do julgamento, pode ocorrer a chamada *plea bargaining*, que consiste em um processo de negociação entre a acusação e o réu e seu defensor, podendo culminar na confissão de culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, através do qual o réu não assume a culpa, mas declara que não quer discuti-la, isto é, não deseja contender. [...] Se o acusado decide confessar a culpa (*guilty plea*), é agendada uma audiência para que ele manifeste sua decisão perante um magistrado. A *guilty plea* é, ao mesmo tempo, uma admissão de cometimento do delito e uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento. [...] Por sua vez, o *nolo contendere* possui o mesmo efeito da confissão de culpa, ou seja, o réu será imediatamente sentenciado no âmbito criminal. A única distinção é que, enquanto a *guilty plea* serve igualmente de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime. Não havendo confissão de culpa ou *nolo contendere*, o caso vai a julgamento, que pode dar-se perante um magistrado togado (*bench trial*) ou perante um júri (*jury trial*).” CHEMERINSK, Erwin; LEVENSON, Laurie L. apud CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. In: *Custos Legis*. Revista Eletrônica do Ministério Público. 2012. p. 3-5. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>.

Acesso em: 09 de nov. 2020.

⁸⁴⁵ SOUZA, José Alberto Sartório de. *Plea bargaining: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade*. In: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, fasc. 2. Belo Horizonte, dez. 1998. p. 262-263.

⁸⁴⁶ “Daí, pode-se concluir que, nos Estados Unidos, o “due process of law” não é uma garantia, mas sim um direito; tal qual o direito à defesa técnica que, naquele país, também pode ser dispensado. ... a Constituição Federal “garante” o devido processo legal e o julgamento pelo júri, desde que o réu queira tais garantias!!!” PASCHOAL, Janaína Conceição. Op. cit., p. 117. (grifo original)

⁸⁴⁷ Nas lições de MAIER, Julio B. J., trata-se da “...renuncia a principios fundamentales del sistema penal y, por la otra, no constituyen remedio alguno para la ineficacia del procedimiento penal, sino tan sólo paliativos que, la mayoría de las veces y casi exclusivamente, intentan ocultar esa ineficacia.” MAIER, Julio B. J. ¿Es posible

Um das críticas mais contundentes se revela no fato de que:

(...) substância das concessões que [o Ministério Público] esteja disposto a fazer crescerá na medida inversamente proporcional à inconsistência das provas que possua; ou, dito de forma mais enxuta, “nos casos fracos” (*weak evidence cases*) tenderá a ser mais “generoso”; nos “casos fortes” (*strong evidence cases* ou ainda, no jargão judiciário, *dead-bang* ou *slam-dunk*), tenderá a conter essa generosidade.⁸⁴⁹

Uma vez assumida a culpa, trava-se, portanto, o *plea bargaining* em sua vertente explícita (*explicit plea bargaining*) porque se estabelece uma negociação entre as partes. Nesse molde, apresentam-se três modalidades: a) *charge bargaining* consiste em duas hipóteses, a primeira, no integral abandono da imputação realizada pela Promotoria em troca da confissão de culpa; a segunda, procede-se à alteração da imputação originária, ora mais gravosa, atribuindo-se uma conduta menos gravosa; b) *sentencing bargaining*, na qual a Promotoria se encarrega de sugerir (*recommendations*) ao juiz o abrandamento da pena, sem promover qualquer alteração na imputação; c) *mista* em que há harmonização entre regimes anteriores, procedendo-se à redução das imputações propostas pela Promotoria ao mesmo tempo em que é sugerida a amenização da pena.

Na sua vertente implícita (*implicit plea bargaining*), não há negociação entre acusação e defesa, mas a auto confissão de culpa promove a atenuação da pena.

Na aferição a respeito dos benefícios do *plea bargaining*, aponta-se a eficácia do instituto atrelando-se às “mútuas vantagens” entre os sujeitos processuais e a sociedade⁸⁵⁰. Ganha o Estado (cronológica e financeiramente), a vítima (psiquicamente), o réu (processual e penalmente) e a sociedade (resposta estatal imediata).⁸⁵¹⁻⁸⁵²

todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho? In: *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* nº 1, Buenos Aires, Di Plácido, 2000, 271.

⁸⁴⁸ “Sin embargo, han surgido en los últimos años incluso argumentos teóricos contra la forma de entender a la “verdad” desde un punto de vista jurídico garantista, y se han sostenido criterios de “verdad” procesal distintos, ya no en base al sistema de comprobación legal sino como fruto del acuerdo, y que por eso llaman “verdad” consensual. Para los defensores del criterio consensual de verdad, la única ventaja del acuerdo no está en acercarse mejor a la “verdad”, sino en terminar esa búsqueda más rápido. ... Ello en tanto se viola, de esta forma, todo el sistema de garantías. Y no sólo pierden vigencia el principio de inderogabilidad del juicio, el principio de publicidad y el principio acusatorio, presentes en el “juicio previo” estadounidense. También se afectan los principios de igualdad, de certeza y de legalidad sustancial, el de proporcionalidad entre delito y pena e, incluso, la presunción de inocencia y la carga de la prueba a la acusación (negadas por el papel fundamental que jugará el allanamiento del acusado). ANITUA, Gabriel Inacio. Op.cit., p. 49 e 52.

⁸⁴⁹ GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 10. ed. St. Paul: Thomsom Reuters, 2014. p. 1337.

⁸⁵⁰ Em doutrina brasileira, “a colaboração deve ser de considerável benefício à investigação e ao contexto probatório. Considerando que se trate de verdadeira ‘negociação’ das situações jurídicas, envolvendo o binômio contexto probatório/situação processual do suspeito/acusado, deve existir correlação de equivalência, com vantagens para ambos, para que se perfaça o ‘acordo’.” MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2ª São Paulo: Ed. Atlas, 2007. p. 42.

⁸⁵¹ “Rapidez y eficacia son los objetivos del poder punitivo estatal, aunque puede confundirse con el derecho elemental a no sufrir una persecución penal prolongada. ... la totalidad de los actores del sistema y la mayoría de los comentaristas realizan la descripción del modelo de plea bargaining como aquel sobre el que reposa el “buen” funcionamiento del sistema estadounidense, y que conduce a la posibilidad de sanción de la inmensa

No entanto, críticas severas são tecidas frente a um acordo infactível entabulado entre desiguais⁸⁵³⁻⁸⁵⁴ à revelia de Princípios Constitucionais⁸⁵⁵, como do Devido Processo Legal⁸⁵⁶, abstendo-se o réu de um justo processo⁸⁵⁷.

cantidad de condenas actuales. La doctrina del Tribunal Supremo estadounidense, desde que se ha ocupado del tema, lo ha mantenido en base a las “ventajas mutuas” que obtendrían todos los interesados en el caso. Esa expresión es utilizada también por los autores que sostienen la conveniencia del método ... No han faltado las voces que han encontrado otros argumentos para señalar la ventaja de eludir el juicio público y por jurados que debería ser el ordinario en los Estados Unidos. Dentro de este ámbito se ha visto al acuerdo como una forma de proteger a los testigos que así no deberán hacer declaraciones traumatizantes para ellos mismos. Entre estos “defensores” de las víctimas está Fletcher. ... El argumento de permitir que funcione el sistema penal sin colapsarse es el definitivo, y el que se impone sobre otros de tipo jurídico, filosófico, político o moral. En similares términos, más bien prácticos, se indica que ésta es la herramienta que hace funcionar al sistema punitivo británico, ya que en caso contrario no podrían realizarse todos los juicios. En la década de 1970, hacían esa referencia indicando la mayoritaria cantidad de condenas así obtenidas – en ese entonces 70 por ciento.” Ibidem, p. 49, 52-53.

⁸⁵² “Talvez até seja possível entender (apesar de não aceitar) a manutenção do “plea bargaining”, quando se analisa a “complexidade do sistema processual norte-americano, totalmente pautado no julgamento efetivado por júris, compostos por dozes pessoas que recebem um pagamento diário e são escolhidas através de um processo custoso (voire dire), durante o qual os convocados são incessantemente questionados por acusação e defesa. De fato, tendo-se em vista o “preço” do devido processo legal americano, tem-se que a barganha, pelo menos economicamente falando, parece mais viável. No entanto, sob o ponto de vista da dignidade humana, parece ser extremamente questionável o fato de a culpabilidade penal ser decidida através de uma análise do custo benefício estatal!” PASCHOAL, Janaína Conceição. Op. cit., p. 124.

⁸⁵³ “Por lo tanto en estos procedimientos “simplificados” los que pactan, en realidad, no son iguales, sino que es el Estado, por intermedio de uno de sus agentes, quien se permite reducir su respuesta violenta frente a determinada acción si el ciudadano acusado resigna sus derechos constitucionales. ... Es por ello que se advierte otro peligro de la “conformidad” o el “juicio abreviado”, tras la buena recepción de este mecanismo en la práctica judicial. Esta consecuencia se está verificando en estos últimos años y ya es una lacerante realidad en los Estados Unidos. La velocidad para conseguir condenas se traduce en un aumento de las penas impuestas con este sistema penal amplificado. Si se pretende inducir a más imputados a aceptar el juicio abreviado, es lógico que aumente la diferencia entre la pena que se le ofrezca al que se confiese culpable y la pena que lo amenace si se lo declara culpable en juicio.” Id.. p. 56 e 59. Fala-se também em “denúncias infladas”, “a fim de que o Estado tenha um espaço para “barganha” e “de forma a permitir que, após a barganha, o réu receba a pena que, através do devido processo legal, deveria receber, caso culpado e condenado”. PASCHOAL, Janaína Conceição. Op. cit., p. 119.

⁸⁵⁴ Para Langbein, trata-se de instrumento que vulnera garantias constitucionais e confere ao Estado um Poder desmedido, senão arbitrário. LANGBEIN, John H. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados. In: *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, tomo 1996/A (trad. del original que no menciona año, C. Curtis y A. Bovino). p. 50.

⁸⁵⁵ “The most important real-world fact about the American criminal justice system is that the accused enjoy few truly realistic strategic choices no matter how many rights our federal and state constitutions exult. In majority the of cases, they have no opportunity to exercise these rights because the exercise of the rights is too expensive, time consuming, and risky.” GERBER, Rudolph J. Op.cit., p. 23.

⁸⁵⁶ “The weight of this continuous pressure on the accused to forgo a trial raises the question of whether any guilty pleas or plea bargaining ought to be allowed by the courts. It can safely be assumed that the availability of the guilty-plea option results in the conviction of at least a few innocent defendants. For those who believe that the single goal of criminal justice is the determination of the truth - to find and sentence the actual perpetrator of the offense in question - and that the best protection for society is the most stringent safeguarding of individual rights and liberties, the logical system would be one in which every defendant is afforded a trial at which the prosecution must fully prove its case.” WHITMAN, Peter A. Judicial Plea Bargaining. In: *Stanford Law Review*, vol. 19, n. 5, 1967, pp. 1082-1092 (p. 1086). Disponível em: <www.jstor.org/stable/1227602>. Acessado em 13 nov. 2020.

⁸⁵⁷ “A major but subtle cause of plea bargaining is the complexity of the American criminal trial. Because of its detailed procedures, the trial has ceased to be an efficient routine disposition of a criminal charge. Instead, the players in the judicial system engage in a form of condemnation without adjudication: they threaten the defendant, in effect, with a greater sanction for insisting on adjudication by trial.” GERBER, Rudolph J. Op. cit., p. 16.

Chega-se a equipará-lo aos tradicionais métodos do modelo inquisitivo⁸⁵⁸, caracterizado pela extração de uma confissão forçada⁸⁵⁹ diante do potencial temor de uma acusação ou pena mais severas⁸⁶⁰, com valor probatório determinante.⁸⁶¹ Apesar de tais ponderações, o *plea bargaining* é utilizado em larga escala como instrumento eficaz na política criminal e de desoneração dos Tribunais daquele país⁸⁶².

Trata-se de uma aceitação pessoal da responsabilidade criminal, em troca de clemência. Diferentemente ocorre no direito pátrio porquanto não basta a aceitação da imputação, mas exige-se a cooperação do infrator.

Mencione-se ainda a existência dos acordos de cooperação (*cooperation agreements*), nos quais destaca-se o viés eminentemente investigativo, através da utilização do réu/investigado como testemunha instrumentária (*crown witness*), ou seja, meio de obtenção de provas, à qual é conferida imunidade (*immunized witness*), prevista no *US Code, Title 18 - Crimes and Criminal Procedure, Part V—Immunity Of Witnesses, Chapter 601—Immunity of Witnesses (§§ 6001 – 6005)*.

⁸⁵⁸ BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.) *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001. p. 74.

⁸⁵⁹ “The basic requirement for the acceptance of any guilty plea is that it be made “voluntarily with understanding of the nature of the charge”. ... One important question is whether innocent defendants are actually led to plead guilty by such a use of judicial influence. That some innocent persons do plead guilty should not be doubted. “This possibility arises wherever the innocent person is placed in such a situation that the untrue acknowledgment of guilt is at the time the more promising of two alternatives between which he is obliged to choose ...” The judicial tendency to sentence more heavily those who are convicted after trial rather than on guilty plea is itself an influence in favor of a false acknowledgment of guilt. ... Thus, where the judge himself indicates (even indirectly, as in *Elksnis*) the probable result of an unsuccessful trial defense, it would seem likely to create substantial pressure upon the innocent defendant to enter a guilty plea.” WHITMAN, Peter A. Op. cit., p. 1082 e 1084.

⁸⁶⁰ “No case “*Bordenkircher vs. Hayes*”, o promotor propôs ao acusado, *Hayes*, que se declarasse culpado. Em troca, o promotor sugeriria ao juiz uma pena de cinco anos. No ato da barganha, o promotor deixou claro que, caso *Hayes* decidisse ir a julgamento, ele aditaria a denúncia para incluir *Hayes* na lei que previa prisão perpétua para toda pessoa que, condenada duas vezes por um delito, viesse a ser acusada de um terceiro crime. *Hayes* decidiu exercer o seu “direito” de ser julgado; e, como prometido, o promotor aditou a denúncia, sendo certo que, tendo sido condenado, *Hayes* recebeu a pena de prisão perpétua. Quando o condenado contestou o acordo junto à Suprema Corte, aduzindo que o promotor estaria se vingando dele, aquele Tribunal entendeu ser a proposta do promotor legítima e a escolha do réu feita de forma consciente. Em referido caso, deixou-se claro que somente se considera vingança, a conduta adotada sem ser anunciada pela promotoria durante o processo de barganha. A Suprema Corte entendeu que o réu teve liberdade de escolha!” PASCHOAL, Janaína Conceição. *Ibidem*, p. 120. (nota de rodapé 20).

⁸⁶¹ SCHIFFRIN, Leopoldo H. Corsi e ricorsi de las garantías procesales penales en la Argentina. In: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, nº 8, Buenos Aires: Ad Hoc, 1998. p. 48.

⁸⁶² “The principal problem with any scheme which might eliminate guilty pleas or plea negotiation is the practical need for a means of handling the great number of criminal defendants appearing annually before our courts. This problem is presently coped with only by persuading the great majority of defendants to plead guilty. Were all bargaining eliminated, the consequent drop in the number of guilty pleas would so overload the courts and prosecutors (assuming no dramatic increase in the amount of resources allocated to the system of criminal justice) as to necessitate the treatment of each case in far less time and depth than previously. Consequently, the practical advantages of allowing defendants to plead guilty and forgo trial have thus far overridden any theoretical objections to the practice.” WHITMAN, Peter A. *Ibidem*, p. 1086-1087.

Afigura-se latente a miscelânea que o direito brasileiro entabulou, a partir de institutos diversos do direito comparado, na introdução da colaboração/delação premiada no país.

5.3. O perigo das falsas colaborações e delações premiadas. A experiência do Direito Alienígena.

Toda colaboração e delação premiadas têm como fator preponderante a confissão do colaborador ou do delator a respeito da sua participação criminosa, acrescida de informações de relevo, instrumentárias à apuração infracional.

No entanto, a história foi capaz de demonstrar o perigo de considerar a confissão a “rainha das provas”, eis que medidas abusivas e atrozidades eram efetivadas para extração da “verdade” e “legitimação” de ideologias religiosas ou políticas, a exemplo da Inquisição, do Nazismo/Fascismo e da Ditadura Militar.

5.3.1. Caso “Birmingham Six”⁸⁶³⁻⁸⁶⁴

Duas explosões simultâneas marcaram a noite do dia 21 de novembro de 1974, em *Birmingham*, no Reino Unido, com a morte de 21 pessoas e outras 182 feridas.⁸⁶⁵

Hugh Callaghan, Patrick Joseph Hill, Gerard Hunter, Richard McIlkenny, William Power e John Walker, foram presos, torturados e em 1975, sob confissão de culpa de alguns e provas forjadas pela polícia, condenados à prisão perpétua pela prática criminosa, em um processo marcado por fortes críticas em razão da atuação do juiz *Nigel Cyprian Bridge*⁸⁶⁶ (*Lord Bridge of Harwich*) que o presidiu.

Somente em 14 de março de 1991, após 16 anos de prisão, os supostos autores do fato foram inocentados e libertados. Um novo inquérito foi aberto para aferição de informações

⁸⁶³ SOLOMON-BRADY, Harvey. THE CITY'S SCARS - When did the IRA Birmingham pub bombings happen, how many were killed and why's there a new inquest? In: *The Sun*, United Kingdom, 22 mar 2019. Disponível em: <<https://www.thesun.co.uk/news/2277803/ira-birmingham-pub-bombings-new-inquest/>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

⁸⁶⁴ LISSAMAN, Clare. Birmingham Six 'were in the wrong place at the wrong time'. *BBC News*, England, 14 march 2011. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/uk-england-12664938>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

⁸⁶⁵ FAUL, Denis; MURRAY, Raymond. *Birmingham Framework: Six Innocent Men Framed for the Birmingham Bombings*. Irlanda: Denis Faul, 1976.

⁸⁶⁶ AMES, Jonathan. Lord Bridge of Harwich: Judge who presided over the trial of the Birmingham Six. In: *Independent*, United Kingdom, 28 november 2007. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/obituaries/lord-bridge-of-harwich-judge-who-presided-over-the-trial-of-the-birmingham-six-760722.html>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

significativas a respeito do envolvimento da organização paramilitar republicana *IRA*, *Irish Republican Army*⁸⁶⁷⁻⁸⁶⁸ a qual, já à época, era atribuída a responsabilidade pelo atentado.

É a partir dos radicalismos e dos infelizes casos paradigmas que se extraem as ponderações necessárias e que devem ser estendidas para o campo legislativo. Dentre tantas, nasce a imprescindibilidade da prova da corroboração.

Paolo Tonini adverte:

Do sistema acima delineado derivaram situações inaceitáveis, nas quais acusados da prática de crimes gravíssimos promoveram acusações falsas, sem que disso decorresse qualquer responsabilidade e sem que perdessem os benefícios concedidos pelo Estado aos denominados ‘colaboradores de justiça’. Em 1996, foram documentados e veiculados na imprensa, pelo menos, dez casos de acusados conexos que haviam acusado injustamente pessoas inocentes, as quais, conseqüentemente tinham sido presas e cuja reputação tinha sido irremediavelmente arruinada. Somente com o passar de muito tempo, foi verificada a falsidade daquelas declarações. Os acusados eram magistrados, funcionários do Estado, políticos, profissionais renomados e, por tal motivo, os jornais deram destaque à notícia da falsidade das acusações. Não se pode calcular quantos foram os cidadãos comuns que foram injustamente acusados.⁸⁶⁹

5.3.2. Caso “Tortora”⁸⁷⁰⁻⁸⁷¹

Um dos mais emblemáticos erros judiciários ocorreu na Itália na década de 1980 que culminou na condenação e encarceramento de *Enzo Claudio Marcello Tortora*⁸⁷².

Insuflados por benefícios normativos da recém criada legislação antimáfia⁸⁷³, os chamados *pentiti*, *Giovanni Pandico*⁸⁷⁴, *Pasquale Barra* e *Gianni Melluso*⁸⁷⁵ prestaram falsas

⁸⁶⁷ COLLINS, Danny. 'We want the truth' Fresh inquests to be held into the deaths of 21 people in 1974 Birmingham pub bombing that six people were wrongly imprisoned for. In: *The Sun*, United Kingdom, 1 jun 2016. Disponível em: <<https://www.thesun.co.uk/news/uknews/1229443/fresh-inquests-to-be-held-into-the-deaths-of-21-people-in-1974-birmingham-pub-bombing-that-six-people-were-wrongly-imprisoned-for/>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

⁸⁶⁸ WINTER, Alex. BOMB ARREST Birmingham pub bombings – Man arrested in Belfast over murder of 21 people killed in 1974 IRA blast. In: *The Sun*, United Kingdom, 18 nov 2020. Disponível em: <<https://www.thesun.co.uk/news/13230863/birmingham-pub-bombings-arrested-belfast-murder-21/>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

⁸⁶⁹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Op. cit., p. 150-151.

⁸⁷⁰ NAZZI, Stefano. Il giorno in cui arrestarono Enzo Tortora. In: *Il post*, 17 settembre 2010. Disponível em: <<https://www.ilpost.it/stefanonazzi/2010/09/17/il-giorno-in-cui-condannarono-enzo-tortora/>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

⁸⁷¹ Ibidem. La storia di Enzo Tortora. In: *Il post*, 30 settembre 2012. Disponível em: <<https://www.ilpost.it/2012/09/30/caso-enzo-tortora/7/>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

⁸⁷² Famoso apresentador televisivo da RAI – *Radiotelevisione Italiana*, no programa *Portobello*, nascido em 30 de novembro de 1928, em Gênova, falecido em 18 de maio de 1988, em Milão, acometido por um câncer, um ano após sua absolvição.

⁸⁷³ ROMA. *Legge 29 maggio 1982, n. 304*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1982-06-02&atto.codiceRedazionale=082U0304&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.5884475121548445&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 29 set. 2020.

⁸⁷⁴ “Porém, uma história de *centrini di seta* (toalhas de crochê que se põe ao centro das mesas) foi o fio condutor para estabelecer a ligação de *Tortora* com a Máfia *Camorrista*, na verdade de um de seus chefes, *Giovanni*

delações que, corroboradas por um pequeno escrito mal interpretado⁸⁷⁶ e o depoimento de outras duas testemunhas⁸⁷⁷, culminaram na prisão de *Enzo Tortora* na madrugada do dia 17 de junho de 1983, sob a acusação tráfico de drogas e membro da máfia *NCO - Nuova Camorra Organizzata*, de Nápoles.

Apesar de anos mais tarde ter sido absolvido⁸⁷⁸, amargou uma condenação em primeiro grau à pena de 10 anos de reclusão e ao pagamento de multa no valor de 50 milhões de liras por associação criminosa de tipo mafioso e tráfico de drogas, na forma do artigo 416-bis do Código Penal italiano e a suspensão do *Albo*, o sindicato dos jornalistas, pela Ordem dos Jornalistas da Lombardia. Condenação revertida posteriormente, mas incapaz de aplacar toda a repercussão negativa do caso transmitida pela mídia à sociedade e os anos de privação da inocência e da liberdade.

Restaram os pedidos de desculpas do delator *Gianni Melluso*⁸⁷⁹ e do promotor *Diego Marmo*⁸⁸⁰.

Pandico, então preso na penitenciária de *Porto Azzurro*. *Tortora* recebeu alguns *centrini di seta* de um detento, *Domenico Barbaro*, em seu programa *Portobello*, com a finalidade de que fossem levados à mídia e atingissem ampla divulgação. Não vendo nenhum resultado, *Barbaro* começa a enviar cartas ameaçadoras a *Tortora* – escritas pelo seu colega de sela *Pandico*, pois *Barbaro* era analfabeto –, que as responde de forma bastante seca, afirmando que encaminhará as cartas ao departamento jurídico da emissora italiana *Rai*. Enquanto isso, os *centrini* se perdem e a *Rai* reembolsa os detentos em 800 mil Liras. A questão parecia estar resolvida, mas não para o chefe da Máfia Italiana “*La Camorra*”, *Pandico*, que em uma negociação com a justiça, a fim de alcançar benefícios de pena e de tratamento, explica aos magistrados que “*centrini di seta*” na verdade era um código para indicar um carregamento de cocaína avaliado em 80 milhões de Liras, que o apresentador, segundo ele um “*camorrista ad honorem*”, teria embolsado e não dividido com os demais partícipes. Esta é a primeira prova para a acusação apresentada em juízo, a qual os advogados de *Tortora* desmontam em um instante, apresentando toda a correspondência trocada entre *Barbaro* e o programa *Portobello*. A resposta dos magistrados é extremamente rasa: “pois trata-se de um outro *Barbaro*”. COPETTI NETO, Alfredo; PETRINI, Michela; ROSA, Alexandre Morais da. Delações falsas e o que nos pode ensinar o Caso Tortora da Itália: *O perigoso jogo dos "colaboratori di giustizia"*. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/delacoes-falsas-e-o-que-nos-pode-ensinar-o-caso-tortora-da-italia-o-perigoso-jogo-dos>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

⁸⁷⁵ Trata-se dos principais delatores, quando, na verdade, dezenove deles o acusaram.

⁸⁷⁶ Um escrito encontrado na residência *Giuseppe Puca*, contendo um nome e um número, que após exames grafotécnicos detectou-se que a grafia formada, na verdade, era *Tortosa* (não *Tortora*, como inicialmente apontaram). Tratava-se de um depósito de bebidas perto de Nápoles e o número telefônico não tinha qualquer vinculação ao réu.

⁸⁷⁷ *Giuseppe Margutti* e *Rosalba Castellini* afirmaram às autoridades terem visto *Tortora* vendendo cocaína nos estúdios de televisão *Antenna 3*, em 1979.

⁸⁷⁸ A *Corte di Appello di Napoli* absolveu o réu de todas as acusações em 15 de setembro de 1986. Em 17 de junho de 1987 a *Corte di Cassazione* confirmou a sentença absolutória.

⁸⁷⁹ “Chiedo scusa, profondamente scusa, ai familiari di Enzo Tortora. Mi rivolgo soprattutto alle figlie Gaia e Silvia, che hanno patito l'inferno per colpa mia. È difficile che accettino di perdonarmi, lo so, ma sento il dovere di contribuire con la massima onestà a questa storia. Voglio dichiarare una volta per tutte che il presentatore Tortora era innocente. Che non c'entrava con la camorra, la droga o qualsiasi forma di malavita organizzata. Tortora è stato una vittima, e come tale va onorato. Lo ribadisco ora che sono uscito dal carcere e riassaporo la libertà: vorrei fosse vivo, Tortora, per inginocchiarmi davanti a lui. Una persona perbene, finita nel tritacarne delle menzogne. ... Dichiarai ai magistrati di avere consegnato a Tortora droga in quattro occasioni. Confermai l'attività di spacciatore che Tortora avrebbe svolto nello showbiz. ... In parte perché speravo, grazie a queste menzogne, di uscire prima dal carcere. Ma anche per una ragione che non ho mai rivelato. In quel periodo, mi avvicinarono nella caserma Pastrengo di Napoli Barra e Pandico, che stavano collaborando con la giustizia. Mi dissero: "Caro Gianni, Tortora è già in galera. Lo abbiamo punito perché non ci ha trattato con rispetto (si parlò

5.4. Da delação à colaboração

5.4.1. Evolução legislativa no direito pátrio⁸⁸¹.

Nos primórdios do Brasil Colônia sequer se poderia pensar em delação premiada ou a colaboração premiada tais quais concebidas atualmente, entretanto, a historicidade legislativa nos remete àquela época, apresentando-se institutos sob uma outra roupagem, simples e rudimentar, apropriada para tempos primitivos.

Os primeiros registros são encontrados nas Ordenações Filipinas (1603)⁸⁸², mais precisamente nos títulos VI e CXVI do Livro V⁸⁸³, válidas enquanto Brasil colônia de

di una folle vendetta di Pandico, risentito perché Tortora non aveva mostrato nel programma Rai "Portobello" i centrini ricamati in carcere da un amico, ndr). Segui la nostra versione, che ti conviene...". Barra e Pandico rappresentavano i vertici della nuova camorra, ordinavano gli omicidi in carcere: dovevi obbedire. E così ho fatto, mi sono inventato episodi da propinare ai magistrati... Questa è la comunicazione del 16 maggio scorso con cui il giornalista Salvo Sottile di Retequattro mi ha informato che il faccia a faccia tra me e le figlie di Tortora non si può fare, perché la famiglia rifiuta il confronto ... So di avere causato enorme sofferenza, non posso dimenticarlo e non potrà dimenticarlo nessuno. Ma spero che, prima o poi, Silvia e Gaia accettino di ascoltare quello che penso di loro padre ... è stato un eroe. Delinquenti senza scrupoli lo hanno gettato nella disperazione, e lui ha trovato la forza di uscirne a testa alta. Gli chiedo ancora perdono". BOCCA, Ricardo. Così mentii su Tortora. In: *L'Espresso*, 25 maggio 2010. Disponibile em: <<https://espresso.repubblica.it/palazzo/2010/05/25/news/cosi-mentii-su-tortora-1.21317>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

⁸⁸⁰ "Ho richiesto la condanna di un uomo dichiarato innocente con sentenza passata in giudicato. E adesso, dopo trent'anni, è arrivato il momento. Mi sono portato dietro questo tormento troppo a lungo. Chiedo scusa alla famiglia di Enzo Tortora per quello che ho fatto. Agii in perfetta buona fede". ... "Non ho mai pensato di raccontare il mio stato d'animo sino ad ora. Ho creduto che ogni mia parola non sarebbe servita a niente. Che tutto mi si sarebbe ritorto contro. Ho preferito mantenere il silenzio". ... "ho richiesto la condanna di un innocente. Porto il peso di quello sbaglio nella mia coscienza. Chiedo scusa alla famiglia di Enzo Tortora per quello che ho fatto. Posso solo dire che l'ho fatto in buona fede". LO DICO, Francesco. Caso Tortora, dopo trent'anni le scuse del pm. In: *La Repubblica*, Napoli, 27 giugno 2014. Disponibile em: <http://napoli.repubblica.it/cronaca/2014/06/27/news/caso_tortora_il_pm_si_scusa-90140762/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

⁸⁸¹ "Presente em nosso ordenamento desde o tempo das Ordenações, a colaboração premiada nunca gozou de confiança ou reconhecimento, talvez pelo caráter *inquisitório* do sistema pátrio – nunca abandonado por completo -, talvez pela difícil compatibilização de um ato *negocial* com a *obrigatoriedade* da ação penal imposta aos agentes do Estado. A esse *desconforto cultural* se somava uma parca regulamentação. Prevista em leis esparsas, não existiam regras claras sobre o procedimento da colaboração, os agentes participantes, limites e outros aspectos importantes. A ausência de normas precisas e a falta de experiência dos agentes públicos levaram à nulidade muitas investigações fundadas em colaborações premiadas. A insegurança jurídica tornava arriscado o uso do instrumento de investigação." BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: *Colaboração premiada*. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 185-186.

⁸⁸² "A crueldade das Ordenações Filipinas, relacionada com a ideia de intimidação pelo terror do castigo mereceu destaque nas obras de Frederico Marques, que corroborando com o pensamento de Melo Freire, destacou que seu Livro V "compendiou a barbárie penal que as monarquias absolutistas da Europa haviam transplantado do 'livro terrível' do Digesto, para suas leis odiosas e desumanas", e Aníbal Bruno, que a caracterizou "pela dureza das punições, pela frequência com que era aplicável a pena de morte e pela maneira de executá-la, morte por enforcamento, morte pelo fogo até o corpo ser reduzido a pó, morte cruel precedida de tormentos cuja arbitrariedade ficava ao arbítrio do juiz, mutilações, marca de fogo, acoites abundantemente aplicados, penas infamantes, degredos, confiscação de bens." CARVALHO, Natália Oliveira de. Op. cit., p. 32-33.

Portugal e perdurando até alguns anos depois da independência, com o advento do Código Criminal do Império de 16 de dezembro de 1830.

No título VI, o item 12 faz referência ao delator do Crime de Lesa Majestade⁸⁸⁴ e lhe confere perdão, desde que não fosse ele o “principal tratador desse conselho e confederação” e a descoberta e a comunicação fossem úteis ao Rei:

(...) 12. E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per spaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commettedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar saber.⁸⁸⁵

Por sua vez, no título CXVI, no qual dispõe sobre “Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão”, garante-se não somente o perdão, como também uma contraprestação pecuniária para aquele que descobrir o malfeitor e entregá-lo à prisão:

Qualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira (...); tanto que assi der à prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu à prisão, participante em cada hum dos ditos maleficios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte. 1. E além do sobredito perdão, que assi outorgamos, nos praz, que sendo o malfeitor, que assi foi dado à prisão, salteador de caminhos, que aquelle, que o descobrir, e der à prisão, e lho provar, haja de Nós trinta cruzados de mercê.⁸⁸⁶

Admitimos que tanto a delação quanto a colaboração estão intrinsecamente relacionadas à confissão quanto ao resultado, porque tratam da admissibilidade voluntária de um fato criminoso⁸⁸⁷, e por fazerem parte da evolução do modelo de concessão de benefícios penais.

⁸⁸³ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica*. 2 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 100, 181/182.

⁸⁸⁴ “Na Conjuração Mineira (1789), Joaquim Silvério dos Reis valeu-se desse meio e delatou os inconfidentes de Vila Rica, hoje Ouro Preto, havendo sido beneficiado pela legislação portuguesa consubstanciada, quanto a esse ponto, nas (então) vigentes Ordenações Filipinas!” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.831 Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 09/08/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312371712&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁸⁸⁵ BRASIL. *Ordenações Filipinas on-line*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1154.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

⁸⁸⁶ BRASIL. *Ordenações Filipinas on-line*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1272.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

⁸⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 81

Até o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 pode-se falar a respeito de um hiato legislativo partindo-se da premissa da total ausência de tratamento legal à confissão⁸⁸⁸.

É com o advento do Código Penal de 1940⁸⁸⁹ e do Código de Processo Penal de 1941⁸⁹⁰ que a confissão passou a receber destaque, no entanto, somente com a Reforma Penal introduzida pela Lei nº 7.209/84 é que alçou a categoria de atenuante genérica, como concebida atualmente.⁸⁹¹

Por volta do século XX⁸⁹² incentivos positivos mais favoráveis do que os da confissão passaram a ser concebidos aos acusados cooperadores, a teor do parágrafo único do artigo 8º da Lei 8.072/90⁸⁹³⁻⁸⁹⁴ que inovou na ordem jurídica com a proposta de redução de pena de um a dois terços ao participante e ao associado que, ao denunciarem à autoridade o bando ou

⁸⁸⁸ “...o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, que instituiu regras gerais sobre processo penal, incorporava o princípio da inviolabilidade da defesa. Inspirado nos valores republicanos e herdeiro da tradição iluminista, o Código Republicano buscava afastar a confissão como o meio de prova mais importante no processo penal.” BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e Incentivos à cooperação no Processo Penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. In: *Revista de Estudos e Debates*, CEDES, Volume 4, nº 2, jan-jun 2019. p. 134.

⁸⁸⁹ “Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: IV - ter o agente: d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem” BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 27 nov. 2020.

⁸⁹⁰ “Art. 318. Em relação àquele que se tiver apresentado espontaneamente à prisão, confessando crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória, ainda nos casos em que este Código lhe atribuir tal efeito”. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 nov. 2020.

⁸⁹¹ “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.” BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art65>. Acesso em: 27 nov. 2020.

⁸⁹² Veja-se que a colaboração premiada tal qual concebida hodiernamente somente surgiu com o advento da Lei 8.072/90, no entanto, não se pode olvidar que os institutos da confissão espontânea (artigo 65, inciso III, alínea d do Código Penal); da atenuante genérica caracterizada por ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (artigo 65, inciso III, alínea b do Código Penal); do arrependimento eficaz artigo 15 do Código Penal) e do arrependimento posterior (artigo 16 do Código Penal) abrandam o rigor da aplicação das penas como contrapartida a uma postura colaborativa do sujeito ativo do crime ao demonstrar seu envolvimento no fato delituoso e/ou ao fornecer elementos e subsídios para sua elucidação.

⁸⁹³ “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.” BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em:

<[⁸⁹⁴ “Legitimidade da providência adotada pelo magistrado com base nas medidas de proteção à testemunha \(Lei nº 9.807/99\). Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de co-autores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90.321, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento 02/09/2008, publicação em 26/09/2008. Disponível em: <\[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2090321%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true\]\(https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2090321%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true\)>. Acesso em: 01 dez. 2020.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.072%2C%20DE%205%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Art.>”. Acessado em 22 de set. de 2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

quadrilha, proporcionasse seu desmantelamento. Nesse viés, a referida lei introduziu o §4º no artigo 159 do Código Penal⁸⁹⁵, posteriormente alterado pela Lei 9.269/96⁸⁹⁶, possibilitando a colaboração no crime de extorsão mediante sequestro, inclusive inovando quanto à concessão de perdão judicial.

A revogada Lei 9.034/95, no artigo 6º, também dispôs a respeito da redução de pena de um a dois terços por ocasião da colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.⁸⁹⁷

Em sequência, a Lei 9.080/95 promoveu modificações nas Leis 7.492/86⁸⁹⁸ e 8.137/90⁸⁹⁹, vindo a ser abordado também pela Lei 9.613/98⁹⁰⁰, alterada pela Lei 12.683/2012⁹⁰¹.

Mas foi a partir do século XXI que as disposições legais adquiriram maior evidência, o que para nós reflete não apenas uma crescente preocupação do legislador em erradicar o crime

⁸⁹⁵ “§4º - Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.” BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acessado em 22 de set. de 2020.

⁸⁹⁶ “§4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.” *Ibidem*.

⁸⁹⁷ “Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.” BRASIL. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20de,a%C3%A7%C3%B5es%20praticadas%20por%20organiza%C3%A7%C3%B5es%20criminosas.&text=Art.,a%C3%A7%C3%B5es%20de%20quadrilha%20ou%20bando>. Acessado em 22 de set. de 2020.

⁸⁹⁸ Artigo 25, “§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.” BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm>. Acessado em 22 de set. de 2020.

⁸⁹⁹ Artigo 16, “Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.” BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.137%2C%20DE%2027%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201990.&text=Define%20crimes%20contra%20a%20ordem,consumo%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acessado em 22 de set. de 2020.

⁹⁰⁰ Art. 1º, “§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.” BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acessado em 22 de set. de 2020.

⁹⁰¹ Art. 1º, “§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.” BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acessado em 22 de set. de 2020.

organizado, como também revela os anseios de uma sociedade esgotada psíquica e financeiramente.

Advieram então a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, aprovada pela Assembleia-Geral da ONU em 15 de novembro de 2000), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015/2004⁹⁰² e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003), incorporada no sistema jurídico pátrio em virtude da promulgação do Decreto nº 5.687/2006⁹⁰³.

Sobrevieram as Leis nº 9.807/99⁹⁰⁴ (Lei de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas); nº 10.149/2000⁹⁰⁵ (Lei de prevenção e repressão às infrações contra a ordem

⁹⁰² Artigo 26, item 1, alíneas ‘a’ e ‘b’ – “1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, notadamente: i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.” BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 23 de set. de 2020.

⁹⁰³ “1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 4. A proteção dessas pessoas será, mutatis mutandis, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção. 5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.” BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁹⁰⁴ “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.” BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acesso em: 23 de set. de 2020.

⁹⁰⁵ Diploma alterador da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 na qual introduziu o art. 35-B o qual dispõe: “A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.” BRASIL. Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110149.htm>. Acesso em: 04 de dez. de 2020.

econômica) e nº 10.409/2002⁹⁰⁶ (Lei de Drogas), posteriormente revogada pela Lei nº 11.343/2006⁹⁰⁷ (atual Lei de Drogas), a qual passou a prever a causa de diminuição de pena ao colaborador.

A Lei nº 12.529/2011⁹⁰⁸ dispôs a respeito do acordo de leniência a ser firmado pelo CADE, prevendo causa suspensiva da prescrição, impeditiva do oferecimento de denúncia e extintiva da punibilidade.

Finalmente, a Lei nº 12.850/2013⁹⁰⁹ (Lei de Combate às Organizações Criminosas), a quem incumbiu, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro⁹¹⁰, proceder à

⁹⁰⁶ “Art. 32. § 2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.” BRASIL. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm#:~:text=LEI%20No%2010.409%2C%20DE%2011%20DE%20JANEIRO%20DE%202002.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20preven%C3%A7%C3%A3o%2C%20o,Sa%C3%BAde%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 23 de nov. de 2020.

⁹⁰⁷ “Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.” BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 23 de set. de 2020.

⁹⁰⁸ “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. [...] Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”. BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 23 de set. de 2020.

⁹⁰⁹ “Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm#:~:text=Define%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20e%20disp%C3%B5e,1995%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 23 de set. de 2020.

⁹¹⁰ “Somente com a Lei 12.850/2013 passou a existir efetivo regramento legal sobre o conteúdo, a forma, o momento e, até mesmo, ainda que parcialmente, o procedimento probatório da delação.” BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op.cit., p. 526.

regulamentação procedimental, vindo a ser aperfeiçoado – salvaguardadas críticas eventualmente existentes - pela recentíssima Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019⁹¹¹.

Ante a diversidade de diplomas legais é pertinente a indagação a respeito de eventual existência de um aparente conflito de normas.

A jurisprudência tem se firmado no sentido da coexistência de duas modalidades de delação/colaboração premiada⁹¹². A primeira, de natureza jurídica material, diz respeito aos efeitos materiais atribuídos à colaboração ou à delação premiada⁹¹³, as sanções premiaias, conforme estatuem o § 5º do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 (causa de diminuição de pena), o artigo 13 da Lei nº 9.807/99 (causa de extinção da punibilidade) e o artigo 41 da Lei nº 11.343/2006 (causa de diminuição de pena)⁹¹⁴. A segunda, de natureza jurídica processual, detém forma de negócio jurídico processual e constitui meio de obtenção de prova, tendo por fundamento o artigo 14 da Lei nº 13.964/2019, a qual introduziu o art. 3º-A na Lei 12.850/2013.⁹¹⁵⁻⁹¹⁶

⁹¹¹ Diploma alterador do Código de Processo Penal para introduzir o Art. 3º-B. “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação” e da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 para dedicar a Seção I exclusivamente à Colaboração Premiada. BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 04 de dez. de 2020.

⁹¹² “Esta afirmação é feita pois a jurisprudência do país não exige a homologação de um acordo para a concessão dos benefícios legais, inerentes aqueles que desejam delatar para obter diminuição de pena. A colaboração premiada, além de possuir natureza jurídica material, também pode ser considerada um negócio jurídico processual, podendo ser admitidas duas modalidades em plena vigência: na primeira há uma causa de liberação de pena (conduta positiva pós-delitiva) que, independentemente da existência de normas procedimentais, concedendo ao colaborador uma sanção premial, atribuindo, então, efeito material ao instituto. REsp 1691901/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., j. 26-09-2017, DJe 9-10-2017; na segunda, ressalta-se a cooperação do colaborador como o objeto do negócio jurídico, ou seja, a atividade de natureza processual. HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-08-2015, DJe 04-02-2016.” BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: Atualizada de Acordo com a Lei 13.964/2019. Op. cit., p. 19, em nota de rodapé 9.

⁹¹³ Nesse sentido, Resp nº 1.691.901/RS: “... na Lei de Lavagem de Capitais, não há previsão de acordo nem mesmo do procedimento para a colaboração do réu; nesse particular, a colaboração se assemelha com aquela prevista no art. 41 da Lei n. 11.343/2006 ... O consectário lógico da ausência de previsão de ajuste ou de acordo prévio é a possibilidade de colaboração premiada unilateral, ou seja, colaboração que independe de negócio jurídico prévio celebrado entre o réu e o órgão acusatório e que, desde que efetiva, deverá ser reconhecida pelo magistrado, de forma a gerar benefícios em favor do réu.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.691.901, relator Min. Sebastião Reis Júnior, j. 26/09/2017, DJe 09/10/2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76192674&num_registro=201402100978&data=20171009&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 08 abr. 2022.

⁹¹⁴ “O sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção à Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 97.509/MG. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 02/08/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=981278&num_registro=200703072656&data=20100802&formato=PDF>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁹¹⁵ “Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.” BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 04 dez 2020.

5.4.2. A nomenclatura

Embora usualmente sejam utilizadas como expressões sinônimas, a doutrina⁹¹⁷⁻⁹¹⁸ e a jurisprudência⁹¹⁹, tecnicamente, oferecem uma diferenciação conceitual entre os institutos da delação e da colaboração premiada.

Em linhas gerais, enquanto na colaboração premiada sobrepuja-se a assunção da culpa; na delação, também conhecida como chamamento do corrêu, transpõem-se os limites da autoincriminação, a partir da confissão, para também atribuir participação criminosa a terceiro.⁹²⁰

Admitimos ser a colaboração premiada gênero, já que dela decorrem diversos resultados possíveis (elencados atualmente no artigo 4º da Lei 12.850/13), dentre eles, a delação premiada, espécie.⁹²¹

Pode-se afirmar que a nomenclatura delação premiada nunca foi expressamente utilizada pela lei, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência essa referência⁹²².

⁹¹⁶ “... até a Lei n. 12.850/2013 (recordando que esta Lei não revogou as anteriores), era conceituada como um instituto de direito penal, portanto, de natureza material, que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução que pode chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação). A questão é que o legislador brasileiro, até o advento da Lei n. 12.850/2013, não promulgou nenhuma norma procedimental, limitando-se a prever, nas diversas legislações esparsas em que previu a delação premiada, apenas seus requisitos e consequências. Assim, com a alteração promovida pela Lei n. 12.850/2013, que trata, basicamente, de matéria processual, introduzindo, pela primeira vez, no ordenamento jurídico brasileiro, normas quanto ao procedimento, passou o instituto a possuir também natureza processual, mais proeminente do que a anterior (material) pois, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal “se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.” BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Atualizada de Acordo com a Lei 13.964/2019*. Op.cit., p. 23-24.

⁹¹⁷ Dentre tantos, GOMES, Luiz Flávio. *Corrupção política e delação premiada*. In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano VI, nº 34, Porto Alegre, out-nov./2005. p. 18.

⁹¹⁸ Thiago Bottino adverte: “Com a edição da Lei 12.850/2013, o sistema penal brasileiro passou a prever uma nova modalidade de colaboração no processo penal denominada “colaboração premiada”, diferente dos mecanismos da delação premiada e da confissão. Dentre as inovações trazidas pela colaboração premiada está uma inédita imunidade penal, que impede a persecução penal do suspeito colaborador.” BOTTINO, Tiago. Op. cit., p. 133.

⁹¹⁹ “O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades elementos capazes de facilitar a resolução do crime.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 107.916/RJ, relator Min. Og. Fernandes, j. 07/10/2008, DJe 20/10/2008. Embora, em alguns julgados seja possível aferir a utilização das expressões como equivalentes sinônimos, a exemplo, RHC 131043/SP, relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 08/09/2020, DJe 14/09/2020.

⁹²⁰ “A delação ou chamada de corrêu consiste na confissão, por parte do imputado, da prática criminosa que lhe é irrogada, seja por ocasião da sua oitiva na fase policial ou do seu interrogatório judicial, seguida da atribuição de conduta criminosa a um terceiro, pouco importando se já identificado ou não pelos órgãos da persecução.” CARVALHO, Natália Oliveira de. Op. cit. p. 98.

⁹²¹ Para a doutrina de Vladimir Aras a Lei 12.850/13 comporta a seguinte classificação: delação premiada ou chamamento do corrêu (artigo 4º, inciso I); colaboração preventiva (artigo 4º, inciso III); colaboração para localização e recuperação de ativos (artigo 4º, inciso IV) e colaboração para libertação (artigo 4º, inciso V). ARAS, Vladimir. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Org.: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 248.

A Lei 8.072/90 a elencou como causa especial de redução de pena para o participante/associado que denunciasse à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, assim como o fizeram os diplomas legislativos seguintes: Lei 9.034/95 (ao tratar do assunto como colaboração espontânea), Lei 9.080/95 (como confissão espontânea), Lei 9.613/98 (como colaboração espontânea) - que pela primeira vez adentrou na esfera da execução penal para autorizar o cumprimento em regime diverso do que seria aplicado e, no caso de presos provisórios, permitir o cumprimento de pena em dependência separada dos demais – finalmente, a Lei 9.807/99 (como colaboração espontânea) a qual introduziu no país o sistema de proteção às testemunhas.

Nas Leis 10.149/2000 e 10.409/2002 falava-se em acordo de leniência e acordo, respectivamente; enquanto na Lei 11.343/2006 dispensava-se tratamento à colaboração voluntária, a Lei 12.529/2013 voltou a resgatar o termo acordo de leniência⁹²³.

A Lei 12.850/2013 foi o primeiro diploma legislativo a dedicar integralmente uma seção de capítulo para, expressamente, regulamentar a colaboração premiada, seguida da Lei 13.964/2019.

A diversidade de tratamento atribuído a um mesmo resultado prejudica consideravelmente a compreensão e a finalidade do instituto, o que leva uma parte da doutrina a tecer críticas a respeito do uso do termo “colaboração”, que, na verdade, revelaria a tentativa do legislador em disfarçar o conteúdo antiético daquilo que de fato representa uma alcaguetagem.

A colaboração premiada, ou colaboração processual, ou, ainda, delação premiada (os primeiros termos, eufemísticos, visam disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui) consiste na redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delincente que

⁹²² “A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.736, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 27/04/2010, DJe 21/05/2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2099736%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 02 dez. 2020.

⁹²³ “A popularidade da celebração de acordos de leniência no Brasil, face ao grande volume de acordos assinados até o presente momento, impulsionados a partir de 2012, reflexo das alterações promovidas a partir da vigência da nova lei antitruste e do avanço da alcinhada operação “Lava Jato”, no meio empresarial, constata a importância assumida pelo instituto, que pode ser admitido como uma espécie do gênero delação premiada, tamanha é a sua semelhança no tocante à concessão de benefícios ao colaborador.” BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: Atualizada de Acordo com a Lei 13.964/2019. Op. cit., p. 21.

delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece.⁹²⁴

A despeito de eventuais discussões pretéritas travadas acerca de sua constitucionalidade, a Suprema Corte tratou de afastar quaisquer dúvidas sobre o tema desde a origem, mesmo em conformidade com as legislações anteriores.

No Habeas Corpus 90.688, o Ministro Carlos Ayres Brito assentou em breves linhas que: “Como a segurança pública não é só dever do Estado, mas é direito e responsabilidade de todos, situo, nesse contexto, como constitucional a lei que trata da delação premiada. O delator, no fundo, à luz da Constituição, é um colaborador da justiça.”⁹²⁵

Por seu turno, em outra oportunidade, o Ministro Peluso argumentou em bom tempo que: “(...) ninguém tem hoje, nem aqui nem alhures, dúvida sobre a legitimidade constitucional do instituto da delação premiada (...). E entre nós, esta Corte não lhe tem negado validade como expediente útil de investigação (...)”⁹²⁶

5.4.3. A busca conceitual. A simbiose institucional. Da delação à colaboração.

A colaboração premiada, meio de obtenção de prova sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados, busca levar ao conhecimento das autoridades responsáveis pela investigação informações sobre a organização criminosa ou as atividades delituosas, sendo que essa atitude tem por objetivo amenizar a punição, em vista da relevância e eficácia das informações voluntariamente prestadas.⁹²⁷

Geraldo Prado adverte que “O que pretende a delação premiada, senão substituir a investigação objetiva dos fatos pela ação direta sobre o suspeito, visando torná-lo colaborador e, pois, fonte de prova!”⁹²⁸

Por sua vez, Alexandre Morais da Rosa afirma que a delação representa:

[...] o mecanismo pelo qual o Estado autoriza, no jogo processual, por mecanismo de barganha, o estabelecimento de ‘mercado judicial’, pelo qual o colaborador,

⁹²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115.

⁹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90.688. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 12/02/2008, publicação 25/04/2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>>. Acesso em: 21 set. 2021.

⁹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.085. Relator Ministro Cesar Peluso, julgamento em 16/12/2009, publicação 15/04/2010. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>>. Acesso em: 21 set. 2021.

⁹²⁷ ENCCLA. *Manual Colaboração Premiada*. 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>>. Acesso em: 22 set. 2021.

⁹²⁸ PRADO, Geraldo. *Em torno da Jurisdição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 72.

assistido por advogado, negocia com o Ministério Público informações capazes de autoincriminar o agente e carrear elementos probatórios contra terceiros.⁹²⁹

Inegavelmente a colaboração premiada, enquanto solução consensual, se baseia na bilateralidade: se por um lado o acusado contribui para a produção probatória sob a renúncia de algumas garantias constitucionais⁹³⁰, de outro o órgão acusador cede ao exercício da persecução penal em sua perfeita dimensão.

Márcio Barra Lima afirma que:

(...) a colaboração premiada pode ser “definida como toda e qualquer espécie de colaboração com o Estado, no exercício da atividade de persecução penal, prestada por autor, coautor ou partícipe de um ou mais ilícitos penais, relativamente ao(s) próprio(s) crime(s) de que tenha tomado parte ou pertinente a outro(s) realizado(s) por terceiros, não necessariamente cometidos em concurso de pessoas, objetivando, em troca, benefícios penais estabelecidos em lei.”⁹³¹

Gustavo Henrique Badaró aduz que:

A delação, ou chamamento do corréu, consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação no crime como seu comparsa.⁹³²

A Lei 12.850/2013 representou um divisor de águas em matéria de Direito Penal Premial, marcando a dualidade entre delação e colaboração premiadas.

Novamente em Gustavo Henrique Badaró, extrai-se que:

⁹²⁹ ROSA, Alexandre M. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 292.

⁹³⁰ Nesse aspecto, parte das duras críticas tecidas diz respeito à renúncia pelo colaborador de garantias atinentes ao Devido Processo Legal, principalmente no que toca à presunção de inocência e direito silêncio. A esse respeito, não se pode olvidar que, havendo manifestação válida e dentro dos limites legais, qualquer renúncia a direito fundamental se demonstra validade. Nessa toada, “Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 58-59. Na mesma linha, “Atualmente, o combate a determinadas práticas criminosas, como o narcotráfico; a criminalidade organizada; a lavagem de dinheiro; os crimes que atentam contra bens difusos e coletivos; os crimes eleitorais, dentre outros, exige uma nova leitura do Direito Penal que permite, por vezes, a flexibilização de algumas garantias constitucionais em busca de um valor maior, representado pela Justiça Social. Caso todos os direitos e garantias individuais previstos em nosso texto constitucional fossem considerados de forma absoluta, certamente não existiriam meios eficazes de combate às formas de criminalidade indicadas. Medidas excepcionais e, por vezes, necessárias, como a quebra de sigilo fiscal, telefônico e telemático seriam consideradas práticas ilegais; o mesmo acontecendo com a infiltração de agentes em organizações criminosas; a delação premiada que resultasse em perdão judicial, etc.” PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 164.

⁹³¹ LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

⁹³² BADARÓ, Gustavo Henrique. Op.cit., p. 523.

De todos os regimes legais de colaboração premiada, o mais completo e detalhado é o da Lei da organização criminosa (Lei 12.850/2013, art. 4º a 6º), que além de tratar dos efeitos materiais [...] também estabelece regras procedimentais para a celebração do acordo [...] Isso não significa que os regimes anteriores – Lei 7.492/1986, Lei 11.343/2006, Lei 9.613/1998 – de delação premiada tenham sido tacitamente revogados pela Lei 12.850/2013. Ao contrário. Mesmo que não tenha havido a celebração de um acordo de colaboração premiada e sua homologação, é possível que os condenados por crime de colarinho branco, de lavagem de dinheiro ou de tráfico de drogas se beneficiem das reduções de pena previstas em seu regime específico.⁹³³

E complementa:

Por outro lado, o regime normativo da colaboração premiada da Lei 12.850/2013 terá incidência também, por analogia, a todo e qualquer caso de delação premiada. [...] Atualmente, tem sua mais ampla disciplina na Lei do Crime Organizado Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, em seus arts. 4º a 9º trata, sob a eufemística denominação “colaboração processual”, da popularmente denominada “delação premiada”. [...] não se pode deixar de destacar o avanço em termos de disciplina legislativa. Somente com a Lei 12.850/2013 passou a existir efetivo regramento legal sobre o conteúdo, a forma, o momento e, até mesmo, ainda que parcialmente, o procedimento probatório da delação. Até então, o legislador se limitava a tratar dos efeitos materiais, em termos de redução de pena, substituição de pena ou mesmo de extinção da punibilidade que a delação premiada terá.⁹³⁴

Desse modo se perfaz o entendimento segundo o qual “Não existe uma alteração conceitual, mas sim um acréscimo quanto a sua natureza jurídica”⁹³⁵. Assentimos nessa linha, a respeito de uma evolução dentro do mesmo instituto e coexistência entre as normas⁹³⁶, de modo que, se a delação possuía um viés de direito penal, portanto, acentuadamente material, uma vez que o legislador dispunha a respeito de “... seus requisitos e consequências, mas não o seu procedimento em caráter processual”⁹³⁷, a partir da Lei 12.850/2013 “consolidou-se a visão que dá primazia ao viés processual da colaboração”⁹³⁸⁻⁹³⁹

Na obra tratada em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr, as autoras argumentam:

É de conhecimento geral que, em agosto de 2013, foi publicada a Lei nº 12.850/2013 ... o legislador, entre outras finalidades, se propôs a definir organização criminosa, dispondo, ainda, sobre a investigação criminal e meios de obtenção da prova, dentre eles, a colaboração premiada que assim disciplinada no art. 4º, caput: ... A simples

⁹³³ Ibidem.. p. 525-526.

⁹³⁴ Idem.

⁹³⁵ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Atualizada de Acordo com a Lei 13.964/2019*. Op.cit., p. 25.

⁹³⁶ A despeito das considerações em Thiago Bottino: “O ciclo da delação premiada se encerra com a edição da Lei 9.807/99, que tratou do sistema de proteção às testemunhas no Brasil [...] A colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/2013 vai além da delação premiada naquilo que exige do suspeito ou acusado colaborador, mas, sobretudo, naquilo que oferece em troca de sua cooperação.” BOTTINO, Thiago. Op. cit., p. 144-145.

⁹³⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada no processo penal*. Op. cit., p. 54.

⁹³⁸ Ibidem, p. 55-56.

⁹³⁹ Aponta-se que “o acordo, em si, rege-se por normas processuais, mas a repercussão é inteiramente material”, sendo que os “enfoques processual e material da colaboração premiada não são excludentes, e sim complementares, o que reforça a natureza híbrida do instituto” SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 86.

leitura do dispositivo conduz à conclusão de que o legislador, em verdade, não criou inédito instituto no campo penal e processual penal. Em verdade, apenas alterou a nomenclatura do já conhecido e tormentoso instituto da Delação Premiada previsto no ordenamento jurídico pátrio desde o ano de 1990, com a Lei nº 8.072/1990 (crimes hediondos). ... Sobre a alternância da nomenclatura de *Delação Premiada* para *Colaboração Premiada*, é perceptível que o abandono do termo ‘delação’ nada mais representa do que verdadeira burla de etiquetas no qual objetiva-se dar uma visão mais positiva e menos pejorativa do instituto (como se isso fosse possível), a fim de que o agente passe a ser visto como um colaborador da justiça e não um traidor.⁹⁴⁰

Na doutrina de Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva destaca-se:

[...] plenamente possível que, por exemplo, se aplique o procedimento de formalização do acordo da colaboração premiada da Lei 12.850/2013 (que deve ser estrito e obedecer aos requisitos do art. 6º desta lei) às outras normas que não disciplinaram tal procedimento (tais como as Leis 8.072/1990, 7.492/1986, 9.807/1999, 9.613/1998, 11.343/2006, 8.137/1990, 12.529/2011 e art. 159,§4º do Código Penal), pois além do fato de trazer segurança ao réu colaborador/delator, respeita-se a garantia constitucional do devido processo legal.⁹⁴¹

A análise do caso concreto norteará o regramento legal destinado à espécie, suscitando-se a aplicação tanto das normas materiais das leis específicas quanto das normas procedimentais, em caso de omissão, da Lei 12.850/2013.⁹⁴²

Seja como for, a despeito de se tratar de institutos de cunho material ou processual ou, da expressão cunhada para identificá-los, inserem-se na categoria de mecanismos da justiça criminal negocial/consensual⁹⁴³⁻⁹⁴⁴ devendo o estudo voltar-se mais propriamente aos resultados obtidos do que uma busca incessante por uma conceituação homogênea doutrinária e jurisprudencialmente.

A doutrina de Badaró sinaliza, conclusivamente, que “O ordenamento jurídico brasileiro apresenta disciplinas jurídicas específicas, em variados diplomas legais, sobre a

⁹⁴⁰ LIMA, Camile Eltz; OSORIO, Fernanda Corrêa. Op.cit., p. 192/194.

⁹⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. In: *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*. v. 6, n. 1, jan.-jul. 2015. p. 169.

⁹⁴² Essa possibilidade de conjunção de normas é autorizada a partir da perspectiva de que a homologação do acordo – prevista na Lei 12.850/2013 - não é condição imprescindível para obtenção de benefícios, tendo em vista a realização de delação premiada sem acordo homologado, a também chamada colaboração premiada unilateral. Nesse sentido, GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei n. 12.850/2013*. Salvador: Juspodium, 2015. p. 215.

⁹⁴³ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada no processo penal*. Op. cit., p. 23-24.

⁹⁴⁴ “(...) modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.” VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 55.

“colaboração premiada”, vulgarmente conhecida como “delação premiada”,⁹⁴⁵ o que demonstra claramente esse viés de aperfeiçoamento através do sequencial legislativo.

Reforçamos remanescer na natureza jurídica do instituto sua maior relevância, em razão das consequências jurídicas que podem ser obtidas.

5.4.4. Natureza jurídica.

A partir das premissas propostas, encaradas sob uma linha evolutiva⁹⁴⁶, adotaremos a nomenclatura da colaboração premiada em razão da contemporaneidade e alargada abrangência, salvaguardadas as especificidades legais.

No afã de sanar qualquer discussão, a delimitação da colaboração premiada no mundo jurídico como meio de obtenção de prova⁹⁴⁷ foi desde muito cedo fixada pelo artigo 3º da Lei 12.850/2013 e recentemente ratificada no art. 3º-A da Lei nº 13.964/2019. Nessa linha, “os meios de obtenção da prova não são de *per si* fontes de convencimento, mas permitem obter coisas ou declarações dotadas de aptidão probatória”⁹⁴⁸.

Desde os primeiros julgados, o Supremo Tribunal Federal⁹⁴⁹ não se esquivou em declarar: “A colaboração premiada, por expressa determinação legal (art. 3º, I da Lei nº 12.850/13), é um meio de obtenção de prova”, acompanhado do Superior Tribunal de Justiça⁹⁵⁰, ao discorrer que “a colaboração premiada, para além de uma técnica especial de

⁹⁴⁵ GUSTAVO, Henrique Badaró. *Processo Penal*. Op.cit., p. 525.

⁹⁴⁶ Vejam-se importantes julgados nesse sentido “...o Supremo Tribunal Federal, bem antes da Lei nº 12.850/2013, já admitia a utilização da colaboração premiada (cujo “nomen juris” anterior era o de delação premiada) ...” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.831 Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. julgamento: 04/08/2017, DJe 08/08/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312371712&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2020. E também: “A colaboração premiada não é instituto novo, mas, sim, meio de obtenção de provas em constante evolução.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508 Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento: 20/06/2018, DJe 05/11/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341625422&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

⁹⁴⁷ “A colaboração premiada, como método de investigação, que se caracteriza como um acordo para cooperação do acusado na produção probatória, é um meio de obtenção de provas. Sob outra perspectiva, seu interrogatório/oitiva será o meio de prova, juntamente com eventuais produções de provas documentais, por exemplo. Por fim, a confissão do delator e as declarações incriminatórias a terceiros serão elementos de prova, como resultados da oitiva do colaborador. Tal mecanismo negocial é, portanto, um fenômeno complexo, que envolve diversos atos e situações processuais, o que ressalta a necessidade de especificação do elemento de que se está a tratar quando da análise de sua natureza.” VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada no processo penal*. Op. cit., p. 62-63.

⁹⁴⁸ SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1993. v. II. p. 95.

⁹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483 Paraná. Relator Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, DJe 11/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

⁹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 69.988 Rio de Janeiro. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJe 07/11/2016. Disponível em:

investigação, é um negócio jurídico processual personalíssimo ... meio de obtenção de provas, e não de efetiva prova ...”⁹⁵¹⁻⁹⁵²

E assim sedimentou-se o entendimento de ser a colaboração premiada um meio de obtenção de prova com contornos de negócio jurídico processual personalíssimo.

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.⁹⁵³

Negócio jurídico, portanto, sob o prisma do direito material, de cunho bilateral, marcado pelas mútuas concessões para o atingimento de um fim comum, qual seja, o acordo de colaboração premiada⁹⁵⁴. Decorre, evidentemente, da autonomia da vontade dos envolvidos, o qual, de um lado, volta-se a atender os interesses da acusação enquanto meio pelo qual o imputado irá colaborar na obtenção de provas e evidências e de outro, enquanto estratégia da defesa.⁹⁵⁵

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66026936&num_registro=201601054050&data=20161107&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez 2020.

⁹⁵¹ “A diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos” GUSTAVO, Henrique Badaró. *Processo Penal*. Op.cit., p. 432-433.

⁹⁵² “... é possível definir negócio-jurídico processual como uma declaração de vontade, unilateral ou bilateral, dirigida ao fim específico da produção de efeitos no âmbito do processo, de que é exemplo, no processo civil, a transação em juízo (art. 267, III, CPC).” RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. In: *Revista Jurídica*, n. 321, ano 52. Porto Alegre: Notadez, julho/2004. p. 53.

⁹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, DJe 04/02/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20127483%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 15 dez. 2020.

⁹⁵⁴ “Isso equivale dizer, a meu sentir, que no âmbito de incidência da norma, as partes podem ajustar suas pretensões até a obtenção de um consenso sobre o acordo, que tem por essência concessões mútuas nas posições jurídicas dos interesses conflitantes.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 7074 QO/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017, DJe 03/05/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>>. Acesso em: 17 set. 2021.

⁹⁵⁵ “É claramente uma escolha racional, à luz de um cálculo utilitarista de custos e benefícios. (...) Imagine, por exemplo, situação em que as provas são totalmente concludentes no sentido da condenação do acusado, a uma pena alta, e que a probabilidade de uma absolvição seja muito baixa. Ademais, sendo previsível que praticamente todo patrimônio do acusado será declarado perdido. Nesse caso, a alternativa do enfrentamento, do processo litigioso clássico, com a não realização de um acordo com a acusação é muito ruim. É o que os americanos chamam de BATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement), ou seja, a melhor alternativa que a parte terá caso não chegue a um acordo.” MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. Op. cit., p. 59.

Apesar das duras críticas travadas por uma doutrina apegada ao direito penal tradicional, refratárias a uma missão penal inovadora, não se pode esquecer que a colaboração premiada se afirma como uma política criminal legítima, a qual também exsurge como afirmação dos princípios da Duração Razoável do Processo e Dignidade da Pessoa Humana quando não apenas deixa de submeter o réu a um longo processo, mas quando também corresponde às expectativas da sociedade por uma Justiça mais célere e mais efetiva.

5.4.5. Regime Jurídico

Conclamado como negócio jurídico processual personalíssimo urge relevante a indagação a respeito do regime jurídico aplicável à colaboração premiada.

Trata-se de instituto que atrai para si a incidência das normas de direito privado, ou seja, do Direito Civil, atinentes à normatização dos negócios jurídicos, em especial no que trata dos planos da existência, validade e eficácia; ou do direito público, quanto às regulamentações do Direito Administrativo, por se estar diante de um latente interesse público, ou seja, a perquirição da responsabilidade penal ou, por sua vez, somente no que toca às disposições do Direito Processual e Penal?

Acreditamos que nenhum regime jurídico idealisticamente já formalizado, isoladamente, estaria plenamente apto a nortear as características peculiares da espécie, mas sim um regime próprio, norteado pelas regras insculpidas pela legislação especial e regente da matéria, a qual respeita as particularidades inerentes ao instituto da colaboração premiada.

Atinamos, no entanto, quanto à aplicação supletiva dos ramos do Direito, em especial o viés civilista⁹⁵⁶, tão somente naquilo em que for omissa a legislação específica, reforçando a ideia de que, enquanto negócio jurídico processual, as normas de Direito Público, ora cogentes, o regem, vedando-se qualquer ato de disposição das partes. Não demasiado recordar que sob a égide do Direito Público só se pode fazer o que seja expressamente permitido.

5.4.6. Personagens da Colaboração Premiada

O dinamismo das relações humanas e a velocidade com que o mundo contemporâneo enfrenta suas questões – financeiras, culturais, sociais – incute na sociedade moderna um

⁹⁵⁶ Inconcebível se pensar na mesma dosagem de liberdade contratual que rege as relações privadas aplicável à colaboração premiada, mas também insuportável a condição da estrita legalidade examinada no seio administrativista.

desejo, cada vez mais crescente, a uma resposta rápida e eficiente do sistema criminal promovido pelo Estado. A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro corresponde, com fidedignidade, a esse anseio.

Esse modelo de justiça consensual⁹⁵⁷ envolve seus personagens diretamente relacionados – Delegado de Polícia, investigado/acusado/réu/Defesa, Ministério Público e Juiz - cada qual na sua esfera de atuação, consagrada e norteadas pelos princípios a ela inerente.⁹⁵⁸

5.4.6.1 Delegado de Polícia

Evidentemente que a colaboração premiada como meio de obtenção de prova se encontra na linha de desdobramento das atribuições da polícia judiciária, a teor do que concebe o artigo 144, parágrafo 1º, inciso I e parágrafo 4º, todos da Constituição Federal.

No entanto, embora se reconheça que a Suprema Corte tenha admitido a celebração de acordo de colaboração premiada diretamente entre Delegado de Polícia e investigado, e a par de ter fixado balizas para essa atuação⁹⁵⁹, reputamos necessárias algumas ponderações sob o

⁹⁵⁷ “A colaboração premiada impõe, assim, a reflexão sobre um novo modelo de justiça penal, baseado no consenso. Referido modelo aponta – até mesmo para a proteção do sistema tradicional – para a necessidade de releitura das garantias à luz de um devido processo penal consensual. Para isso, o ideal é que se pense em um novo paradigma: o devido processo consensual. (...) estruturado sobre o princípio da autonomia da vontade (em especial no tocante aos aspectos do imputado) e o princípio da eficiência (no tocante à acusação), da lealdade e da boa-fé objetiva (assim como a vedação de comportamentos contraditórios, *venire contra factum proprium*, que decorre da boa-fé objetiva).” MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. Op. cit., p. 68-69.

⁹⁵⁸ “A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal. Esse aspecto que venho de referir mostra-se adequado a um modelo, iniciado na década de 1990, que claramente introduziu um novo paradigma de Justiça criminal, em que o elemento preponderante passa a ser o consenso dos protagonistas do próprio litígio penal. Na realidade, a colaboração premiada ajusta-se, de certo modo, a esse novo paradigma que consagra, agora de maneira muito mais expressiva, considerado o marco normativo resultante da Lei nº 12.850/2013, um modelo de Justiça consensual, em que prevalece, tendo em vista os benefícios de ordem premial acessíveis ao autor do fato delituoso, o princípio da autonomia de sua vontade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição 7.074. Relator Min. Edson Fachin, voto do Ministro Dias Toffoli, julgamento em 29/06/2017, DJe 03/05/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>>. Acesso em: 22 set. 2021.

⁹⁵⁹ “O quadro não autoriza admitir a interpretação postulada pelo Procurador-Geral da República no sentido de considerar-se indispensável a presença do Ministério Público desde o início e em todas as fases de elaboração de acordos de delação premiada, bem assim de ter-se como obrigatório e vinculativo o parecer da instituição.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508 Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento: 20/06/2018, DJe 05/11/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341625422&ext=.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

ponto de vista da colaboração premiada na sua dimensão negocial, enquanto acordo propriamente dito.

A reflexão que se propõe diz respeito à iniciativa do Delegado de Polícia para formalizar o acordo de colaboração premiada e remetê-lo ao juiz para exame e homologação, principalmente quando envolve aspectos relacionados à dosimetria da pena ou perdão judicial e também quando reflete na *opinio delicti* ministerial.

Veja-se que, a legitimidade do Delegado de Polícia para conduzir e entabular acordos de colaboração premiada perpassa pela análise, principalmente, de argumentos relacionados à invasão do exercício de ação penal pública, de titularidade do Ministério Público, pela autoridade policial que, com sua atuação, subverteria os limites da função a que lhe fora acometida, a teor do artigo 129, inciso I e artigo 144, parágrafos 1º e 4º, ambos da Constituição Federal.

Revela-se no mínimo incongruente, conferir à autoridade policial – instituição sob controle externo do Ministério Público - poderes de disposição quanto à pretensão punitiva, quando a Carta Magna dota o *Parquet* dessa atribuição de apresentar o Estado. Atentamos para o fato de que somente o Ministério Público poderia negociar com a persecução penal.⁹⁶⁰⁻⁹⁶¹

Quando a Lei 12.850/13, no artigo 4º, parágrafo 1º, determina que a concessão do benefício deve levar em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração, exige que se adentre em campo inerente a *opinio delicti*, ou seja, na própria convicção acusatória, esfera de atribuição do Ministério Público.

Não de outra forma, a admissão pelo Juiz de proposta de acordo entabulada perante Delegado de Polícia - que não é parte do processo - corresponderia a uma atuação de ofício, comprometendo-lhe a imparcialidade, atributo fundamental ao equilíbrio e sucesso do Sistema Acusatório, cujas margens da investigação, acusação e julgamento devem ser bem demarcadas. A situação se agravaria quando o Ministério Público se posicionasse contrário à proposta formalizada.

A atuação da autoridade policial se encontra estritamente limitada aos comandos contidos no artigo 144 da Constituição Federal, não se admitindo uma interpretação extensiva

⁹⁶⁰ CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” na Lei 12.850/13. In: *Colaboração premiada*. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 269.

⁹⁶¹ “O delegado de polícia não pode oferecer nada além de suas atribuições, mas, se o colaborador se satisfizer com o compromisso possível da autoridade policial, dentre de suas atribuições, não há razão para deixar-se de homologar o acordo.” *Ibidem*.

para atribuição de significado amplo às expressões “segurança pública” e “apurar infrações penais”.

O poder-dever de conduzir a investigação criminal não lhe autoriza a barganhar com o investigado, a lhe propor um acordo do qual advirão consequências que refogem de sua esfera de atribuição. A atuação policial restringe-se à busca de elementos para subsidiar o órgão acusatório – atua para o processo, e não no processo⁹⁶² - razão pela qual o Código de Processo Penal lhe norteia as atividades no artigo 6º.

Não convence o argumento de que Princípio Acusatório estaria resguardado mesmo que o acordo dirigido pelo Delegado fosse submetido ao assentimento do Ministério Público. Veja-se que tal atuação excede completamente a esfera de atribuição da autoridade policial a quem não cabe exarar qualquer opinião valorativa acerca da pretensão acusatória.

Quando proposta de acordo contempla cláusula de perdão judicial, sem consentimento do órgão acusatório, depara-se com um verdadeiro paradoxo, a autorização do Delegado de Polícia a dispor daquilo que não detém, a titularidade da ação penal.

5.4.6.2. De investigado/acusado/réu a colaboradores e delatores

Porquanto reconhecida a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, urge estabelecer, a par de algumas premissas doutrinárias e jurisprudenciais, o tratamento jurídico dispensado às declarações do delator/colaborador.

Em voto da relatoria do Ministro Dias Toffoli apontou-se que:

... o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.⁹⁶³

Não é demais relembrar a importante distinção tratada em doutrina por Antônio Magalhães Filho:

... *meios de prova* referem-se a uma atividade *endoprocessual* que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e fixação de dados probatórios *no processo*. Os *meios de pesquisa* ou *investigação* dizem respeito a certos procedimentos (em geral, *extraprocessuais*) regulados pela

⁹⁶² Referência a argumento da Procuradoria-Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508.

⁹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, DJe 04/02/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20127483%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 15 dez. 2020.

lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo). Com base nisso, o Código de Processo Penal italiano de 1988 disciplinou, em títulos diferentes, os *mezzi di prova* (testemunhos, perícias, documentos), que se caracterizam por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis na decisão, e os *mezzi di ricerca della prova* (inspeções, buscas e apreensões, interceptações de conversas telefônicas etc.), que 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 polícia judiciária ou o Ministério Público.⁹⁶⁴

Em voto da relatoria do Ministro Marco Aurélio as declarações do delator assumiram os seguintes contornos:

A delação premiada nada mais é do que depoimento revelador de indícios de autoria e materialidade criminosa, que, por si só, porquanto originado de um dos envolvidos na prática delitiva, não serve à condenação de quem quer que seja. A Lei é expressa, no artigo 3º, ao defini-la como instrumento de obtenção de provas, assim como o são a ação controlada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, 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. Não tem natureza de meio de prova, pois, se assim o fosse, poderia, isoladamente, embasar a condenação criminal, situação inadmitida no § 16 do artigo 4º da Lei questionada, que é expresso: ... Uma vez noticiando a delação materialidade criminosa e indícios de autoria, serve, no entanto, como elemento substancial ao recebimento da denúncia. O Pleno do Supremo, no julgamento do habeas corpus nº 127.483, relator o ministro Dias Toffoli, firmou entendimento no sentido de que a colaboração premiada é veículo de produção probatória, uma vez que, a partir das informações disponibilizadas, deflagram-se diligências em busca de dados que as endosseem. ... Em síntese, o que é a delação premiada? É simples depoimento, prestado à autoridade, que será considerado, inclusive sob o ângulo das consequências, na hora devida, pelo órgão julgador, para fins de reconhecimento de benefícios, descritos na Lei. Transparece como confissão qualificada pelas informações que podem levar a resultados, também previstos na Lei – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura e da divisão de tarefas do grupo; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito dos delitos cometidos; e a localização de eventual vítima com a integridade física preservada.⁹⁶⁵ (grifo nosso)

Na linha do que se vem perfilhando, as declarações do colaborador/delator apresentam papel de relevo quando contribuem, eficazmente, à reconstrução histórica dos fatos.⁹⁶⁶⁻⁹⁶⁷

⁹⁶⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova - reflexos no processo penal brasileiro. In: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. Op.cit., p. 303-318.

⁹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508 Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento: 20/06/2018, DJe 05/11/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341625422&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

⁹⁶⁶ “A investigação criminal de crime de ação penal pública incondicionada (arts. 5º, § 3º, e 27 do CPP) sempre contou com a possibilidade de qualquer pessoa do povo contribuir com sua apuração, mediante comunicação de sua ocorrência ou provocação da iniciativa do Ministério Público. A colaboração premiada somou a essa já existente previsão a admissibilidade de contribuição do coautor ou do partícipe do crime, os quais, com isso, podem vir a obter benefícios processuais e materiais penais. Criou-se, com esse instituto, um modelo de cooperação processual.” (grifei) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 31.629/PR, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 20/09/2017, DJe 28/09/2017. Disponível em:

Reputamos, portanto, que as declarações do delator não podem assumir o contorno de efetivo meio de prova quando não têm o condão de, por si só e diretamente, contribuir para a formação de um juízo de convencimento. Na verdade, nesse caso, tanto o acordo de colaboração quanto as declarações do delator exercerão o mesmo papel enquanto meio de obtenção de prova.

Na perspectiva ora defendida:

Não subscrevo o entendimento sustentado pela Procuradoria-Geral da República e pelos Impetrantes, que indicam, nessa linha, o entendimento de autorizada doutrina, no sentido de que quando um co-réu delata o outro suas declarações se transformariam em verdadeiro testemunho. Parece-me que a delação do co-réu jamais pode ser tomada como testemunho – no sentido próprio do termo –, ainda que o defensor do co-réu delatado tenha participado do interrogatório do delator e a ele tenha feito perguntas. É que o co-réu não assume o compromisso de dizer a verdade, podendo silenciar-se ou apresentar a versão que entenda mais adequada à sua defesa. No Habeas Corpus n. 81.172, o eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, recordou as seguintes páginas de Manzini, que evidenciam não poder a delação do co-réu, independentemente de sua submissão ao contraditório, ser considerada como testemunho, pois ela: “(...) não se trata somente de uma fonte de prova particularmente suspeitosa (o que, dado o princípio da livre convicção do juiz seria insuficiente para justificar a regra cogitada), mas de um ato que, provindo do acusado, não se pode, nem mesmo para certos efeitos, fingir que provenha de uma testemunha. O acusado, não apenas não jura, mas pode até mentir impunemente em sua defesa (...) e, portanto, suas declarações, quaisquer que sejam, não se podem assimilar ao testemunho, privadas como estão das garantias mais elementares desse meio de prova. (...) o conteúdo do interrogatório, que não é testemunho com respeito ao interrogado, tampouco pode vir a sê-lo a respeito dos demais, porque seus caracteres seguem sempre sendo os mesmos. O que se designa como chamada de co-réu não é mais que uma confissão, que, além de o ser do fato próprio, o é do fato alheio, e conserva os caracteres e a força probatória dos indícios e não do testemunho. (...) Dos co-denunciados do mesmo delito, por conseguinte, um não pode testemunhar nem a favor nem contra o outro, já que suas declarações mantêm sempre o caráter de "interrogatório", de tal modo que seria nula a sentença que tomasse tais declarações como testemunhos.” Assim, mesmo a submissão da chamada do co-réu ao crivo do contraditório não confere à delação a natureza de um testemunho. Quando muito, seria um elemento de informação, uma prova ancilar, que, se obtida na fase polícia, pode servir, por exemplo, de suporte para a denúncia, ou, retratada ou nulo em juízo, como prova indiciária para a pronúncia, pois, em qualquer desses casos, o que se tem é apenas um juízo provisório sobre a existência de indícios de autoria e ao qual sucederá a prática de atos instrutórios em tese aptos à obtenção de outros elementos probatórios. Daí o Habeas Corpus n. 90.708, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 13.4.2007, que cuidava de caso de pronúncia amparada em delação de co-réu retratada em juízo, tendo esta Primeira Turma assentado, *verbis*: “(...) Os precedentes, no entanto, não negam a validade da chamada de co-réus como elemento ancilar da decisão: o fato de não se prestarem como testemunhos ou como fundamentos suficientes para a condenação não afastam a sua validade como indícios, provisórios que sejam. 3. O caso é de pronúncia, para

<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76669134&num_registro=201601334888&data=20170928&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 17 ago. 2020.

⁹⁶⁷ Na dicção do voto do relator, Min. Marco Aurélio, em menção ao julgamento do HC 127.483, “...a colaboração premiada é veículo de produção probatória, uma vez que, a partir das informações disponibilizadas, deflagram-se diligências em busca de dados que as endossem.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508 Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento: 20/06/2018, DJe 05/11/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341625422&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2021.

a qual se contenta o art. 408 C. Pr. Penal com a existência do crime ‘e de indícios de que o réu seja o seu autor’, ou seja, de elementos bastantes a fundar suspeita de autoria (...)’’. (...) Mas, se a delação, mesmo em juízo, já não passa de um indício, sua prestabilidade esvaece-se ainda mais quando, como no caso, é feita na fase policial e é retratada em juízo. Note-se que mesmo a confissão em juízo - que, diversamente da delação do co-réu, constitui meio de prova direto - há de ser confrontada “com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância” (Código de Processo Penal, art. 197 -grifo nosso). (...) As delações dos co-réus são indícios frágeis, mais ainda quando retratadas em juízo, e a elas não se acrescenta outra prova, mas apenas outro indício que beira à presunção de culpabilidade.⁹⁶⁸

A despeito disso, rendemos ensejo aos doutrinadores que defendem a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada enquanto meio de obtenção de prova que pode resultar nas declarações do colaborador/delator, essas sim, reconhecidas por esse segmento enquanto meio de prova, aptas a serem utilizadas para a formação do convencimento judicial desde que corroboradas por outros meios de prova, a teor do parágrafo 16, artigo 4º.⁹⁶⁹

No que tange à natureza jurídica das declarações do delator naquilo que toma para si a autoria pela prática delituosa, admitindo o fato criminoso, identifica-se a confissão⁹⁷⁰, meio de prova reconhecido pelo Código de Processo Penal, no Capítulo IV, a partir do artigo 197.

Quanto às declarações do delator quando atribui também a terceiros a autoria dos fatos criminosos, há quem considere que age como testemunha⁹⁷¹, e que, portanto, suas informações equivaleriam à prova testemunhal.

⁹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94.034, relatora Ministra Carmen Lúcia, julgamento 10/06/2008, publicação 05/09/2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546065>>. Acesso em: 17 set. 2021.

⁹⁶⁹ Ao contrário, adverte Gustavo Henrique Badaró que “não é possível considerar que a colaboração premiada, como um todo, seja um meio de prova. Já se viu que os meios de obtenção de prova não são diretamente valoráveis pelo juiz. E, se fosse pura e simplesmente um meio de obtenção de prova, a colaboração – enquanto conteúdo do que foi declarado pelo colaborador – em si não seria diretamente valorável pelo magistrado. O teor do que foi declarado apenas permitiria que, perante as informações dadas pelo colaborador, fontes ou elementos de prova pudessem vir a ser obtidos e, este sim, seriam valorados e influenciariam o convencimento judicial. Diante dessa insuficiência dos dois posicionamentos puros, fatalmente surge uma posição mista, eclética ou conciliatória que, no mais das vezes, não resolve o problema, quando não ocorre o pior: cria problemas adicionais. A colaboração premiada seria, então, 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-incriminatória. Esta última posição pode até ser a mais correta, mas, como classificação, é inútil e não resolve qualquer problema que poderia ser solucionado, por facilitar a submissão da colaboração premiada a um regime jurídico, se meio de prova fosse, ou a outro regime, caso considerada meio de obtenção. Em suma, não é possível extrair do regime jurídico dado à colaboração premiada uma conclusão segura e, sobretudo, praticamente útil, em classificar a colaboração premiada exclusivamente como um meio de prova, ou apenas como meio de obtenção de prova. Por outro lado, considera-la como instituto de natureza “mista”, isto é, como meio de prova e também como meio de obtenção de prova, pouco ou nada representa.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal? In: *Colaboração premiada*. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 136-137.

⁹⁷⁰ Importante lembrar a qualificação como resultado do interrogatório conferida por segmento da doutrina. “A confissão não é meio de prova, mas o resultado, eventual, do interrogatório.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Op.cit., p. 434.

Há ainda quem as enquadre à categoria de indícios⁹⁷², não obstante, na dicção de Ada Pellegrini Grinover, “É inegável que a palavra de um acusado, com relação aos demais, é testemunho. Testemunho e, conseqüentemente, meio de prova ...”⁹⁷³⁻⁹⁷⁴

Gustavo Badaró, não isoladamente, argumenta se tratar de “prova testemunhal *sui generis*”, portanto, “anômala”⁹⁷⁵⁻⁹⁷⁶.

Como bem argumentado, “Um ponto de partida relevante é destacar a posição do delator em relação ao processo em que se pretende valorar a delação.”⁹⁷⁷ Sendo o delator “corrêu no mesmo processo em que se apura a responsabilidade dos delatados ...”, “o delator fornecerá sua versão dos fatos, em seu interrogatório.” Noutro viés, o delator não sendo “réu no processo em que são acusados os delatados ...”, “o delator fornecerá sua versão dos fatos, em depoimento, em regime anômalo ao de uma testemunha”⁹⁷⁸⁻⁹⁷⁹ Em regime anômalo, entendemos⁹⁸⁰.

⁹⁷¹ SUANNES, Adalto Alonso. O interrogatório judicial e o art. 153, §§15 e 16, da Constituição Federal. In: *Revista dos Tribunais*, n. 572, 1993. p. 289; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCA, Antônio Fernandes. *As nulidades no processo penal*. Op.cit.; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3. p. 279; NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. Op.cit., p. 169; PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Ed RT, 2005. p. 119.

⁹⁷² FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942. p. 250.

⁹⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 20-21.

⁹⁷⁴ “Resumidamente, em termos gerais, a colaboração premiada, como método de investigação, que se caracteriza como um acordo para cooperação do acusado na produção probatória, é um meio de obtenção de provas. Sob outra perspectiva, seu interrogatório/oitiva será o meio de prova, justamente com eventuais produções de provas documentais, por exemplo. Por fim, a confissão do delator e as declarações incriminatórias a terceiros serão elementos de prova, como resultados da oitiva do colaborador. Tal mecanismo negocial é, portanto, um fenômeno complexo, que envolve diversos atos e situações processuais, o que ressalta a necessidade de especificação do elemento de que se está a tratar quando da análise de sua natureza.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. Op.cit., p. 62-63.

⁹⁷⁵ “O delator não é testemunha na parte em que faz a delação. Seria uma testemunha que não presta o compromisso de dizer a verdade (art. 203) e não poderia cometer o crime de falso testemunho (CP, art. 342)! Além disso, por óbvio, tratar-se-ia de “testemunha” que não poderia ser contraditada. Finalmente, seria uma testemunha que não pode ser arrolada pelas partes”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Op. cit., p. 523-524 e 548. Nessa linha, também ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. Op. cit., p. 133; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 3. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 314; VIRGINO, Paulo Quezado Jamile. *Delação premiada*. Fortaleza: Gráfica e Editora Fortaleza, 2009. p. 97.

⁹⁷⁶ “Com efeito, a Lei nº 12.850/13, ao disciplinar o regime jurídico desse meio de obtenção de prova, instituiu a figura *sui generis* do colaborador premiado, o qual, além da possibilidade de figurar como corrêu no mesmo processo em que o delatado, presta contribuições à persecução penal, haja vista que, por expressa determinação legal, “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” (art. 4º, §14).” (grifei) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 166.373/PR, voto do Min Dias Toffoli, relatoria do Ministro Edson Fachin, julgamento em 29/09/2019, DJe 15/10/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC166373votoDT.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

⁹⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Op. cit., p. 548.

⁹⁷⁸ Idem.

⁹⁷⁹ “De qualquer forma, tomando por premissas as regras de teoria geral da prova, no que diz respeito à delação premiada, seja considerando-a sob a roupagem do interrogatório especial, seja tratando-a como uma prova testemunhal anômala, o certo é que se trata de buscar um instrumento probatório apto a introduzir no processo

Quintanar Díez aponta que a declaração do colaborador não equivale à confissão (strictu sensu), tampouco à prova testemunhal:

E isso basicamente porque a primeira requer que os fatos confessados prejudiquem a quem realiza a declaração e não a um terceiro (...). Mas, por outro lado, tampouco cabe a sua qualificação como pura prova testemunhal, já que o genuíno testemunho é o que procede de uma verdadeira testemunha, quer dizer, de um terceiro alheio ao objeto do processo, e não de quem é um imputado nele e, portanto, sujeito interessado.⁹⁸¹

Paolo Tonini adverte, quando comenta a respeito do artigo 111, §3º, da Constituição Italiana⁹⁸², que o respectivo dispositivo se refere a “*persone*”, ou seja, “‘pessoas’ que prestam declarações acusatórias, e não a testemunhas, ressaltando que ‘a diversidade terminológica foi necessária, pois a palavra ‘testemunhas’, em seu significado técnico, não compreende, por exemplo, o declarante que tem a qualidade de acusado’ ”.⁹⁸³⁻⁹⁸⁴

elementos de prova originários de uma fonte pessoal, também chamada de fonte oral, porque a forma de sua produção inclui, invariavelmente prestar uma declaração. Ainda que com diferenças específicas, o interrogatório do acusado, o depoimento das testemunhas e as declarações do ofendido têm, como elemento comum, tratar-se de manifestação oral de um fato ou acontecimento apreendido pelos sentidos e, depois, reproduzido mediante comunicação verbal. É da essência da prova oral a prova sua produção em contraditório até mesmo porque, disciplina diversa seria incompatível com o direito ao confronto previsto no art. 8.2, f, da CADH.” Ibidem.

⁹⁸⁰ “Não cabe, aqui, adentrar na complexa disciplina processual penal italiana, relativamente: i) às declarações do imputado no próprio procedimento a que responde (art. 208, CPP), o qual pode assumir, se prestar declarações sobre a responsabilidade de terceiros, a condição de testemunha (art. 64, incisos 3 e 3-bis, CPP); ii) às declarações de imputados que concorreram para o mesmo crime (arts. 12, inciso 1, a, e 197, a, CPP); iii) às declarações de imputados conexos teleologicamente ou coligados, definindo-se como tais os imputados que têm, em relação ao procedimento principal, uma relação de conexão (art. 12, inciso 1, c, CPP) ou de coligação probatória (art. 371, inciso 2, b, CPP), prescindindo-se da circunstância de os respectivos procedimentos estarem reunidos ou separados; iv) ao testemunho assistido, sobre fatos pertinentes à responsabilidade de terceiros, do imputado coligado ou conexo teleologicamente antes da sentença irrevogável no procedimento contra ele movido (art. 197-bis, inciso 2, CPP); v) ao testemunho assistido do imputado coligado ou conexo teleologicamente que já tenha sido julgado (art. 197-bis, inciso 1, CPP); e vi) às declarações do colaborador da justiça (“*collaboratore di giustizia*”), que poderá ser ouvido como testemunha assistida, com a obrigação de dizer a verdade sobre fato alheio (Decreto-lei nº 8/1991, convertido na Lei nº 82/1991, com as alterações da Lei n. 45/2001).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, DJe 04/02/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20127483%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁹⁸¹ QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *La Justicia penal y los denominados “arrepentidos”*. Madrid: Edersa, 1996. p. 315.

⁹⁸² “Art. 111. ... abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore” ROMA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1947-12-27&atto.codiceRedazionale=047U0001&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sott.oArticolo=10&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

⁹⁸³ TONINI, Paolo. Op. cit., p. 25.

⁹⁸⁴ “(...) devo ressaltar, em primeiro lugar, que testemunhas são pessoas desinteressadas que, chamadas a depor perante uma autoridade judiciária, declaram o que sabem sobre fatos concernentes à causa e que eventualmente interessem à sua resolução, assumindo o compromisso de dizer a verdade, consoante determina o art. 203 do Código de Processo Penal. Daí, então, o porquê de a jurisprudência tanto do col. Pretório Excelso quanto desta eg. Corte terem firmado o entendimento de que “A oitiva de co-réu na condição de testemunha, na mesma ação penal, não é possível ante a incompatibilidade entre o seu direito constitucional ao silêncio e à obrigação de dizer

A jurisprudência pátria tem dedicado especial atenção às declarações do colaborador, a teor de alguns julgados paradigmáticos dispostos na sequência.

A natureza jurídica do instituto da colaboração premiada está relacionada, portanto, à comunicação da ocorrência de um crime ou à provocação da iniciativa do Ministério Público a esse respeito. Por esse motivo, tem a característica de delatio criminis, de mero recurso à formação da convicção da acusação, e não de elemento de prova. De fato, os recursos de informação fornecidos pela atuação de colaborador somente servem à formação da convicção do Ministério Público, devendo ser submetidos ao contraditório judicial para embasarem o julgamento de mérito da pretensão punitiva, já que, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013, seu conteúdo não é suficiente para subsidiar, por si só, a condenação de alguém. A jurisprudência do STF acolheu esse entendimento, asseverando que as colaborações “não constituem, per se, fonte de convencimento judicial, destinando-se à 'aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória', os quais, por intermédio daqueles, podem ser inseridos no processo. (STF, Inq 4130 QO, Tribunal Pleno, DJe de 03/02/2016).⁹⁸⁵

O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de co-réus. Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação

a verdade imposta a quem presta depoimento, nos termos do Código de Processo Penal" (HC n. 88.223/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), DJe de 19/5/2008). (...) Assim, tendo em vista as considerações acima expostas, tenho que, no presente caso, não se verifica qualquer impedimento à inquirição de RAFAEL ÂNGULO LOPES na qualidade de testemunha, haja vista o dever por ele assumido diante do disposto no § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013, bem como pelo notório fato de não ser acusado no mesmo processo do recorrente. Renato Brasileiro de Lima, na obra "Legislação Criminal Especial Comentada", 4ª edição, Ed. Jus Podivm, pg. 541, discorrendo acerca do assunto, afirma que, "Caso haja necessidade de oitiva formal do colaborador (ou delator) no processo relativo aos coautores ou partícipes delatados, a fim de se lhe conferir o valor de prova, e não de mero elemento informativo, há de se assegurar a participação dialética das partes, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa". Conclui o autor, posteriormente, que "se há simples confissão na parte em que o acusado reconhece que praticou o delito, ao atribuir o cometimento do crime a outra pessoa, o delator passa a agir como se fosse testemunha, tendo o ato, nessa parte, natureza de prova testemunhal, daí por que imprescindível o respeito ao contraditório judicial". E afirma, ainda, o que segue: "Nesse contexto, como observa Aury Lopes Jr., quando estiver depondo na condição de réu, o delator estará amparado pelo direito ao silêncio. Logo, não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas (pelo juiz, acusador ou demais corréus) e que lhe possam prejudicar. No tocante às perguntas que digam respeito às imputações que está fazendo, o silêncio alegado deve ser considerado no sentido de desacreditar a versão incriminatória dos corréus. Por fim, quando arrolado como testemunha de acusação em um processo em que não figure como acusado, o delator não está protegido pelo direito ao silêncio, tendo o dever de responder a todas as perguntas, como qualquer testemunha, desde que das respostas não produza prova contra si mesmo" (sem grifos no original). (...) Dessarte, se não está verificada, de plano, a condição de CARLOS na qualidade de corréu, e se a premissa é a de que o sistema processual penal tão somente impede a oitiva de corréu na qualidade de testemunha, na mesma ação penal, não se vislumbra qualquer óbice ao seu depoimento na Ação Penal 5036528-23.2015.4.04.7000/PR, não restando configurada a alegada nulidade a permitir a anulação do processo, como pretende o recorrente, devendo ser também desprovido, no ponto, o recurso ordinário." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 67.493/PR. Rel. Min. Felix Fischer, j. 19/04/2016, DJe 02/05/2016. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201600225786&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

⁹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 31.629/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/09/2017, DJe 28/09/2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76669134&num_registro=201601334888&data=20170928&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 jun. 2021.

premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes.⁹⁸⁶

O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de co-réu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, como quer o agravante. Exceção aberta para o caso de coréu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999. A hipótese sob exame, todavia, não trata da inquirição de acusado colaborador da acusação ou delator do agravante, mas pura e simplesmente da oitiva de co-denunciado. Daí por que deve ser aplicada a regra geral da impossibilidade de o co-réu ser ouvido como testemunha ou, ainda, como informante. Agravamento regimental não provido.⁹⁸⁷

A delação de corréu e o depoimento de informante não podem servir como elemento decisivo para a condenação, notadamente porque não lhes são exigidos o compromisso legal de falar a verdade.⁹⁸⁸

Vinicius Gomes de Vasconcellos admite que:

Resumidamente, em termos gerais, a colaboração premiada, como método de investigação, que se caracteriza como um acordo para a cooperação do acusado na produção probatória, é um meio de obtenção de provas. Sob outra perspectiva, seu interrogatório/oitiva será o meio de prova, juntamente com eventuais produções de provas documentais, por exemplo. Por fim, a confissão do delator e as declarações incriminatórias a terceiros serão elementos de um fenômeno complexo, que envolve diversos atos e situações processuais, o que ressalta a necessidade de especificação do elemento de que se está a tratar quando da análise de sua natureza.⁹⁸⁹

5.4.6.2.1. O colaborador enquanto sujeito de direitos e obrigações

Enunciaremos nesse item as disposições legais atinentes aos direitos e deveres do colaborador enquanto sujeito da colaboração premiada. Não nos aprofundaremos dadas razões lógicas, já que a lei de regência oferece o suporte ideal para sua compreensão, da leitura atenta do artigo 5º, sem resultar em maiores indagações.

A despeito de vozes contrárias, o colaborador não tem direito subjetivo⁹⁹⁰ à formalização do acordo, visto que, a bilateralidade determina que o interesse seja também uma manifestação da parte contrária, no caso, da acusação. O direito subjetivo do colaborador

⁹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470 QO-terceira/MG. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 23/10/2008, DJe 30/04/2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590411>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

⁹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470 AgR-sétimo/MG. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 18/06/2009, DJe 02/10/2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur167041/false>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

⁹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 465, relatora Min. Carmém Lúcia, j. 24/04/2014, DJe 30/10/2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282503/false>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

⁹⁸⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. Op. cit., p. 62-63.

⁹⁹⁰ Evidentemente que a negativa do Ministério Público em formalizar o acordo de colaboração premiada não pode guiada pelo arbítrio, deve ser motivada por critérios objetivos determinados na lei de regência, podendo inclusive ser objeto de controle por órgão superior da instituição para revisão, aplicando-se o artigo 28 do Código de Processo Penal.

evidencia-se na obtenção dos benefícios pactuados se, e somente se, ultrapassadas a fase homologatória e de sentenciamento do feito, cumpridos todos os seus termos⁹⁹¹ e produzidos os resultados almejados, como se verá adiante.⁹⁹²

O direito à informação, por sua vez, consagrado no rol de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, revela sua imprescindibilidade não somente porque contribui para a formação de uma opinião individual esclarecida, mas também porque torna transparente os negócios públicos e decisões sociais que podem vir a gerar efeitos sobre os direitos essenciais da pessoa humana.⁹⁹³

Nas especificidades da Lei 12.850/13, o artigo 7º, parágrafo 2º, a acessibilidade dos autos é restrita às autoridades, como forma de garantir o êxito das investigações, e às partes, atinente ao exercício do direito de defesa, ressalvados elementos referentes às diligências em andamento.

O sucesso da colaboração premiada está em definir com clareza os resultados que se esperam e os benefícios que podem ser extraídos. No entanto, o livre acesso à informação encontra limitações quanto aos contornos das investigações, evidenciado o interesse público envolvido em detrimento do direito privado.

Nesse encontro são as disposições contidas também na Súmula Vinculante 14 ao estabelecer que: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

⁹⁹¹ “(...) os investigados só podem eficazmente se comprometer a deveres ou obrigações que se insiram no seu poder de disponibilidade. (...) seria nula qualquer cláusula que vedasse ao indiciado o direito de exercer, futuramente, o seu direito de ação, mormente em se tratando de Habeas Corpus, como seria também inválida a renúncia prevista ao duplo grau de jurisdição.” JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Estudos, pareceres e crônicas. Op. cit., p. 754.

⁹⁹² “Caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiaias estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial. (...) Assim, caso se configure, pelo integral cumprimento de sua obrigação, o direito subjetivo do colaborador à sanção premial, tem ele o direito de exigí-la judicialmente, inclusive recorrendo da sentença que deixar de reconhecê-la ou vier a aplicá-la em desconformidade com o de acordo judicialmente homologado, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, DJe 04/02/2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 22 set. 2021. No mesmo sentido, “Em suma: o acordo de colaboração premiada legitimamente celebrado, objeto de regular homologação judicial, apresenta-se revestido de força vinculante quanto a suas cláusulas, independentemente da instância (ou da esfera de Poder) em que pactuado, impondo-se, quanto à sua execução, por efeito do ajuste de vontades, à observância dos Poderes do Estado, notadamente do Judiciário, e do agente colaborador, que deverão cumpri-lo, obrigados que se acham a respeitá-lo em razão dos princípios da probidade e da boa-fé (pacta sunt servanda).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição 7074. Relator Min. Edson Fachin, voto do Ministro Dias Toffoli, julgamento em 29/06/2017, DJe 03/05/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>>. Acesso em: 22 set. 2021.

⁹⁹³ MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. *A proteção constitucional da vida privada*. São Paulo: LED – Livraria e Editora de Direito, 1996, pp. 145-146.

O direito a informações até mesmo de terceiros encontra delimitações, como é cediço na jurisprudência pátria, ao invocar a presença de dois requisitos: “Um, positivo: o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente (INQ 3.983, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 3.3.2016). Outro, negativo: o ato de colaboração não deve referir-se à diligência em andamento.”⁹⁹⁴

Veja-se que a imposição do sigilo enquanto direito do colaborador revela a preocupação do legislador tanto com a segurança e integridade física pessoais, quanto do seio familiar. Por outro lado, consagra também um dever, diante da necessidade de se assegurar a eficácia da colaboração enquanto meio de obtenção de prova (artigo 7º, §2º), o que pode ser extraído da confidencialidade estipulada pela lei tão logo a proposta de acordo é recebida (artigo 3º-B). No entanto, esse sigilo cede espaço à publicidade tão logo a denúncia é recebida (artigo 7º, parágrafo 3º).

Corolário do direito à informação é assegurar ao colaborador, além do registro das tratativas e dos atos de colaboração, a teor do parágrafo 13, do artigo 4º da Lei 12.850/13, o acesso a um termo de acordo escrito e contendo todos os elementos para sua fiel execução, como dispõe o artigo 6º. Através de um acordo escrito e bem delineado determinam-se as diretrizes e posturas das partes envolvidas, torna-se obrigatório o seu cumprimento (*pacta sunt servanda*), impedem-se eventuais excessos e arbitrariedades. Torna-se cristalina a relação estabelecida.

O direito à defesa técnica, além de ser a marca fundamental do Devido Processo Legal, encontra arrimo nas próprias disposições da Lei de Organizações Criminosas, ao prever no parágrafo 15, do artigo 4º que o colaborador deverá estar assistido por defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração.

Na seara de deveres, além dos mais comezinhos deveres processuais como da boa-fé objetiva e lealdade, exsurtem os deveres expressos na Lei 12.850/13.

Nessa toada, o dever de colaboração contínua advém da possibilidade do colaborador ser ouvido a qualquer tempo para esclarecimentos ou contribuição para o desfecho dos fatos, na linha do que se infere nos parágrafos 9º e 12, do artigo 4º; o compromisso legal de dizer a verdade e a renúncia ao direito ao silêncio, na dicção do parágrafo 14 e o dever de cessar o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, nos termos do parágrafo 18.

⁹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 24.116, relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 13/12/2016, publicação em 13/02/2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12397363>>. Acesso em: 23 set. 2021.

As consequências para o descumprimento de quaisquer dos deveres é a ineficácia e rescisão do acordo, inclusive quando procede à omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração, conforme preceitua o parágrafo 17. O colaborador transgressor arcará com os resultados de uma sentença condenatória como qualquer outro réu, sem atribuição e reconhecimento de benefícios.

5.4.6.3. Ministério Público

Uma das discussões que se inaugura quando se discorre acerca do papel que exerce o Ministério Público no âmago do processo criminal diz respeito a sua atuação enquanto parte interessada ou parte imparcial à causa.

Por um lado, defende-se que o Ministério Público como parte imparcial não tem qualquer interesse, seja contraposto ao do acusado, seja um próprio interesse. Alega-se que por se tratar de órgão público, representa um interesse alheio pertencente àquele que representa, identificado não apenas no interesse punitivo, acusatório, como também na correta aplicação da lei.⁹⁹⁵ Por outro, e sob a perspectiva de um processo penal acusatório, acedemos à defesa de que o Ministério Público não se põe como parte imparcial, com o viés imprescindível ao contraditório e instalação da dialética, requisitos importantes para a formação da tese e da antítese, arrimos sobre os quais se desenvolverá a produção das provas, e o reconhecimento da verdade.

De toda sorte, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cabe ao Ministério Público o dever de promover, privativamente, a ação penal pública.⁹⁹⁶

Pode-se afirmar, portanto, que a ação penal pública é corolário do *ius puniendi* porquanto instrumentaliza e materializa a manifestação dessa pretensão inerente ao Estado.

A atuação do *Parquet* pauta-se no Princípio da Obrigatoriedade, mitigando-lhe qualquer discricionariedade no oferecimento da denúncia quando verificar que a notificação de fato típico apresente justa causa. Não se reserva qualquer juízo de oportunidade ou de

⁹⁹⁵ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 154; CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 40 e 42; NORONHA, Edgard Magalhães. *Op.cit.*, 1978. p. 179; PEDROSA, Fernando de Almeida. *Processo Penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 39.

⁹⁹⁶ “O Código de Processo Penal em vigor, muito embora não o registre, de forma expressa, em qualquer dispositivo, adotou, iniludivelmente, o princípio da obrigatoriedade pura da ação penal pública. Com efeito, a regra inserta no art. 24 da lei adjetiva em questão não autoriza ao exegeta outra interpretação, ao salientar que, “nos crimes de ação pública, esta *será promovida* por denúncia do Ministério Público.” HAMILTON, Sérgio Demoro. A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto do Código de Processo Penal. In: *Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020. p. 183.

conveniência para promover ou não a ação penal. Constatada a conduta delituosa e observados os requisitos para o regular exercício da ação penal, o ajuizamento seria um ato vinculado.⁹⁹⁷

No que concerne à colaboração premiada, como modelo de meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual, a obrigatoriedade no ajuizamento da ação penal pública adquiriu novos contornos.

Assim como ocorreu com a publicação da Lei 9.099/1995, na qual se possibilitou a transação penal nos crimes de pequeno potencial ofensivo e a proposta de suspensão condicional do processo, a teor dos artigos 76 e 89, a Lei 12.850/2013 admite, nos termos do artigo 4º, parágrafo 4º, que o Ministério Público deixe de oferecer denúncia quando o colaborador não for o líder da organização criminosa e primeiro prestar a efetiva colaboração.

Prefere-se, acertadamente, identificar nessas hipóteses aquilo que se convencionou chamar de mitigação regrada⁹⁹⁸ porque amparada em escopos legais.

Não se trata de consagração do Princípio da Oportunidade tal qual concebido para a ação penal privada, mas de “oportunidade regrada”, que pode ser percebido a partir da estipulação de requisitos legais - daí a expressão “regrada” - os quais deverão ser observados para que Ministério Público possa aplicar esses juízos de oportunidade⁹⁹⁹. Trata-se de uma mitigação/abrandamento do Princípio da Obrigatoriedade da ação penal¹⁰⁰⁰.

Ultrapassadas essas ponderações, urge destacar a atuação do Ministério Público enquanto “celebrante” do acordo.

⁹⁹⁷ NOBREGA, Rafael Estrela. *Acordo de Não Persecução Penal: Breve histórico e perspectivas atuais*.

⁹⁹⁸ A regra geral de demandar judicialmente é flexibilizada com a aplicação do princípio da oportunidade regrada, ocorrendo, dessa forma, uma flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em um âmbito de positividade legislativa em que o princípio da estrita legalidade é conformado pelo consenso legislado em matéria penal.” OLIVEIRA, Marcondes Pereira. *Acordo de Não Persecução Penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 29, v. 178, abr/2021. Disponível em:

<<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20210178.2&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=p&eid=7f7d9cddb2ef9accef410f62fb5df019&eat=&pg=I&psl=&nvgS=false&tmp=900>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

⁹⁹⁹ “Sua natureza decorre, entendemos, do chamado “Princípio do Consenso”, que, variante do Princípio da Legalidade, permite que as partes entrem em consenso a respeito do destino da situação jurídica do acusado que, por qualquer razão, concorda com a imputação. No Brasil, pelo teor da legislação, esta aplicação do Princípio do Consenso pode atingir aquele que colaborou eficazmente com a administração da justiça.” MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op.cit., p. 37.

¹⁰⁰⁰ “Quando o próprio ordenamento jurídico permite e regula um certo poder de disposição, pode-se afirmar que se está ante uma regulamentação de um juízo de oportunidade, ainda que haja controle jurisdicional. Nesses casos, não se está atuando conforme o princípio da oportunidade – entendido, que o é unicamente, como princípio, em sua forma pura –, mas sob o princípio da legalidade, que autoriza e informa uma atuação com uma certa dose de oportunidade.” GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 70.

Defende-se a ideia de que somente ao Ministério Público caberia ofertar e propor os termos do acordo, afinal, a pretensão acusatória pertence a ele enquanto presentante do *ius puniedi* estatal, poder-dever exclusivo da instituição¹⁰⁰¹.

Nessa toada merece destaque quanto à liberdade negocial que permeia a atividade do *Parquet*, porquanto seu atuar deve ser guiado por critérios legais, impessoais e objetivos, sem ameaça de um agir ilimitado, discricionário, dando-se azo ao arbítrio. Veja-se que, conforme preceitua o artigo 3º-B, parágrafo 1º da Lei 12.850/2013, exige-se “devida justificativa” para que a proposta de acordo de colaboração premiada possa ser sumariamente indeferida.

Nesse viés, como fórmula de ponderação e controle sobre a atuação ministerial a própria legislação, a teor do artigo 4º, parágrafo 2º, autoriza a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal¹⁰⁰², mesmo que sob a redação original¹⁰⁰³⁻¹⁰⁰⁴, para fins de aferição por órgão superior da instituição.

¹⁰⁰¹ “A propósito da legitimidade para promover a colaboração processual, Oreste Dominioni assinala sem rodeios: seja como “contestador geral”, referido por Geremia Bentham, ou como “advogado do mérito”, mencionado por Melchiorre Gioia, a proposta para a aplicação da colaboração premiada deve ser reservada a um sujeito que desenvolva funções assemelhadas àquelas hoje desenvolvidas pelo Ministério Público no processo penal, ainda que se trate de uma função contrária à acusação penal, pois terá que atuar em favor do acusado. Em outros termos, segundo o autor, a solução a ser encontrada deve passar pela discussão do delicado tema da discricionariedade da ação penal, para que com base na realidade e de forma motivada, legitimamente o órgão responsável pela acusação possa avaliar, na própria investigação, quais vantagens podem advir da colaboração. No direito norte-americano a iniciativa para fins colaboração processual de é exclusiva do órgão responsável pela acusação, cujo representante tem ampla discricionariedade para negociar com o acusado colaborador (*plea bargaining*), podendo inclusive dispor da ação penal, estando reservado ao juiz a homologação desse acordo. Este sistema é mais coerente com a finalidade do instituto da colaboração processual, que se destina à obtenção de prova para acusação, afigurando-se conveniente para o seu sucesso que o órgão acusador tenha liberdade para indagar do colaborador as provas que entenda conveniente. Em suma, pois, apenas o órgão responsável por deduzir a acusação em juízo, como parte processual, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição República, pode dispor de eventual imposição penal, via acordo com o colaborador para fins de perdão judicial, afigurando-se, pois, tal poder conferido ao delegado de polícia, cuja missão constitucional é a atividade de polícia judiciária e a apuração de infrações penais (art. 144, § 4º, da Constituição da República), manifestamente inconstitucional.” SILVA, Eduardo Araújo da. Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada – Lei nº 12.850/13. In: *Associação Paulista do Ministério Público*. Artigos 2013. 1ª ed. São Paulo, 2014. p. 41-45.

¹⁰⁰² “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

¹⁰⁰³ “Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. § 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. § 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.”

¹⁰⁰⁴ Embora a vigência da Lei 13.964/2019, na parte que altera a redação do artigo 28 do Código de Processo Penal esteja suspensa por ocasião da liminar proferida no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Não se pode olvidar que, muitas vezes, a “devida justificativa” fica obstada em razão do sigilo, quando a negativa da celebração se encontra em outra colaboração premiada ou outra prova ainda acobertada pelo sigilo.¹⁰⁰⁵

Um das grandes distinções existentes entre o *plea bargaining* estadunidense e a colaboração premiada brasileira reside nos contornos de atuação do Ministério Público de cada sistema jurídico, marcada pela própria forma de composição e estruturação da instituição¹⁰⁰⁶.

Veja-se que, na Justiça Consensual do *plea bargaining* a solução do conflito entre as partes é a finalidade primária do processo, no qual a verdade dos fatos torna-se dispensável, já que a imposição da pena não é fruto de uma prévia verificação dos acontecimentos. Naquele sistema, há nítida superação do exercício de direitos inerentes ao Devido Processo Legal, como o direito de defesa e produção de provas.

No sistema consensual norte-americano, as altas taxas de processos resolvidos por meio do *plea bargaining* têm estrita correlação com a reeleição do *General Prosecutor* ou ingresso em cargos de maior relevância, isso porque, através dos acordos condenatórios se obtêm altos níveis de condenações, o que se traduz em verdadeiro *marketing* político¹⁰⁰⁷.

Essa situação se difere frontalmente da justiça consensual brasileira a começar pelo ingresso na carreira via concurso público o qual se afasta da ideologia política.

A atuação do órgão acusatório pauta-se em limites legais e constitucionais, principalmente quando o assunto diz respeito à imputação e à pena aplicável¹⁰⁰⁸. Toda

¹⁰⁰⁵ “No entanto, o que o MP não pode fazer é negar o benefício sem razoabilidade. A questão, todavia, é mais tormentosa do que aparente. A dificuldade é que, muitas vezes, a negativa não pode ser fundamentada, pois baseada em provas sigilosas. Imagine-se, por exemplo, hipótese em que se nega fazer o acordo porque sabe que o colaborador está mentindo, em razão de outra colaboração premiada ou outra prova que ainda está sigilosa. Nesse caso, não se pode exigir que a acusação fundamente a negativa, pois, ao fazê-lo, iria violar o sigilo da prova e frustrar eventual investigação. Ademais, ao exigir da acusação que fundamente a recusa, haveria o risco de algum suposto colaborador buscar o Ministério Público para tentar firmar um acordo de colaboração apenas para especular e tentar descobrir as evidências que a acusação já possui contra ele.” MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. Op. cit., p. 61.

¹⁰⁰⁶ É sabido que no sistema estadunidense o ingresso na carreira não se dá através de concurso de provas e títulos, mas por simples contratação do Procurador – Geral.

¹⁰⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal? Op. cit., p. 141.

¹⁰⁰⁸ (...)enquanto os sistemas continentais europeus se alinham ao modelo de premialidade legal, Inglaterra e Estados Unidos da América se valem do modelo de premialidade negocial. (...) O modelo de justiça criminal consensual nos Estados Unidos da América reconhece ao órgão da acusação uma discricionariedade quase absoluta para o exercício da ação penal e para transacionar sobre o processo e a pena. Para a Suprema Corte americana: “(...)a disposição sobre acusações criminais por acordo entre o promotor e o acusado é um componente essencial da administração da Justiça. Administrado de forma adequada, há que ser encorajado. Se toda acusação criminal estiver sujeita a um julgamento completo, os Estados e o Governo Federal necessitariam multiplicar em muitas vezes o número de juizes e instalações de cortes.” No sistema adversarial norte-americano, portanto, às partes se reconhece o poder de dispor do objeto do processo: o promotor pode renunciar à ação penal

atividade do *Parquet* deve estar voltada aos limites legais, principalmente no que tange ao reconhecimento de benefícios previstos em lei, tratado ou convenção de que o Brasil seja parte, ou seja, a premialidade legal. Noutra eixo, não se abandona a persecução penal.

O Ministério Público, de toda sorte, não está autorizado a promover ameaças de imputações mais graves (até mesmo inexistentes), prisões cautelares¹⁰⁰⁹ ou contemplar promessas impróprias como ato de barganha, cuja finalidade precípua seria coagir o imputado a colaborar.

5.4.6.4. Juiz

Mesmo na linha assentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 5.508/DF, na qual se reconheceu a possibilidade da celebração de acordo de colaboração premiada entre a autoridade policial e o investigado – o qual não vincularia o Ministério Público - defende-se sempre a posição do juiz que promove o controle da legalidade dos atos.

A não participação do juiz nas negociações da delação (fase das tratativas), a teor do artigo 4º, parágrafo 6º da Lei 12.850/2013, indica a afirmação do Sistema Acusatório e a preocupação do legislador pela manutenção da imparcialidade e equidistância das partes.¹⁰¹⁰

A partir da celebração do acordo, assume o Poder Judiciário a competência para legitimar e conferir eficácia dos atos até então praticados, até mesmo em concretização do

ou encerrá-la sem qualquer controle judicial, e o imputado pode declarar-se culpado (*guilty plea*) e exonerar a acusação do ônus de provar o fundamento da imputação, negociando a pena a que se submeterá. Diversamente, no modelo italiano, típico do sistema continental europeu, as sanções premiais para condutas de colaboração em matéria de *criminalidade organizada* se limitam ao reconhecimento pelo juiz, no caso de condenação, de atenuantes ou causas de redução de pena, não havendo margem para que o Ministério Público transacione sobre a natureza da imputação ou a quantidade de pena a ser imposta ao colaborador.” CAPEZ, Rodrigo. A sindicabilidade do acordo de colaboração premiada. In: *Colaboração premiada*. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 228-231.

¹⁰⁰⁹ “(...) é manifestamente ilegítima, por ausência de justificação constitucional, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente a prisão temporária ou preventiva, que tenham por finalidade obter a colaboração ou confissão do imputado, a pretexto de sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 347, nota de rodapé 6.

¹⁰¹⁰ “Sendo efetivamente implementado o juiz de garantias, e não tendo ele competência para a instrução e julgamento, não haveria prejuízo em admitir a participação do juiz de garantias na fase de tratativas do acordo de celebração premiada. Não foi esse, contudo, o modelo estabelecido pela Lei 13.964/2019, que entre as competências do juiz de garantias, previu a decisão sobre a homologação do acordo de colaboração premiada, quando formalizado durante a investigação (CPP, art. 3º - B, XVII), mas não a sua participação em tal acordo. É melhor que assim o seja. O acordo é um negócio jurídico entre o investigado ou acusado, de um lado, e Ministério Público ou Autoridade Policial, de outro. Até ser efetivamente celebrado, somente a eles interessa. Celebrado o acordo, aí sim, para maior segurança e liberação de sua eficácia jurídica, caberá a intervenção do Poder Judiciário, mediante juízo de homologação, que competirá ao juiz de garantias, se o acordo ocorrer na fase de investigação ou de admissibilidade de acusação, ou pelo juiz de instrução e julgamento, se nesta terceira fase da persecução penal.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Op.cit., p. 529.

Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, ordem de comando constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna.

A extensão dos poderes conferidos ao juiz no exercício do controle sobre os atos de colaboração, no entanto, se difere daqueles estabelecidos na condução do processo penal comum.

A atuação do juiz na análise dos requisitos propostos pela legislação, via de regra, se perfaz em dois momentos, estabelecendo-se a chamada dupla apreciação judicial. O primeiro ocorre na fase de homologação e o segundo, na fase de sentenciamento do feito.¹⁰¹¹

Veja-se que, na hipótese do colaborador deixar de ser denunciado, a apreciação judicial cinge-se à fase homologatória.

A fase de homologação¹⁰¹² norteia-se pelas regras insculpidas no artigo 4º, parágrafos 6º e 7º da Lei 12.850/2013, na qual serão aferidos os critérios da regularidade e legalidade¹⁰¹³;

¹⁰¹¹ Ressalvamos que, a despeito do exposto, não se pode olvidar quanto à possibilidade da colaboração premiada ter sido entabulada entre a sentença e o julgamento pelo órgão recursal (razão pela qual a atuação final ocorrerá no julgamento pelo Tribunal e constará do acórdão) ou ocorrer depois do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão (o que delega ao juízo da execução penal), impondo-se as adaptações pertinentes ao contexto apresentado.

¹⁰¹² “Homologar significa agregar a um ato realizado por outro sujeito a autoridade do sujeito que o homologa. Ao homologar atos das partes ou dos auxiliares da Justiça, o juiz os ‘jurisdicionaliza’ (Pontes de Miranda), outorgando-lhes a eficácia dos que ele próprio teria realizado. A homologação dos atos dispositivos das partes é um invólucro, ou continente, cujo conteúdo substancial é representado pelo negócio jurídico realizado por elas. Ao homologar um ato autocompositivo celebrado entre as partes, o juiz não soluciona questão alguma referente ao ‘meritum causae’, nem decide sobre a pretensão deduzida na inicial. Limita-se a envolver o ato nas formas de uma sentença, sendo-lhe absolutamente vedada qualquer verificação da conveniência dos negócios celebrados e muito menos avaliar as oportunidades de vitória porventura desperdiçadas por uma das partes ao negociar. ‘Essas atividades das partes constituem um limite ao poder do juiz, no sentido de que trazem em si o conteúdo de sua sentença’ (Chiovenda). Se o ato estiver formalmente perfeito e a vontade das partes manifestada de modo regular, é dever do juiz resignar-se e homologar o ato de disposição do direito, ainda quando contrário à sua opinião. Por isso, cumpre ao juiz proceder apenas ao exame externo dos atos dispositivos, mediante uma atividade que se chama delibação: assim como o enólogo prova pequenas doses do vinho em busca da descoberta de seu sabor e controle de qualidade, assim também o juiz permanece na periferia do ato das partes, em busca dos requisitos de sua validade e eficácia. São cinco os pontos que lhe cumpre verificar, mas nenhum deles referente aos possíveis direitos das partes: a) se realmente houve um reconhecimento, transação ou renúncia; b) se a matéria comporta ato de disposição (CC, art. 841); c) se os contratantes são titulares do direito do qual dispõem total ou parcialmente; d) se são capazes de transigir; e) se estão adequadamente representados. Esses pontos dizem respeito à ordem pública, e constitui dever do juiz a sua verificação, quer alguma das partes a haja requerido ou mesmo de ofício – negando homologação ao ato se lhe faltar algum dos requisitos, um só que seja. Ao proceder a esse exame, o juiz exerce atividade tipicamente estatal, caracterizada como jurisdição. É jurisdicional o ato homologatório, em oposição ao caráter negocial do ato a ser homologado (...)” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. 2009. Op.cit., p. 272-274.

¹⁰¹³ “No caso da colaboração premiada, uma vez aceita por uma das partes a proposta formulada pela outra, forma-se o acordo de colaboração, que, ao ser formalizado por escrito, passa a existir (plano da existência). (...) O art. 6º, da Lei nº 12.850/13 estabelece os elementos de existência do acordo de colaboração premiada. Esse acordo deverá ser feito por escrito e 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; e iv) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor. (...) Quanto ao plano subsequente da validade, o acordo de colaboração somente será válido se: i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável. (...) Finalmente, superados os planos da

a adequação dos benefícios pactuados aos termos legais do Código Penal e da Lei de Execução Penal, principalmente no que tange às regras de regime de cumprimento de pena e progressão; a adequação dos objetivos propostos no acordo aos objetivos previstos no *caput* e incisos I a V do artigo 4º da referida Lei e a voluntariedade na manifestação de vontade¹⁰¹⁴⁻¹⁰¹⁵. Trata-se de uma verdadeira fiscalização pelo Estado da adequação do acordo perpetrado à luz das regras norteadoras do negócio jurídico.

Quando o Ministério Público deixa de oferecer denúncia, à análise judicial quanto às circunstâncias acima descritas somam-se ainda as disposições contidas no artigo 4º, parágrafos 4º e 4º-A da Lei 12.850/2013. Desta forma, o juiz deverá aferir também se a proposta de acordo de colaboração refere-se à infração de cuja existência o Ministério Público e/ou a autoridade policial não tenham prévio conhecimento, não tendo havido instauração de inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados. Por sua vez exsurge a apreciação no que tange a não ser o colaborador o líder da organização criminosa e asseguramento de ter sido o primeiro a prestar efetiva colaboração. Em caso de discordância com a promoção ministerial, não olvidamos acerca da possibilidade de aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal para solução do dissídio.

Destaca-se que esse mencionado controle de legalidade merece uma leitura ampla¹⁰¹⁶, com extensão de seu alcance, posto que perpassa pela confrontação de todos os atos à luz do ordenamento jurídico vigente. Bastava, desse modo, a previsão no que tange à necessidade de

existência e da validade, chega-se ao plano da eficácia: o acordo existente e válido somente será eficaz se se for submetido à homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). (...) O controle de legalidade das cláusulas, repita-se, deve ser feito no momento da homologação do acordo, em observância, inclusive, ao princípio da segurança jurídica. Assim, se houver cláusula que ofenda preceito constitucional ou legal, ela há que ser sindicada desde logo.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição 7074. Relator Min. Edson Fachin, voto do Ministro Dias Toffoli, julgamento em 29/06/2017, DJe 03/05/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>>. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁰¹⁴ A esse respeito destaca-se a preocupação do legislador com a voluntariedade da manifestação, razão pela qual a audiência determinada nos moldes do artigo 4º, §7º da Lei 12.850/13 ocorrerá tão somente na presença do colaborador e seu advogado. Nessa linha, “Daí porque, na audiência que se refere o dispositivo, não haver previsão quanto à presença do proponente do acordo (Ministério Público ou delegado de polícia), mas somente do colaborador e seu defensor (...). A presença daqueles que propuseram tais acordos decerto que traria constrangimentos ao colaborador que, talvez por isso, pudesse se sentir inibido em apontar os reais motivos de que levaram a prestar o auxílio” CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime Organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013*. p. 63.

¹⁰¹⁵ “Por regularidade, entendemos o atendimento aos requisitos intrínsecos do diploma legal, tais como a participação do defensor, a forma escrita, a disposição das cláusulas etc. Quanto à legalidade, deve o magistrado atentar aos requisitos extrínsecos do acordo, no que tange ao respeito aos dispositivos legais vigentes. Assim, o acordo não deve contrariar o sistema jurídico mediante cláusulas ilegais ou mesmo medidas que contrariem o ordenamento jurídico. Por sua vez, a voluntariedade deve ser aferida pelo propósito livre do colaborador em aderir ao instituto. Nesse caso a lei prevê que o juiz pode ouvir sigilosamente o colaborador na presença de seu defensor.” AGNOLETTO, Giovanni Celso; BEZERRA, Clayton da Silva. *Colaboração premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Mallet, 2016. p. 96.

¹⁰¹⁶ A essa afirmação corrobora-se a disposição contida no §8º do artigo 4º da Lei 12.850/13 no que tange à recusa pelo juiz na homologação quando a proposta não atender aos requisitos legais.

análise da legalidade do acordo, que por si só, já abrangeria a perquirição dos demais requisitos expressos na Lei 12.850/2013, como a regularidade, a voluntariedade e a adequação dos benefícios às regras de definição de regime de pena e progressão, tornando despicienda essa previsão porque redundante.

No entanto, enalteçemos a nítida preocupação do legislador em acomodar em um rol bastante elucidativo todas as nuances do acordo formalizado a serem perquiridas pelo juiz para declará-lo regular, de modo a evitar uma possível – e temível – violação à reserva de jurisdição, concebida pela sistemática anterior que, em alguma medida, autorizava acordar penas com predefinição de *quantum* de redução¹⁰¹⁷ e até mesmo fixar regimes diferenciados¹⁰¹⁸, em dissonância à legalidade estrita que norteia esse tema¹⁰¹⁹, a qual defendemos.

O juiz que promove o controle de legalidade, sob ampla perspectiva, deve estar atento e percorrer todas as vertentes do Direito Público e mesmo Privado, desde o Direito Constitucional, com as garantias da Dignidade da Pessoa Humana e a Presunção de Inocência, do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa e da Razoável Duração do Processo; passando pelo Direito Civil, quanto às disposições que regulam a autonomia da vontade e os vícios dessa manifestação; culminando nas normativas mais mezinhas do Direito Penal e Processual Penal, como as garantias do juiz independente e imparcial e todas as diretrizes que devem conduzir o justo Processo Penal Acusatório.

Não subsiste qualquer resquício valorativo na fase homologatória¹⁰²⁰, trata-se de um mero juízo de prelibação, superficial, o qual não adentra no conteúdo do acordo negociado, tampouco no mérito da acusação, mas tão somente avalia a higidez jurídica da colaboração.

¹⁰¹⁷ “Importante ressaltar que não deve o magistrado homologar propostas que tragam preestabelecido o quanto de redução de pena. De um lado, porque não incumbindo ao Ministério Público ou ao delegado de polícia proferir sentença, não podem prometer algo que não podem cumprir; de outro porque, acaso tal cláusula fosse homologada nesse momento, tal proceder implicaria duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal: a) o juízo de condenação e b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena.” ENCCLA. *Manual Colaboração Premiada*. 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>>. Acesso em: 22 set. 2021.

¹⁰¹⁸ “Não raro, cláusulas são glosadas pelo Poder Judiciário, podendo-se citar precedentes sobre dispositivos referentes à desistência de recursos, à falta de clareza sobre regimes fixados, à previsão de suspensão de sigilo de dados de terceiros ou ao tempo de suspensão do prazo prescricional no âmbito da colaboração.” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op.cit.*, p. 186-187.

¹⁰¹⁹ Na forma do artigo 5º, *caput*, XXXIX da CRFB: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

¹⁰²⁰ “Embora o juiz não possa participar da negociação e da celebração do acordo de colaboração premiada, por expressão vedação legal, tem participação fundamental em fiscalizar o ato e, homologando-o, permitir que possa produzir efeitos. Ou seja, o Poder Judiciário é chamado como condição para a eficácia do negócio jurídico bilateral, pois o legislador entende que os interesses envolvidos, em especial do acusado, devem ser resguardados pelo Judiciário, como uma das mais importantes salvaguardadas contra abusos. Há, assim, a tutela

Como pontua o Ministro Dias Toffoli, na relatoria do HC 127.483/PR:

Finalmente, superados os planos da existência e da validade, chega-se ao plano da eficácia: o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial (art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850/13). Esse provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a “regularidade, legalidade e voluntariedade” do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). (...) A homologação judicial constitui simples fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes.¹⁰²¹

Por sua vez, a fase de sentença (artigo 4º, parágrafos 7º- A e 11) se desenvolve em estágio avançado do processo, porquanto ultrapassada a instrução processual (fase intermediária). Nesta fase o juiz percorreu todo o *iter* processual e culminará na análise nos termos do acordo homologado e sua eficácia para a persecução penal.

O processo deverá ser conduzido nos exatos termos do Devido Processo Legal, de modo que, ao final, possa o juiz formar seu convencimento e exarar um juízo de valor, inclusive quanto à inocência do acusado, ora colaborador. Na sentença, e no caso de condenação, além das regras básicas da dosimetria, irá perquirir se os resultados insculpidos nos incisos I a V e do *caput* do artigo 4º da Lei 12.850/13 foram de fato alcançados, demonstrando-se a eficácia do entabulado, assim como fixará os benefícios.¹⁰²²⁻¹⁰²³ Trata-se de um momento de aprofundada apreciação judicial no qual o Poder Judiciário, ao chancelar o acordo, confere à sociedade a certeza quanto a uma adequada resposta estatal ao fato, mitigando a sensação de injustiça.

Diante de um colaborador que cumpriu sua parte no acordo, contribuindo efetivamente, compete ao Poder Judiciário assegurar-lhe o benefício proposto tal qual direito

de interesses pelo Poder Judiciário.” MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. Op. cit., p. 83.

¹⁰²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483/PR, relator Ministro Dias Toffoli, j. 27/08/2015, DJe 04/02/2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur337159/false>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

¹⁰²² “A preservação da imparcialidade judicial recomenda que ao juiz se atribua apenas, na fase preliminar, a tarefa de fiscalização sobre a observância das formalidades e da imparcialidade do acordo, no sentido de verificar se foram tendidos, numa primeira análise, os pressupostos legais e observados os direitos e garantias dos arrependidos, em controle que se poderia chamar externo. (...) Somente depois de encerrada a conduta colaborativa e apurados os fatos, é que o juiz, avaliando a eficácia da cooperação, os fatos revelados, a postura cooperante, bem como todos os demais elementos envolvidos, irá reconhecer os efeitos benéficos do instituto perante o colaborador, homologado os ajustes quanto ao conteúdo.” PEREIRA, Frederico Valdez. Op.cit., p. 153/154 e 156.

¹⁰²³ “(...) é no julgamento de mérito que o Poder Judiciário, então, como autorizado pela lei, poderá definir a extensão da colaboração e por consequência analisar o benefício respectivo.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição nº 7.074. Relator Min. Edson Fachin, julgamento em 29/06/2017, DJe 03/05/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>>. Acesso em: 17 set. 2021.

subjetivo que detém, salvo hipóteses de invalidade que imponham a declaração de rescisão ou ineficácia.¹⁰²⁴

Nesse panorama urge relevante a análise a respeito do nível de força e vinculação que exerce a decisão homologatória do acordo na sua fase inaugural sobre o juiz que sentencia o processo, principalmente na hipótese de vício superveniente, não detectado inicialmente.

Ultrapassada a fase de homologação, atingindo-se a fase de sentenciamento do feito sem que tenha havido qualquer irresignação, sugere-se que os limites do pacto não sejam revistos em prol da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito e acabado, perfazendo a decisão homologatória, uma espécie de preclusão jurídica absoluta¹⁰²⁵. Isso porque todos os requisitos da legalidade, voluntariedade e regularidade foram ulteriormente verificados, não cabendo um segundo e novo juízo sobre ato firmado.

Cabe ao juiz sentenciante analisar tão somente se foram cumpridas, de fato, as balizas fixadas e as obrigações assumidas pelo colaborador para então declarar o cumprimento do acordo e aplicar os benefícios, em outras palavras, averiguar a “correspondência da colaboração com a realidade probatória dos autos”¹⁰²⁶.

A jurisprudência e a doutrina definem que o controle de legalidade deve ser exercido na fase da homologação, no entanto, eventuais vícios – principalmente quanto à exteriorização da manifestação de vontade – supervenientemente constatados, no momento da

¹⁰²⁴ “A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, o negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade. Ordem parcialmente concedida para o fim de determinar que o Juízo processante aplique esse ou aquele percentual de redução, mas de forma fundamentada” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.736, relator Min. Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 21/05/2010. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611540>>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹⁰²⁵ “Acho que é grande demais a responsabilidade do relator para ficar consigo, há uma preclusão jurídica absoluta, como se disse aqui. Melhor será, se o Tribunal assim entender, que diga que a norma da homologação é inconstitucional e entregue tudo ao Ministério Público e se coloque em uma posição subalterna em relação à Procuradoria-Geral da República e passe a ele o título de tutor da Constituição.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição nº 7.074. Relator Min. Edson Fachin, manifestação oral do Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 29/06/2017, DJe 03/05/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>>. Acesso em: 08 out. 2021.

¹⁰²⁶ “Se nós assentarmos que o Tribunal, a posteriori, pode infirmar aquilo que foi estabelecido na delação premiada, a pretexto de que o Ministério Público não foi um bom *player* nesse *plea bargaining*, vamos gerar um estado de incerteza e insegurança. A eficácia que o Tribunal, no julgamento colegiado, vai poder aferir é a eficácia da delação em si, em razão da correspondência da colaboração com a realidade probatória dos autos; aí, é eficaz.” Idem, manifestação oral do Ministro Luis Fux.

sentença, estão afetos ao plano da eficácia da colaboração, a teor das disposições do parágrafo 11 do artigo 4º da Lei 12.850/13.¹⁰²⁷

O controle de legalidade é ferramenta disposta ao Poder Judiciário em prol da legitimidade dos atos. Vícios insanáveis, uma vez não extirpados, conduzem ao total descrédito na figura da colaboração premiada, levando-se ao seu fracasso e incerteza nas relações jurídicas. Diante desse panorama, vícios na manifestação de vontade e inadequação dos benefícios às regras legais de regime de pena ou que ultrapassem, senão rompem, com as garantias do Devido Processo Legal¹⁰²⁸, fatalmente não poderão ser convalidados.¹⁰²⁹

O primeiro controle de legalidade deverá ser realizado na fase de homologação do acordo, no entanto, não vislumbramos impedimento ao juiz sentenciante quanto à revisitação de tais aspectos, seja quando instado a fazê-lo, seja quando na condução oficial do processo se depare com eventuais vícios insuperáveis.¹⁰³⁰

¹⁰²⁷ “Finalmente, estabelece o § 11 do art. 4º que “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”. “Apreciar” os termos do acordo na fase da sentença não significa revisitá-los para glosa, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica, mas, simplesmente, estabelecer a eventual correspondência entre o que foi acordado e os resultados da atividade de colaboração previstos no art. 4º, I a V, da Lei n. 12.850/13. Trata-se de medir, na sentença, os resultados da colaboração, para que se possa aferir a extensão da sanção premial a ser concedida. (...) Evidente que, por se tratar de um negócio jurídico, o acordo de colaboração, mesmo que tenha sido homologado judicialmente, poderá ser sindicado ulteriormente, no todo ou em parte, conforme o caso, se houver demonstração superveniente, v.g., de erro, dolo, coação, fraude ou simulação. A meu sentir, essa demonstração superveniente compreende não apenas os fatos novos, como também os fatos pretéritos ou contemporâneos ao acordo que somente venham a ser descobertos após sua homologação. (...)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição nº 7.074. Relator Min. Edson Fachin, voto do Ministro Dias Toffoli, julgamento em 29/06/2017, DJe 03/05/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>>. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁰²⁸ “A possibilidade de haver restrições consensuais parece ser indiscutível, ao menos em relação a algumas garantias incidentes no processo tradicional. Conforme a Corte Europeia de Direitos Humanos já asseverou mais de uma vez, o direito a um julgamento justo (*fair trial*) assegurado no art. 6º da Convenção Europeia – o verdadeiro coração das garantias do imputado em um processo – não impede que uma pessoa abra mão de seus direitos e de suas garantias, expressa ou tacitamente, em um acordo no processo penal. A questão essencial é definir os limites dessas restrições consensuais às garantias. Vejamos alguns exemplos. Em relação à garantia contra a autoincriminação, decorre da própria lei a possibilidade de seu não exercício consensual. Em relação ao contraditório parece admissível, desde que a restrição seja razoável, por exemplo, em relação às formalidades relativas ao ato de citação ou às comunicações processuais. Da mesma forma, é admissível mitigação ao direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição. No entanto, é certo que determinadas garantias não são passíveis de negociação, mesmo em um modelo processual consensual, tal como a imparcialidade do juiz ou os acordos que levem à admissão de provas ilícitas, que submetam o julgamento à aplicação de normas penais de outro país, ou que dispensem o juiz do dever de motivar.” MENDONÇA, Andrey Borges de. *Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade*. In: *Colaboração premiada*. Op. cit., p. 71-72.

¹⁰²⁹ “O acordo de colaboração premiada, mesmo tendo caráter discricionário quanto ao mérito, está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por JACQUES CHEVALLIER, “o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito” (*L’Etat de droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 12).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição nº 7074. Relator Min. Edson Fachin, voto do Ministro Alexandre de Moraes, julgamento em 29/06/2017, DJe 03/05/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>>. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁰³⁰ “Vossa Excelência fez um controle muito apropriado, muito consentâneo com o espírito da legislação da delação premiada. Mas suponhamos que Vossa Excelência tivesse falhado nesse exame inicial perfunctório, e não tivesse feito um exame exauriente da legalidade desse acordo de delação premiada, tendo em conta exatamente a precariedade do acervo probatório, que é próprio desse momento inicial do processo, competiria ao

Defendemos uma postura judicial razoável e ponderada, de modo que o instituto não seja esvaziado e desestimulado por um potencial temor de uma atuação judicial desmedida, que culmine na negativa de acordo já homologado em nítida afronta aos Princípios da Lealdade, Proteção da Confiança e Moralidade Administrativa.¹⁰³¹ Admite-se, sim, ainda que na sentença, a análise da legalidade das cláusulas entabuladas e dos benefícios propostos, assim como a perquirição de um resultado positivo para declaração de uma efetiva

Plenário, que é o juiz natural para prolatar, inclusive, a sentença, o exame desses aspectos porventura não examinados nessa primeira análise, que tem natureza meramente deliberatória. Então, Senhora Presidente, quero dizer que a decisão do Relator é importante sob todos os aspectos, especialmente, porque dá impulso ao processo, permite que aquela delação premiada, que constitui um meio de obtenção de provas, possa efetivar-se no plano da realidade fática, mas essa decisão, permito-me insistir com uma certa veemência, não vincula o Plenário no que diz respeito aos aspectos da legalidade *lato sensu*. Falo legalidade *lato sensu*, porque, aí, estão compreendidos a constitucionalidade e também os aspectos atinentes à legislação ordinária que regem esse instituto da delação premiada. Teria muito mais a dizer, Senhora Presidente, mas esse é o essencial. Quero dizer que concordo e me alinho ao voto do eminente Relator no sentido, primeiro, de assentar a prevenção de Sua Excelência neste caso, e para dizer também que está absolutamente hígida a homologação que Sua Excelência fez desse acordo, a meu ver, com as ressalvas que fiz no sentido de que poderá o Plenário depois, por ocasião da prolação da sentença, como está na Lei de regência, poderá examinar a eficácia do acordo, poderá revisitar os aspectos de legalidade *lato sensu*, embora não lhe seja dado, ao Plenário, qualquer ingerência no tocante aos aspectos de conveniência e oportunidade da celebração do acordo, que são próprios do Representante do Estado-acusador, que é o Procurador-Geral da Justiça.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição nº 70.74. Relator Min. Edson Fachin, voto do Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 29/06/2017, DJe 03/05/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>>. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁰³¹ A respeito do controle de legalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário, salvaguardando-se a segurança jurídica e, inovando a jurisprudência – HC 127.483/PR - quanto à possibilidade de impugnação do acordo de colaboração por terceiros, citamos HC nº 142.205/PR: “Penal e Processual Penal. 2. Colaboração premiada, admissibilidade e impugnação por corréus delatados. Provas produzidas em razão do acordo e utilizadas no caso concreto. Abusos da acusação e fragilização da confiabilidade. Nulidade do acordo e inutilização de declarações dos delatores. 3. Possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros delatados. Além de caracterizar negócio jurídico entre as partes, o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de provas, de investigação, visando à melhor persecução penal de coimputados e de organizações criminosas. Potencial impacto à esfera de direitos de corréus delatados, quando produzidas provas ao caso concreto. Necessidade de controle e limitação a eventuais cláusulas ilegais e benefícios abusivos. Precedente desta Segunda Turma: HC 151.605 (de minha relatoria, j. 20.3.2018). 4. Nulidade do acordo de colaboração premiada e ilicitude das declarações dos colaboradores. Necessidade de respeito à legalidade. Controle judicial sobre os mecanismos negociais no processo penal. Limites ao poder punitivo estatal. Precedente: “ O acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face do cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil” (STF, QO na PET 7.074, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.6.2017) 5. Como orientação prospectiva ou até um apelo ao legislador, deve-se assentar a obrigatoriedade de registro audiovisual de todos os atos de colaboração premiada, inclusive negociações e depoimentos prévios à homologação. Interpretação do art. 4º, § 13, Lei 12.850/13. Nova redação dada pela Lei 13.964/19. 6. Situação do colaborador diante da nulidade do acordo. Tendo em vista que a anulação do acordo de colaboração aqui em análise foi ocasionada por atuação abusiva da acusação, penso que os benefícios assegurados aos colaboradores devem ser mantidos, em prol da segurança jurídica e da previsibilidade dos mecanismos negociais no processo penal brasileiro. Precedente: direito subjetivo ao benefício se cumpridos os termos do acordo (STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015) e possibilidade de concessão do benefício de ofício pelo julgador, ainda que sem prévia homologação do acordo (REAgR 1.103.435, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.5.2019). 7. Dispositivo. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para declarar a nulidade do acordo de colaboração premiada e reconhecer a ilicitude das declarações incriminatórias prestadas pelos delatores, nos termos do voto.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 142.205/PR, relator Min. Gilmar Mender, j. 25/08/2020, DJe 01/10/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753982192>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

colaboração, amoldados, completamente, à sistemática legal exigida. Vê-se que não se pode conceber uma colaboração premiada eventualmente maculada por vícios insanáveis diante de um sistema que veda as provas ilícitas por derivação, cuja descoberta tenha origem exclusiva na fonte impura.

Prima-se, essencialmente, pela permanência dos termos acordados e afastamento tão somente da(s) cláusula(s) a ser(em) revista(s)¹⁰³², e, em derradeiro, como *ultima ratio*, ante a inviabilidade de convalidação, pela desconstituição do acordo pelo Poder Judiciário e retomada da persecução penal.

Excepcionada a chamada imunidade processual, quando o colaborador deixa de ser denunciado, o processo assumirá marcha regular com arrimo nos preceitos basilares oriundos do Devido Processo Legal, culminando na sentença de mérito. O processo é inevitável, é instrumento a serviço do conhecimento da verdade.

5.5. Elementos probatórios em razão da colaboração premiada

As provas no sistema jurídico brasileiro detêm o mesmo peso probatório, dito de outra forma, salvaguardadas algumas poucas exceções¹⁰³³, não se elege uma prova como exclusiva, suficiente ou modelo único apto a provar determinado fato. Superado, portanto, o modelo da prova legal tarifada.

Por sua vez, também não se autoriza que o juiz mantenha somente para si as razões acerca do seu convencimento a respeito dos fatos, excepcionando uma única circunstância estabelecida pela íntima convicção dos jurados no Tribunal do Júri, a teor do artigo 472 do Código de Processo Penal. Suplantado, à vista disso, o sistema da íntima convicção.

¹⁰³² Avulta-se a possibilidade de revisão da matéria quando se tratar de fatos novos equiparados àqueles traçados pelo artigo 966, parágrafo 4º do Código de Processo Civil, a saber: “(i) prevaricação, concussão ou corrupção do magistrado; (ii) incompetência absoluta; (iii) dolo ou coação ou simulação ou colusão entre as partes do acordo com o fim de fraudar a lei; (iv) violação manifesta da lei; (v) falsidade; (vi) prova nova; e (vii) erro de fato verificável do exame dos autos. Mas, mesmos nesses casos, se o vício não é de responsabilidade nem de ciência do colaborador, a sua boa-fé na tratativa com o Estado deve ser considerada para fins de manutenção dos benefícios, ainda que as provas e indícios decorrentes da colaboração possam ser anulados ou revistos.” Nessa linha, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF*. Op. cit., p. 193. Na linha do que restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal: “Salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico, acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deve ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo, nos termos do art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil, possível ao Plenário analisar sua legalidade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 7074 QO/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017, DJe 03/05/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>>. Acesso em: 11 out. 2021.

¹⁰³³ A exemplo do artigo 406 do Código de Processo Civil; artigo 55, §3º da Lei 8.213/91; artigo 62 e artigo 155, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal.

Regendo o atual sistema de valoração da prova situa-se o modelo da persuasão racional ou do livre convencimento como método de preservação da justiça da decisão: a liberdade para decidir construída sobre o pilar das provas existentes no processo soma-se a imprescindibilidade da fundamentação das decisões. São esses os limites da atividade jurisdicional, cognitiva, valorativa¹⁰³⁴, lastreada pela lógica e racionalidade circunscrita à prova dos autos e sob o controle externo exercido a partir da anúnciação das razões de decidir.

Não se pode negar a utilidade da colaboração premiada enquanto instrumento de combate à criminalidade organizada. No entanto, no direito pátrio, só se pode concebê-la como efetivo meio de obtenção de prova, a serviço da justiça da decisão e legitimação do exercício do poder de punir estatal, se praticado para a correta reconstrução dos fatos e conhecimento da verdade.¹⁰³⁵

Nesse ponto, ante o introito desse capítulo, inevitável pontuar a razão pela qual se torna imprescindível corroborar em outras provas as declarações prestadas pelo colaborador.

Veja-se que essa indagação não é lançada ao acaso, isso porque aparenta-se conflitante exigir que as afirmações engendradas pelo colaborador são destituídas de força (exclusiva) para condenação se a própria lei já considera para eficácia do acordo de colaboração resultados satisfatórios como a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Essa compreensão perpassa, inicialmente, pela análise da formação dessas declarações do colaborador: unilaterais e parciais. Unilaterais porque emanam de afirmações particulares, do domínio, em regra, exclusivo do colaborador/delator. Parciais já que o interesse crucial do

¹⁰³⁴ Atribui-se à epistemologia a indicação do melhor método de valoração a ser realizado pelo julgador dada a ausência legislativa a respeito. No caso, a probabilidade indutiva ou lógica é considerada o método para valoração da prova judicial defendido pela maioria dos juristas. Para aprofundamento e melhor compreensão sugere-se BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia Judiciária e prova penal*. Op. cit..

¹⁰³⁵ “No tocante ao crime organizado, o estudo da eficiência pode ser efetuado de maneira global, em face do conjunto das normas processuais que o regulam. Fixada a ideia de que não se compreende eficiência sem observância das garantias constitucionais, essas normas serão eficientes se permitirem repressão ao crime organizado com respeito ao núcleo essencial de garantias, por meio do qual se garantem a imparcialidade do juiz, a ampla defesa e o contraditório”. ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de. (Coords). *Crime Organizado – Aspectos Processuais*. São Paulo: RT, 2009. p. 11.

delator reside em alcançar – a qualquer custo - as maiores vantagens possíveis desse acordo e se livrar de eventuais condenações mais danosas.¹⁰³⁶

Sob o ponto de vista técnico, tem-se que as declarações do delator detêm reduzido grau de suficiência apta a ensejar, por si só, um juízo de condenação e isso é facilmente explicado diante de toda coerência lógica-sistêmica que permeia o justo processo. No contexto da liberdade como um direito fundamental, a presunção de inocência somente pode ser afastada se precedida de um juízo condenatório perfeito, extraído sob a perspectiva do Devido Processo Legal¹⁰³⁷, principalmente no que tange à observância da dialeticidade inaugurada pelo contraditório.¹⁰³⁸ Consabido que não é permitido à Defesa o direito de impugnar os termos do acordo, participar ou formular perguntas ao delator no momento em que realiza a sua colaboração.¹⁰³⁹

¹⁰³⁶ “Desse modo, especificamente quanto ao valor probatório da delação premiada deve ser destacado, como recorda Sthefanie Mehrens, que há evidentes dificuldades quanto à valoração das declarações dos delatores, pois estão sob o âmbito do extremo interesse pessoal. O manifesto estímulo às colaborações, com prêmios sedutores ao criminoso, confere a estas declarações um traço não adequado de verdade; o juiz deve, em cada caso, na valoração do meio de prova, sopesar profundamente os motivos que impeliram o agente a colaborar.” BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Atualizada de Acordo com a Lei 13.964/2019*. Op. cit. p. 239.

¹⁰³⁷ “O resultado de um processo penal somente será justo e legítimo, caso se assente em três premissas: uma correta atividade epistêmica e uma adequada atividade hermenêutica, desenvolvidas sob o devido processo legal.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal? In: *Colaboração premiada*. Op. cit., p. 137.

¹⁰³⁸ “Por fim, deve-se ter em mente a fragilidade das informações prestadas pelo réu ‘colaborador’. Primeiramente, porque os benefícios ofertados em troca de sua colaboração podem ser um grande incentivo para uma delação que não necessariamente corresponda à verdade (convém lembrar que o legislador não só estimula a traição, como também que ela se opere muito rapidamente, tanto que o colaborador que tiver o melhor preparo físico – ou na linguagem da lei – for o primeiro, não será denunciado). Ademais, procurou-se demonstrar que os atos de negociação não estão submetidos ao crivo do contraditório dos delatados, de forma que não pode ser considerado um meio de prova capaz de ensejar a condenação. Ainda que as declarações sejam repetidas em juízo, é necessária a sua conformidade com as demais formas do processo.” LIMA, Camile Eltz; OSORIO, Fernanda Corrêa. *Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei nº 12.850/2013*. In: *Processo Penal e Garantias*. Op.cit., p. 206.

¹⁰³⁹ “IV) DA IMPOSSIBILIDADE DE O COAUTOR OU PARTÍCIPE DOS CRIMES PRATICADOS PELO COLABORADOR IMPUGNAR O ACORDO DE COLABORAÇÃO. Por se tratar de um negócio jurídico processual 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 quando do “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). (...) 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 colaboração. Em suma, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados terão legitimidade para confrontar, em juízo, as afirmações sobre fatos relevantes feitas pelo colaborador e as provas por ele indicadas, bem como para impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor com base naquelas declarações e provas, inclusive sustentando sua inidoneidade para servir de plataforma indiciária para a decretação daquelas medidas - mas não, repita-se, para impugnar os termos do acordo de colaboração feito por terceiro.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 127.483/PR, relator Ministro Dias Toffoli, j. 27/08/2015, DJe 04/02/2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur337159/false>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

Nesse contexto se estabelece a chamada regra de corroboração ou prova independente confirmatória¹⁰⁴⁰ de modo a obstar erros judiciários grosseiros nos quais falsas declarações gerem falsas condenações e, conseqüentemente, injustas. O Poder Judiciário tem o dever de zelar pela paz social e qualquer sentimento de insegurança, por menor que seja, não merece ser tolerado.

A regra de corroboração tem assento legal no parágrafo 16 do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, após redação implementada pela Lei nº 13.964/2019¹⁰⁴¹ e diz respeito ao valor probatório atenuado conferido às declarações prestadas pelo delator que não se prestam a subsidiar, isoladamente, decisões que estabeleçam medidas cautelares reais ou pessoais, ao recebimento de denúncia/queixa-crime ou proclamar um juízo condenatório em sentença.

Esclareça-se que, muito embora introduzida pela Lei de Organizações Criminosas, goza ampla abrangência e, portanto, aplicável a todo e qualquer caso de delação premiada.

A regra de corroboração evidencia restrição ao livre convencimento judicial quando observado que coube ao legislador fixar regra jurídica como critério norteador ao modelo de valoração da prova. Admite-se, a valer, a formatação de uma espécie de regime de prova legal negativa, no qual a delação premiada, considerada única e exclusivamente, é insuficiente para a condenação do terceiro, ora delatado, o que condiz com os corolários lógicos que emanam da presunção de inocência.¹⁰⁴²⁻¹⁰⁴³

Diferentemente, não se deve fixar qualquer liame ao sistema primitivo da prova tarifada, já que a lei não veio definir qual ou quantos meios de prova se prestam para demonstrar a verdade de um fato.

¹⁰⁴⁰ Para Perfecto Andrés Ibáñez, “[c]orroborar, para o que aqui interessa, é dar força a uma afirmação inculpatória de fonte testemunhal com dados probatórios de outra procedência. Donde força é qualidade de convicção (...)” Assim, corroborar, aqui, é reforçar o valor probatório da afirmação de uma testemunha relativa ao fato principal da causa, mediante a aportação de dados de uma fonte distinta, referidos não diretamente a esse fato, mas a alguma circunstância que com ele guarda relação, cuja constatação confirmaria a veracidade do declarado pela primeiro” IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 124-125.

¹⁰⁴¹ “artigo 4º §16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória.”

¹⁰⁴² “Seja ativamente desconfiado. Procure corroboração em tudo o que puder; siga todas as indicações de que ele possa estar inventando. (...) Corroboração é para o depoimento de um cúmplice o que a gasolina é para um carro: sem isso você não chega a lugar nenhum (...) Corrobores tudo o que puder. (...) Dê ênfase à corroboração. (...) a falta de corroboração será fatal para o seu caso.” TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial*. MORO, Sérgio Fernando (Tradução). In: Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37. p. 68-93, abr./jun. 2007. p. 80, 88-91.

¹⁰⁴³ Como argumenta Gustavo Badaró, a regra de corroboração trata-se de um “reforço à presunção de inocência”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A valoração probatória da colaboração premiada. In: *Altos Estudos sobre a prova no Processo Penal*. Op. cit., p. 657.

As raízes da regra de corroboração no direito estrangeiro anglo-saxônico remontam à imprescindibilidade da existência de outros elementos corroborativos (*corroboration evidences*) capazes de conferir credibilidade às declarações efetuadas pelos cúmplices (*accomplice*)¹⁰⁴⁴, ou seja, pessoas as quais estavam envolvidas no mesmo contexto criminoso. Veja-se que tal condição se aproxima muito das delações dos corréus.

No julgado paradigmático, *R. versus Barkerville* (1916), submetido a julgamento ao *Court of Criminal Appeal*, Lord Reading C. J. orientou (*warning*¹⁰⁴⁵) os jurados a respeito:

The nature of the corroboration will necessarily vary according to the particular circumstances of the offence charged. It would be in high degree dangerous to attempt to formulate the kind of evidence which would be regarded as corroboration, except to say that corroborative evidence is evidence which shows or tends to show that the story of the accomplice that the accused committed the crime is true, not merely the crime has been committed, but that it was committed by the accused.¹⁰⁴⁶

A costumeira preocupação perfaz-se diante do grau valorativo que a tais declarações deve ser atribuído tendo em vista seus vieses altamente tendenciosos¹⁰⁴⁷, dotadas de eminente cunho oportunista.¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁴ “The term “accomplice” is derived from substantive criminal law and in that context denotes a person who is chargeable either as a principal or accessory. Thus, for the purposes of the corroboration warning, the “natural and primary meaning” of the term, according to Lord Simonds in *Davies v Director of Public Prosecutions*, is a person who is participes criminis in respect of the offence charged, whether as a principal or accessory before or after the fact (in a felony) or a person committing, procuring or aiding and abetting (in a misdemeanour).” MCGRATH, Declan. (1999). The accomplice corroboration warning. *Irish Jurist* (1966-), v. 34. p. 170–201. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/44026470>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

¹⁰⁴⁵ “A ausência desta advertência (warning) aos jurados era motivo de anulação do julgamento até meados dos anos noventa do século anterior, quando houve abolição da regra pelo Criminal Justice and Public Order Act, que tornou a advertência ao júri matéria de descrição do juiz, na mesma linha das recomendações da Law Commission; deixando ao discernimento do magistrado a oportunidade de instrução do júri em matéria de testemunho de co-partícipe.” PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual* (delação premiada). In: Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44. p. 27, jan./mar. 2009.

¹⁰⁴⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Court of Criminal Appeal. Corroboration by previous offence. In: *The Journal of Criminal Law*, vol. 5, no. 1, Jan. 1941, pp. 46–49. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/002201834100500105>>. Acesso em: 04 abr. 2022.

¹⁰⁴⁷ “O depoimento do cúmplice apresenta também graves dificuldades. Tem-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem; outros denunciam cúmplices, aliás inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado, ou porque espera obter tratamento menos gravosos, comprometendo pessoas em altas posições.” MITTERMAYER. C.J.A. Op. cit., 1996. p. 295-6.

¹⁰⁴⁸ “The nature of the evidence required to corroborate the evidence of an accomplice was addressed by the Irish Court for Crown Cases Reserved in *R. v. Sheehan*. There were, at that time, two lines of authority on this question. In some cases, the view had been taken that it sufficed if the credibility of the accomplice was strengthened by the confirmation of some of the particulars of his story. In others, it had been held that the corroboration had to implicate the accused as well as confirming the commission of the offence. In *Sheehan*, the Court split six to five on this issue. A minority of the judges were of the opinion that “generally speaking, a corroboration in the circumstance applicable to the prisoner on trial, or to any other person charged by the accomplice, was a substantial corroboration, fit to be examined and weighed.” However, a majority of the Court took the view that “the accomplice being supported in his narrative of the transaction only, without corroboration as to any person charged, was so slight a confirmation, as to be entitled to very little, if any, attention, and that a jury should generally be so told.” The majority opted for the stricter approach because the accomplice was ex concessio involved in the crime and knew all the facts. Therefore, confirmation that he was telling the truth with

A par disso, surgem as balizas do *corroboration rule*, geralmente pautada em orientações destinadas ao júri sobre como avaliar as declarações dos cúmplices acerca do crime¹⁰⁴⁹, de modo que, reste evidentemente claro que, somente quando haja *support with other evidence*, ou seja, uma prova confirmatória independente, se erige a possibilidade de haver uma condenação justa.¹⁰⁵⁰

Na evolução do direito estrangeiro, não necessariamente esses elementos confirmatórios independentes precisam equivaler, exatamente, às declarações prestadas pelo cúmplice do crime. Exige-se, na verdade, que tais elementos sejam suficientemente capazes de conferir credibilidade à declaração do delator e implicar o acusado na empreitada criminosa.¹⁰⁵¹⁻¹⁰⁵²

Essas linhas também foram trilhadas no direito brasileiro. Não se espera uma absoluta e total equivalência entre as declarações do delator e os elementos de prova confirmatórios, mas elementos que confluem para uma mesma proposição, tal qual o fenômeno da convergência dos indícios, o que pressupõe um nexos preciso e direto entre o fato indício (a delação) e o fato consequência (o fato presumido).¹⁰⁵³

No direito italiano, o Código de Processo Penal (*Codice di Procedura Penale*) estabelece que a validade das declarações do *coimputato* depende da confirmação da

regard to the facts of the commission of the offence did not lead to the inference that he was telling the truth with regards to the persons taking part in it.” MCGRATH, Declan. (1999). Op.cit. Acesso em: 28 mar. 2022.

¹⁰⁴⁹ “The view that corroboration must implicate the accused in the offence charged was also adopted by the English Court of Criminal Appeal in R. v. Baskerville where Lord Reading enunciated his canonical definition of corroboration: “We hold that evidence in corroboration must be independent testimony which affects the accused by connecting or tendind to connect him with the crime. In other words, it must be evidence wich implicates him, that is, wich confirms in some material particular not only the evidence that the crime has been committed but also that the prisoner committed it.” Ibid.

¹⁰⁵⁰ “However, while the corroboration requirement may have began life as a means of rehabilitating credibility, it is clear from Sheehan that, because of the problem of insider knowledge, it metamorphosed into something else: an additional safeguard to prevent wrongful convictions. Only evidence implicating the accused in the crime can provide this safeguard. Therefore, viewed in the terms of its objective, the definition cannot be said to be unsound.” MCGRATH, Declan. (1999). Id.

¹⁰⁵¹ “A corollary of the revised function of corroboration is that it is not essential that it confirm any part of the accomplice’s testimony in addition to implicating the accused in the offence charged. This is because its value as an additional safeguard derives from its implicatory, rather than its confirmatory quality. A fortiori, confirmation of the entirety of an accomplice’s testimony is not required as otherwise such testimony would be superfluous.” MCGRATH, Declan. (1999). Ibid.

¹⁰⁵² “Non è ovviamente richiesto che i riscontri siano idonei di per sé a provare la colpevolezza dell’imputato o coincidano perfettamente con le dichiarazioni del coimputato: altrimenti, il contributo conoscitivo di quest’ultimo diverrebbe superfluo. Nondimeno, la conferma non può consistere in fatti o circostanze notori e conoscibili indipendentemente dalla percezione del fatto-reato oggetto del processo”. CASIRAGHI, Roberta. La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration. In: *Diritto Penale Contemporaneo*. Milano, 2012. Disponível em: <<https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/1829-la-chiamata-di-correo-riflessioni-in-merito-alla-mutual-corroboration>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

¹⁰⁵³ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 300 apud BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Atualizada de Acordo com a Lei 13.964/2019*. Op. cit. p. 239.

confiabilidade (delas) em outros elementos de prova.¹⁰⁵⁴⁻¹⁰⁵⁵ Vê-se que a premissa basilar também se deve, assim como no direito doméstico, ao corolário da presunção de inocência, da imprescindibilidade do contraditório na formação da prova e na parcialidade das afirmações prestadas pelo delator, inferências essas extraídas do próprio âmago constitucional penisular¹⁰⁵⁶.

Como afirma Muñoz Conde:

Creo que darle valor probatorio a la declaración del coimputado en si misma, supone abrir la puerta a la violación del derecho fundamental a La presunción de inocencia, y a prácticas que pueden convertir el proceso penal en una auténtica fuente de chantajes, acuerdos interesados entre algunos acusados y la Policía y el Ministerio Público con consiguientes retiradas de la acusación contra unos para conseguir la incriminación (y condena) de otros. Nada bueno para el Estado de Derecho.¹⁰⁵⁷

Essa complementação probatória pode advir de qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova já que a lei não os define. Exige-se, evidentemente, que tais elementos confirmatórios tenham sido adquiridos sob a estrita observância das regras probatórias estabelecidas pelo direito em vigor, afinal, um elemento obtido contra lei não pode encontrar qualquer espaço na dinâmica reconstrutiva do fato, tampouco ao conhecimento da verdade, corolário da justiça da decisão.

Por outro lado, não faria sentido que esse outro meio de prova, ora corroborativo, proviesse também do próprio delator, sob pena de se ferir os requisitos autonomia e incontestabilidade. Esclareça-se: a prova é de imperiosa relevância ao feito e se presta à superação da presunção de inocência. Desse modo, partindo a prova da mesma nascente, seu

¹⁰⁵⁴ “Art. 192. Valutazione della prova. 3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità. 4. La disposizione del comma 3 si applica anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'articolo 371 comma 2 lettera b).” . ROMA. Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447. Codice di Procedura Penale. Disponível em: <https://www.legislationline.org/download/id/4357/file/Italy_CPC_updated_till_2012_Part_1_it.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

¹⁰⁵⁵ “Allo stesso tempo, non è stata trascurata la particolare veste del dichiarante: alla tradizionale affidabilità riservata al testimone si è così sostituito il sospetto nei confronti della parola proveniente da un soggetto particolarmente interessato all'epilogo della vicenda giudiziaria, in quanto ritenuto coinvolto in qualche modo nella commissione del medesimo episodio criminoso. Di qui, l'introduzione di una regola di valutazione negativa che, in parziale attenuazione al principio del libero convincimento, vieta al giudice «di basare il proprio convincimento su risultanze dal legislatore giudicate carenti di efficacia persuasiva», consentendo l'apprezzamento della deposizione del “coimputato” solo «in presenza di ulteriori elementi conoscitivi tali da confermar[ne] l'attendibilità».” CASIRAGHI, Roberta. *Ibidem*. Acesso em: 29 mar. 2022.

¹⁰⁵⁶ “Articolo 111. 4. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.” ROMA. Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

¹⁰⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 3ª ed.. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 88.

desvalor permanece inalterado e equivalente. A lógica pressupõe, portanto, que a prova segura à condenação deverá partir de uma fonte diversa do colaborador, rotulado pela jurisprudência como elemento externo.¹⁰⁵⁸

Mas atenhamos que essa exigência não seja levada ao extremo e as particularidades de cada prova devem ser enfrentadas.¹⁰⁵⁹ Provas adquiridas e fornecidas pelo delator devem ser cuidadosamente valoradas e apreciadas, principalmente no que tange ao seu tempo e modo de preparação. Provas confiáveis, em regra, evidenciam, efetivamente, a ocorrência de fatos corriqueiros e passados, que muitas vezes são levadas a registro ao seu tempo e para que possam ser resgatadas e consultadas ao futuro. Alerta-se quanto a provas confeccionadas

¹⁰⁵⁸ “8. 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. 9. 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*. 10. 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. (...) 12. Na espécie, não se vislumbra a presença de elementos externos de corroboração dos depoimentos de colaboradores premiados, mas simples registros genéricos de viagens e reuniões” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inquérito nº 3.998/DF, relator para o acórdão Min. Dias Toffoli, j. 18/12/2017, DJe 09/03/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14475123>>. Acesso em: 06 abr. 2022. DJe de 9/3/18.

¹⁰⁵⁹ Voto do relator, Ministro Edson Fachin: “Por fim, trago à baila o fato de que o adimplemento da quantia de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em favor da campanha da então candidata Gleisi Helena Hoffmann foi registrada por Paulo Roberto Costa em agenda pessoal sob a inscrição “1,0 PB”, como demonstra cópia reproduzida à fl. 74. Embora o referido elemento de corroboração tenha sido objeto de críticas, tanto por ocasião do recebimento da denúncia, como por parte das defesas técnicas constituídas nestes autos nas respectivas alegações finais, rememoro, por oportuno, que o conhecimento do conteúdo da aludida agenda deu-se em razão da sua apreensão pela autoridade policial em momento anterior à celebração do acordo de colaboração premiada entre Paulo Roberto Costa e o Ministério Público Federal, não havendo motivos, portanto, para questionamentos sobre a precedência das anotações à avença. Não fosse isso, tal elemento de corroboração foi exaustivamente questionado no seio do contraditório estabelecido em juízo, sendo certo que em momento algum os patronos dos acusados lograram êxito ao dar ao mencionado apontamento significado diverso daquele atribuído pelos colaboradores Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef. Desse modo, mesmo que se trate de apontamento unilateral de um colaborador, a anotação “1,0 PB” contida na agenda de Paulo Roberto Costa, ainda que não confirme extreme de dúvidas a solicitação da vantagem indevida por parte de Paulo Bernardo Silva, junta-se aos demais elementos de prova destacados para reforçar a conclusão no sentido de que essa multicitada quantia foi efetivamente adimplida em favor da campanha de Gleisi Helena Hoffmann ao Senado Federal nas eleições do ano de 2010. Em suma, tenho como provado nos autos o efetivo recebimento de valores no interesse da campanha da denunciada Gleisi Helena Hoffmann ao Senado Federal do ano de 2010.” Em contrapartida, salientou o Ministro Dias Toffoli, redator do acórdão: “Observa-se que toda a argumentação desenvolvida pelo Ministro Relator tem como fio condutor os depoimentos dos colaboradores, à luz dos quais é feita a análise das demais provas carreadas aos autos. Importa destacar, por isso mesmo, que os termos de colaboração, na hipótese dos autos, não encontram respaldo em elementos externos de corroboração (...) No caso concreto, faz-se referência apenas à anotação “1,0 PB”, contida em agenda pessoal de Paulo Roberto Costa, que não pode ser considerado elemento externo de corroboração. Igual sorte devem ter as planilhas elaboradas por Rafael Ângulo Lopez, mencionadas nos autos. A jurisprudência desta Corte, como acima mencionado, é categórica em excluir do conceito de elemento externo de corroboração documentos elaborados unilateralmente pelo próprio colaborador.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 1.003, relator Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, j. 19/06/2018, DJe 06/12/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748804145>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

extraordinariamente, extemporaneamente, de modo unilateral, por ocasião do acordo de colaboração, já que o colaborador ávido por benefícios poderia facilmente produzi-las.¹⁰⁶⁰

Os elementos externos fortalecem a delação, são dados corroborativos, confirmativos, estabelecendo de uma correlação lógica entre as declarações prestadas pelo delator e a imputação da acusação. Esses elementos independentes uma vez associados às informações do delatado formam um conjunto robusto de prova apto a fornecer subsídios para uma boa valoração intelectual do julgador.

Rememore-se que, para cada medida decretada ou proferida com fundamento nas declarações do colaborador, frise-se, desde que corroboradas em outros elementos de prova, exige-se um peso probatório que norteie o próprio instituto.

O recebimento da denúncia/queixa exige que a exordial acusatória detenha um lastro probatório mínimo, calcado em indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva.¹⁰⁶¹⁻¹⁰⁶²

¹⁰⁶⁰ “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 o 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.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.994, relator Min. Edson Fachin, redator do Acórdão Min. Dias Toffoli, j. 18/12/2017, DJe 06/04/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14602908>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

¹⁰⁶¹ “4. O juízo de recebimento da denúncia é de mera delibação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 5. Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016). No caso, há indiciariamente substrato probatório mínimo de materialidade e autoria. (...) Tem-se como prefaciais, ainda, a afirmação dos denunciados da falta de justa causa e de inépcia da denúncia, em razão da ausência de provas da materialidade e de indícios suficientes da autoria delitiva. Enfatiza-se, em suma, que a peça acusatória está embasada apenas nas declarações de colaboradores. Não prospera a insurgência, relativamente à justa causa, pois, embora as investigações tenham origem no Termo de Colaboração n. 10 (fls. 5-9), por meio do qual Ricardo Ribeiro Pessoa menciona a participação dos acusados nos fatos em apuração, acompanham o inquérito outras evidências que, no sentir da Procuradoria-Geral da República, assumem potencialidade suficiente para instaurar a ação penal. Desse modo, em exame que precede ao do mérito de recebimento da denúncia, é possível se atestar lastro probatório mínimo a instruí-la, sendo descabida a assertiva de invalidade por se fundamentar exclusivamente em depoimentos prestados no âmbito de colaboração premiada. Registro, ademais, que “à luz de precedentes do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não constitui prova por si só eficaz para juízo de condenação. (...) Serve, todavia, como indício suficiente de autoria para fins de recebimento da denúncia” (INQ 3.984, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 16.12.2016). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4.118/DF, relator Min. Edson Fachin, j. 08/05/2018, DJe 05/09/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748141031>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

¹⁰⁶² Nessa linha, Inq nº 3.719/DF, relator Min. Edson Fachin, DJe de 29/10/14; Inq. nº 3994, j. 18/12/2017, DJe 06/04/2018; Inq. nº 4074, j. 14/08/2018, DJe 17/10/2018, todos da relatoria do Min. Edson Fachin e redator do Acórdão Min. Dias Toffoli. A esse respeito: “5. 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

Por sua vez, a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais pauta-se em juízo de cognição sumária no qual exige-se a probabilidade, seja do dano (*periculum libertatis*), seja do direito (*fumus comissi delicti*) no que tange aos indícios suficientes de autoria, já que, para nós, a comprovação da existência de um crime enseja um juízo de certeza.¹⁰⁶³

A contrário senso, a prolação de uma sentença condenatória vindica o mais alto nível de valor probatório, lastreado em um juízo exauriente e de certeza, fundado em um robusto acervo de provas que indiquem, em elevadíssimo grau de probabilidade, a autoria e a materialidade do crime.¹⁰⁶⁴

materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria (Inq nº 3.719/DF, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 29/10/14). 6. Na espécie, encontra-se ausente esse substrato probatório mínimo que autoriza a deflagração da ação penal. 7. 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. 8. 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. 9. 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*. 10. 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. 11. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 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. 12. Na espécie, não se vislumbra a presença de elementos externos de corroboração dos depoimentos de colaboradores premiados, mas simples registros genéricos de viagens e reuniões. 13. Denúncia rejeitada, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inquérito nº 3.998, relator Min. Edson Fachin, redator do Acórdão Min. Dias Toffoli, j. 18/12/2017, DJe 09/03/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14475123>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

¹⁰⁶³ Nessa perspectiva: “Penal e Processual Penal. 2. A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. Precedentes. (HC 115613, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 13.8.2014) 3. Prisão preventiva sem fundamentação em elementos concretos. 4. Insuficiência de declarações de colaboradores para motivação do *fumus commissi delicti* para decretação de prisão cautelar. Os elementos de prova produzidos a partir de acordo de colaboração premiada têm sua força probatória fragilizada em razão do seu interesse em delatar e receber benefícios em contrapartida, além dos problemas inerentes à própria lógica negocial no processo penal. Precedente: Inq 4.074, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 17.10.2018). 5. Inexistência de fatos novos em relação ao primeiro decreto prisional, revogado pelo TRF diante da ausência de motivação legítima. 6. Ilegitimidade da justificação do *periculum libertatis*. Risco presumido de reiteração não amparado em elementos concretos. Ausência de contemporaneidade. 7. Suficiência das medidas cautelares diversas. 8. Ordem de habeas corpus concedida para revogar a prisão preventiva e impor medidas cautelares diversas.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 169.119, relator Min. Gilmar Mendes, j. 02/04/2019, DJe 03/08/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753367925>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

¹⁰⁶⁴ “19. Assim, não há acervo probatório suficiente a embasar decreto condenatório quanto ao delito corrupção passiva, da mesma maneira que concluí quanto ao delito licitatório. Como sabido, na presença de dúvida razoável não pode haver condenação criminal sob pena de violação da presunção de inocência, princípio cardeal no processo penal em um Estado Democrático de Direito. O princípio teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerado uma conquista civilizatória. Embora sua origem perca-se no tempo, a formulação da máxima latina correspondente (item *quibet presumitur innocens nisi probetur nocens*) remonta ao trabalho do canonista francês Johannes Monachus, já no século XIV (sobre a origem da máxima, dentre outros, PENNINGTON, Kenneth. *Innocent until proven guilty: The origins of a legal maxim*. In 63 *The Jurist* 2003. p. 106-124). A presunção de inocência, no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o *standard anglo-saxônico* no sentido de que a

Questão de relevo e muito salutar aos dias atuais, dadas as inúmeras declarações cuja autenticidade revelam-se, no mínimo, duvidosas, diz respeito ao controle de valoração da declaração do coimputado, desenvolvido pela *Corte di Cassazione Italiana*¹⁰⁶⁵, considerada pela doutrina pátria¹⁰⁶⁶.

Trata-se da observância de três requisitos imprescindíveis.

O primeiro se refere à perquirição da credibilidade do delator enquanto pessoa digna de fé¹⁰⁶⁷. Nesse aspecto são avaliados seus traços pessoais como idade, nível sócio-educacional, antecedentes penais, valores morais, condições socioeconômicas e familiares, seu passado, seu relacionamento enquanto ser social, principalmente com o(s) delatado(s)¹⁰⁶⁸, as razões das suas declarações e o grau de envolvimento com o contexto criminoso.¹⁰⁶⁹

O segundo diz respeito à confiabilidade emanada das declarações do delator a partir da manutenção de um discurso sério, objetivo, claro, preciso - destituído de contradições, omissões e ambiguidades - espontâneo, verossímil, direto, harmonioso, homogêneo, linear e perene.¹⁰⁷⁰ Nesse aspecto, busca-se a uniformidade interna da narrativa, de modo a emanar lógica e coerência, aptas a ensejar uma inferência segura daquilo que se está reconstruindo a respeito dos fatos.

responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt), o qual foi construído durante os séculos XVIII e XIX na Inglaterra e nos Estados Unidos (conforme, dentre outros, SHAPIRO, Barbara J. *Beyond reasonable doubt and probable cause: Historical perspectives on de Anglo American Law of evidente*. Los Angeles: University of Califórnia Press, 1991). Tal standard também foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável). Isso impõe a necessidade de um quadro probatório robusto, com provas de todos os elementos da acusação. As provas devem ser aptas a gerar a responsabilidade criminal do acusado, com o afastamento de todas as hipóteses contrárias, desde que razoáveis, a essa convicção.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 676/MT, relatora Min. Rosa Weber, revisor Min. Roberto Barroso, j. 17/10/2017, DJe 06/02/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300838>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

¹⁰⁶⁵ Sentença IV, 23 giugno 2000, n° 11.626. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 735 e ss., ano XLV, Milão, 2002.

¹⁰⁶⁶ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Op. cit., p. 550; BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada*: Op. cit. p. 219.

¹⁰⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Id.

¹⁰⁶⁸ “Evidente que não será obstáculo o propósito “utilitarista” que leva o delator a confessar para obter um benefício legal, pois este é o componente essencial do chamado sinalagma da delação premiada. Logo, será fator de credibilidade o “desinteresse” do delator, isto é, a inexistência de um lucro pessoal, que pode ser resumido na ausência de animosidade, inimizade ou ódio do delatado”. Ibid.

¹⁰⁶⁹ “Para apuração da verdade da confissão, deverá o magistrado atentar para a personalidade do corréu delator, considerando traços de seu caráter, antecedentes penais, idade, formação moral, grau de instrução, conhecimento da lei, propensão à delinquência, entre outros aspectos. Deverá, também, atentar para a existência de eventuais desvios psicológicos e psiquiátricos que igualmente possam influenciar em suas declarações, como patologias psíquicas, personalidade fantasiosa, propensão à mentira ou à confabulação etc., sem prejuízo da realização de exames clínicos para confirmá-las. Ainda há que se considerar as possíveis reações mentais do colaborador decorrentes de sua privação da liberdade ou de sua submissão a determinadas influências carcerárias.” SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado*: procedimento probatório. São Paulo: Ed. Atlas, 2003. p. 146-147.

¹⁰⁷⁰ Nieva Fenoll admite a necessidade de se ater, ainda, aos “detalhes oportunistas” e à “contextualização das declarações”. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Op.cit., p. 245-246.

A partir do estabelecimento de um discurso bem planejado, estruturado, minucioso, contendo detalhes específicos e dotado de relevantíssimo preciosismo fático viabiliza-se o controle do conteúdo declarado em sua vertente objetiva já que é possível o cruzamento das declarações com fatos concretos, ou seja, hipóteses verificáveis.

O terceiro, finalmente, trata da confiabilidade do discurso em sua vertente extrínseca e opera-se a partir da certificação de confirmação, adequação e correspondência das declarações do delator com os demais elementos de prova.

Questão que merece atenção diz respeito à possibilidade – ou não – da utilização da corroboração cruzada (*mutual corroboration*), na qual as declarações de um delator são corroboradas pelas declarações de outro delator, sendo que ambas convergem para a imputação de fato criminoso a terceiro.

No direito estrangeiro essa prática, em regra, permanece obstada¹⁰⁷¹⁻¹⁰⁷², e muito embora no direito pátrio não encontre vedação expressa, a própria lógica do sistema legal que norteia a delação premiada não admite sua utilização, o que vem sendo adotado pela jurisprudência¹⁰⁷³.

¹⁰⁷¹ “While there is no general rule against mutual corroboration between accomplices, there is a considerable body of authority that corroboration of accomplice testimony may not be found in that of another accomplice where both are participes criminis and the jury must be instructed to this effect. This rule is predicated on the proposition that the reasons which may prompt an accomplice to lie apply equally to any other accomplice to the same crime and they may collude together in order to tell the same false story. However, the basic premise of the rule does not hold up to scrutiny. Collusion will not be present in every case and to rule out a valuable source of corroboration because of the possibility that it may exist in a minority of cases is to fasten an a priori solution upon a question of fact. Instead, the possibility of collusion is a matter which should go to the weight of the evidence. As the English Criminal Law Revision Committee commented, “where the witness whose evidence requires to be corroborated (A) and the suggested corroboration witness (B) are both accomplices, and both, acting independently of each other, tell the same story with consistent details and are unshaken in cross-examination, it seems extraordinary that B's evidence should not be capable of corroborating A's and it is still more extraordinary if a third accomplice gives similar evidence”. MCGRATH, Declan. (1999). Op. cit. p. 184-185.

¹⁰⁷² Excepciona-se, na dicção de Vittorio Grevi, para quem, “Con riguardo al quale nulla vieta che i predetti elementi di prova possano essere rappresentati anche da dichiarazioni di un diverso coimputato, seppure acquisite soltanto mediante contestazione, ovvero mediante lettura, in sede dibattimentale”. GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). 6. ed. Padova: CEDAM, 2012. p. 325. No direito brasileiro, MENDONÇA, Andrey Borges. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SALGADO, Daniel de Resende (Orgs.) In: *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Op.cit., p. 232.

¹⁰⁷³ “Os depoimentos dos colaboradores, ademais, não são uníssonos e harmônicos.” (...) “A análise do conjunto probatório produzido nesses autos evidencia que a imputação em causa encontra apoio, unicamente, em depoimentos prestados por agentes colaboradores (Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef), inexistindo qualquer fator de corroboração, resultante de fonte probatória autônoma, que confirme referidas declarações. Tem inteira razão, por isso mesmo, o eminente Relator, ao ressaltar que o ordenamento positivo brasileiro não autoriza o Poder Judiciário a formular juízo penal condenatório quando o único elemento incriminador apoiar-se, exclusivamente, em depoimento do agente colaborador, como sucede, precisamente, em relação à imputação penal feita contra o acusado Paulo Bernardo Silva. Argumentos meramente retóricos não se revelam elementos jurídicos idôneos nem se mostram suficientes para justificar a prolação de um decreto de condenação criminal. (...) O aspecto que venho de ressaltar – impossibilidade de condenação penal com suporte unicamente em depoimento prestado pelo agente colaborador, tal como acentua a doutrina (EDUARDO ARAÚJO DA SILVA,

Todas as declarações prestadas por delatores, pelos fundamentos os quais nos debruçamos até aqui, são eivados de parcialidade e privados do contraditório inicial. Desta forma, são informações que desde seu nascedouro enfrentam um descrédito valorativo, sob a pecha de serem originadas de uma fonte facilmente corrompida.¹⁰⁷⁴

Considerando que a lei considera a delação insuficiente para embasar, por si só, um decreto condenatório, sistematicamente, não se poderia conceber que fosse corroborada por outra fonte imprópria e também insatisfatória.¹⁰⁷⁵

Destaca-se que a falta de confiabilidade nas declarações do delator só pode ser superada a par de um elemento probatório legitimamente adquirido e sem as imperfeições que as acompanham.

No direito espanhol infere-se a preocupação latente tanto da doutrina quanto da jurisprudência a respeito das declarações do corréu, distinguindo-se do direito brasileiro porque a colaboração premiada é tratada como prova¹⁰⁷⁶, apesar da corroboração ser indeclinável:

“Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13”. p. 71/74, item n. 3.6, 2014, Atlas, v.g.) – constitui importante limitação de ordem jurídica que, incidindo sobre os poderes do Estado, objetiva impedir que falsas imputações dirigidas a terceiros “sob pretexto de colaboração com a Justiça” possam provocar inaceitáveis erros judiciários, com injustas condenações de pessoas inocentes. (...) Registre-se, de outro lado, por necessário, que o Estado não poderá utilizar-se da denominada “corroboração recíproca ou cruzada”, ou seja, também não poderá impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, por outros delatores (...). Pareceu-me relevante destacar os aspectos que venho de referir, Senhor Presidente, pois, embora os elementos de informação prestados por agente colaborador possam justificar a válida formulação de acusação penal (Inq 3.979/DF, Inq 3.983/DF e Inq 3.984/DF, todos da relatoria do Ministro TEORI ZAVASCKI), não podem, contudo, legitimar decreto de condenação criminal, eis que incumbe ao Ministério Público o ônus substancial da prova concernente à autoria e à materialidade do fato delituoso. Daí a advertência formulada pelo eminente Relator, em seu substancioso voto, que acentua a inexistência, nos autos, de provas autônomas de corroboração idôneas e aptas a validar as declarações dos colaboradores sobre a autoria do crime de corrupção passiva alegadamente cometido por Paulo Bernardo Silva (...)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 1.003, relator Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, j. 19/06/2018, DJe 06/12/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748804145>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

¹⁰⁷⁴ “a infringência das regras constitucionais do devido processo penal, por inobservância do procedimento probatório para a realização do depoimento do delator, seja quanto ao momento procedimental, seja a publicidade dos atos processuais, e por fim, a impossibilidade de exercício do contraditório pelos delatados, caracteriza, sem dúvida, a ilicitude da prova resultante” GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

¹⁰⁷⁵ “A colaboração não é a prova máxima no processo penal – não existe prova tarifada, já que eleito o sistema acusatório pelo constituinte – e, por isso, se as declarações fornecidas pelo agente colaborador não forem devidamente submetidas aos procedimentos do contraditório e da ampla defesa, a fim de garantir a materialização do devido processo legal, não será possível validá-la como prova capaz de ensejar decreto condenatório.” LIMA, Camile Eltz; OSORIO, Fernanda Corrêa. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei nº 12.850/2013. Op.cit., p. 205.

¹⁰⁷⁶ “Em linhas gerais, tanto doutrina como jurisprudência reconhecem que a declaração incriminatória de um co-imputado é prova constitucionalmente legítima a ser utilizada para imputação no processo penal, no entanto é inapta para se constituir como prova de acusação suficiente com força de enervar a presunção de inocência do acusado, pela natureza, em tese suspeita, das informações do colaborador. Isso não significa dizer que há exigência de outros meios de prova para permitir a condenação; o que os Tribunais Constitucional e Supremo da Espanha exigem para afastar a presunção de inocência é que a declaração premiada tenha suporte em

Los recelos acerca de las pruebas obtenidas por estos medios que, como vimos, se suscitan en la doctrina se reflejan en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Este último ha abordado en varias ocasiones la eficacia probatoria de la declaración inculpativa de un coimputado para recordar al Tribunal que no está sujeto al deber de veracidad -a diferencia del testigo- en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24. 2 de la Constitución española), de modo que cuando ésta es la única prueba de cargo no se la considere con consistencia plena si no es corroborada por otras o por otros elementos de prueba (S.T.C. 29/ 1995, 197/ 1995, 129/ 1996, 153/1997, de 29 de septiembre, 49/ 1998, de 2 de marzo, 115/ 1998, de 1 de junio, 63/ 2001, 68/ 2001, 69/ 2001 y 70/ 2001, de 17 de marzo, 72/ 2001, de 26. 3, 68/ 2002, de 21 de marzo, 70/ 2002, de 3 de abril, 181/ 2002, de 14 de octubre, 233/ 2002, de 9 de diciembre, 237/ 2002, de 9 de diciembre, 65/ 2003, de 7 de abril, entre otras).¹⁰⁷⁷

Digno de nota se perfaz o conteúdo do HC 74.368-4/MG, da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, o qual, embora remonte aos idos de 1997, demonstra-se tão atual ao abordar, de maneira notável, a precariedade da prova não corroborada, enfatizando-se a imprescindibilidade do contraditório:

“A espécie evidencia, contudo, vício tão grave quanto o da nulidade de citação: a condenação do paciente com base em prova ilegalmente colhida – o reconhecimento fotográfico –, sem que nenhuma outra, colhida sob a garantia do contraditório, lhe desse qualquer suporte. Poucas vezes examinei condenação proferida com tanto desprezo pelas garantias mínimas do processo, pouco se me dando que aparentemente tenha recaído sobre um delinqüente habitual. (...) De logo, o reconhecimento fotográfico – como visto, sem nenhuma cautela que ao menos o aproximasse, na impossibilidade do reconhecimento pessoal, do ritual a este imposto no art. 226, do C. Pr. Pen. – me parece de todo imprestável como prova. Os especialistas são unânimes no reconhecer a precariedade do próprio reconhecimento pessoal e, com mais razão, a do chamado reconhecimento fotográfico. O procedimento do art. 226 do Código de Processo Penal é uma tentativa de reduzir os riscos desse meio de prova. E sua desobediência, para mim, levaria à sua absoluta nulidade. Não desconheço que jurisprudência mais recente do Tribunal tem transigido com o rigor das normas do artigo 226 e admitido, o reconhecimento fotográfico; não, porém, como elemento único ou decisivo da condenação, mas, sim, como elemento subsidiário a ser considerado quando corroborado por outras provas (v.g., da Primeira Turma, HC 75120, Sanches, HC 74.773, Moreira; da Segunda Turma, HC 74.267, Resek; HC 73.688, Velloso; HC 73.488, Corrêa). Mas “*outras provas*”, aí, hão de ser provas juridicamente idôneas por sua natureza e pelo método de sua produção: da soma de provas inidôneas não pode resultar conjunto probatório idôneo. E por isso, não pode ser prova juridicamente idônea – não apenas para convalidar, mas para servir de suporte à transformação daquele reconhecimento no elemento decisivo da condenação, quanto ao paciente – e não pode ser prova juridicamente idônea, repito, a chamada do co-réu em declarações perante a polícia de São Paulo, depois retratada em juízo. Mesmo em juízo, a chamada do co-réu não pode ser prova suficiente para condenação nenhuma, pois evidentemente lhe falta o requisito básico da aquisição sob a garantia do contraditório: é o que resulta da impossibilidade, em nosso direito, de o réu ser questionado pelas partes, incluídos os co-réus que delatou. Recolhida no inquérito policial de um acusado preso em circunstâncias que os autos não esclarecem, falta-lhe mais, no caso, o requisito mínimo da publicidade. Por isso, a mim me parece que, tal como à confissão

circunstâncias, fatos ou dados externos, ainda que periféricos, que avalizem a veracidade das informações, o que por certo somente pode ser aferido caso a caso.” PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*. Op. cit. p. 28.

¹⁰⁷⁷ PAZ, Isabel Sánchez García de. Op. cit., p. 22. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2022.

extrajudicial, com mais razão, à chamado do co-réu em inquérito policial não basta, para ser tomada em conta na condenação de alguém, que não venha a ser desmentida por prova em contrário, na instrução contraditória; o que, no máximo, se pode admitir é que ela valha de elemento ancilar, quando a confirme o conjunto dos elementos das provas idôneas e contraditoriamente adquiridas. Prova idônea é apenas, portanto, a obtida sob o fogo cruzado do contraditório ou, quando possível esta produção contraditória originária, ao menos – e é o que sucede, por exemplo, nas perícias sobre vestígios passageiros do fato – quando posteriormente possam ser submetidas à crítica do contraditório das partes. Como acentua Magalhães Gomes Filho, na monografia preciosa que acaba de publicar – o Direito à Prova no Processo Penal, Ed. RT, p. 135 -, o contraditório não é uma qualidade acidental, mas constitui nota essencial do conceito mesmo do processo. (...) defiro a ordem para cassar a condenação por falta de justa causa.¹⁰⁷⁸

Nesse viés, no RE 213.937-8/PA, da relatoria do Min. Ilmar Galvão, prolatado há mais de 23 anos, é possível inferir a respeito da possibilidade de condenação baseando-se no interrogatório de corréus uma vez subsidiada em elementos confirmatórios independentes. Veja-se que, mesmo o contraditório tendo sido concedido à Defesa, não foi exercido por sua própria inércia. Chama-nos atenção que, de toda sorte, a delação somente foi admitida para condenação porque sustentada em outras provas:

Não há que se falar em invalidade da condenação por haver-se baseado em interrogatórios de co-réus. Como ressaltou o parecer da douta Procuradoria-Geral da República: “É improcedente a alegação de inviabilidade da prova. Inobstante haja opiniões discordantes, o entendimento majoritário admite que o co-réu, embora parte, possa também ser testemunha de crimes praticados por outro acusado, mesmo quando o Código determina a unidade do processo (art. 79 CPP). Nesse sentido a lição de Ada Pellegrini Grinover et ali (As nulidades no Processo Penal, 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 141). No caso, não houve ofensa ao princípio do contraditório uma vez que se trata de prova colhida em juízo e aceita tacitamente pela defesa, que em nenhum momento antes da sentença manifestou a intenção de reperguntar os demais acusados. Portanto, restou preclusa a questão do direito de reperguntar, somente ventilada após a sentença condenatória. (...)” Correta a manifestação ministerial. É certo que a delação, de forma isolada, não respalda decreto condenatório. Sucede, todavia, que, no contexto, está consentânea com as demais provas coligidas. Mostra-se, portanto, fundamentado o provimento judicial quando há referência a outras provas que respaldam a delação.¹⁰⁷⁹

O processo penal traduz ferramenta legítima do Estado na manutenção da ordem e da paz social. Seria incongruente a perquirição desses objetivos a partir do estabelecimento de uma persecução penal totalmente arbitrária, alheia às limitações da ordem jurídica e avessa aos padrões normativos.

¹⁰⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC nº 74.368-4/MG, relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/07/1997, publicado em 28/11/1997. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75183>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

¹⁰⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 213.937-8/PA, relator Min. Ilmar Galvão, j. 26/03/1999, publicação 25/06/1999. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=245088>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

A imposição das regras que insculpem o Devido Processo Legal volta-se à tutela da liberdade e da inocência que se presume, inibe-se a opressão judicial dos tempos medievais e neutralizam-se os abusos daqueles que pretendem, às custas da defesa de um Estado Absolutista e Totalitário, as incoerências autoritárias e desmedidas de uma ação penal desarrazoada.

A colaboração premiada indubitavelmente alia-se ao combate da criminalidade desde que suscitada a observância estrita de um processo genuíno em todas as suas vertentes, principalmente como fator que conduz conhecimento de uma verdade induvidosa¹⁰⁸⁰, em prol da justiça da decisão e da segurança jurídica.

6. *STANDARDS* PROBATÓRIOS NA DELAÇÃO PREMIADA

As declarações prestadas pelo delator gozam de presunção relativa de fidedignidade. Atribui-se a isso o caráter parcial dos relatos prestados por aquele que, a despeito de até bem pouco tempo, antes de ser descoberto, integrava ativamente o seio de uma organização criminosa, passa, de súbito, ao papel de colaborador da Justiça, afoito por receber uma resposta punitiva estatal mais benevolente.

Esse indivíduo não se torna um monge Tibetano ao optar por colaborar com a Justiça. Se assim o fosse, não haveria necessidade de contraprestação estatal, nem tampouco se estaria diante de uma justiça negociada, pois haveria tão somente um arrependimento unilateral com declarações desprovidas de interesse para o desmantelamento da organização criminosa. Essa afirmação não é absoluta, mas há que se ter cautela quando o início das investigações decorre das declarações do colaborador.

Por certo temos de conceber que, para o recebimento de denúncia ou queixa-crime, a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais e/ou a prolação de sentença condenatória, qualquer elemento informativo se revela suficiente, possui maior força probante e assume contorno bem distinto daquele exigível quando a fonte tem origem no delator.

¹⁰⁸⁰ "Questão também importante é a necessidade de confrontação do colaborador com a defesa do acusado. Uma das exigências para se conferir valor probatório às declarações do delator no processo, desfazendo o direito à presunção da inocência do acusado, é a necessidade de se submeter esse elemento de prova ao contraditório. É necessário trazer ao processo as declarações reveladoras do beneficiário da delação, permitindo que a defesa do acusado produza prova em contrário, no curso do procedimento. Sem isso, a colaboração premiada não pode ter o efeito de afastar a presunção de inocência. No que pertine a essa questão da preservação do contraditório, o colaborador terá que depor em juízo confirmando as suas declarações para ter direito ao grau de benefício mais elevado, alcançando até o perdão judicial." PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual* (delação premiada). Op. cit. p. 30.

A lei não especifica – não enumera – quais elementos de prova se tornam suficientes para corroborar as informações do delator, o que seria uma tarefa hercúlea do legislador diante das inúmeras hipóteses existentes. A atribuição de valor e suficiência da prova de corroboração fica ao alvedrio do juiz, sua coerência, racionalidade e ponderação.

Mais uma vez esbarramos com a dosagem subjetivista do Sistema da Livre Valoração de Provas, sendo forçoso reconhecer que, a ausência de critérios objetivos (grau de confirmação), ou seja, paradigmas/certezas racionais, que determinam, com elevado grau de segurança, o esteio a partir do qual temos por suficientemente provada uma hipótese, o sustentáculo plausível para aceitar como verdadeiro um enunciado, fomentam a vagueza, a imprecisão e a indeterminação dos conceitos, não limitam o subjetivismo (estados mentais do julgador), tampouco coíbem eventual arbitrariedade.

Enquanto no sistema de prova tarifada, o legislador estabeleceu o *standard* probatório primordial a ser aplicado à espécie, no sistema da livre valoração de provas a fixação de critérios e paradigmas decisórios se tornam indispensáveis para que reste demonstrado qual grau de justificação da hipótese se revela satisfatório para admiti-la e, em consequência, orientar a decisão judicial.

Entende-se que uma decisão está justificada internamente se essa é inferida de suas premissas de acordo com as regras de inferência aceitas. Está justificada externamente quando suas premissas são qualificadas como boas, de acordo com os *standards* utilizados por aqueles que fazem a qualificação.¹⁰⁸¹

Esse modelo de justificação visa demonstrar que a operação racional realizada pelo juiz se encontra dentro do contexto dos fatos e que, diante do quadro de provas, são tidos como verdadeiros. “Se a racionalidade da decisão probatória deve ser controlada, é evidente que esse controle se projeta sobre as razões que fundamentam a livre valoração da prova.”¹⁰⁸²

Como adverte Jordi Ferrer Beltrán, os *standards* cumprem três funções de máxima importância:

1) fornecem os critérios imprescindíveis para a justificação da própria decisão, no que diz respeito à suficiência da prova; 2) servem de garantia para as partes, pois lhes permite tomar suas próprias decisões a respeito da estratégia probatória e controlar a correção da decisão sobre os fatos e, 3) distribuem o risco de erro entre as partes.¹⁰⁸³

¹⁰⁸¹ ABELLÁN, Marina Gascón. *Os fatos no direito*. Bases argumentativas da prova. Salvador: Juspodium, 2022. p. 305.

¹⁰⁸² ABELLÁN, Marina Gascón. *Ibidem*, p. 314.

¹⁰⁸³ No original: “1) aportan los criterios imprescindibles para la justificación de la decisión misma, por lo que hace a la suficiencia probatoria; 2) sirven de garantía para las partes, pues les permitirán tomar sus propias decisiones respecto de la estrategia probatoria y controlar la corrección de la decisión sobre los hechos, y 3) distribuyen el riesgo del error entre las partes.” BELTRAN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción*. Estándares de prueba y debido processo. Marcial Pons: Madrid, 2021. p. 109.

A bem da verdade, a ausência de fixação de limites probatórios no contexto dos elementos corroborativos da delação, dificulta e até mesmo pode impedir o controle do teor dessas decisões judiciais.

Veja-se que, o que interessa ao processo é o conhecimento da verdade a partir das provas, havendo, desta maneira, um liame indissociável entre a prova e verdade, sendo “(...) o objetivo principal de um julgamento criminal é descobrir a verdade sobre a prática de um suposto crime.”¹⁰⁸⁴

O que se busca a partir de *standards* probatórios é a expressão concreta da metodologia empregada pelo juiz no momento da valoração a partir de critérios objetivos que sejam capazes de evidenciar que a decisão tomada condiz exatamente com a verdade emergente das provas, desassociada de conclusões pessoais e invadidas por crenças, resultando em um julgamento seguro – diminuindo-se a incidência de erros - coerente e linear.¹⁰⁸⁵

A apresentação de um *standard* probatório impulsiona-se pelo crescente aprimoramento das ferramentas judiciais que implementam a qualidade e a efetividade da justiça, primordialmente em um tempo razoável¹⁰⁸⁶, sinônimo de uma atuação legítima do

¹⁰⁸⁴ No original: “(...) el objetivo principal de un juicio penal es averiguar la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito.” LAUDAN, Larry. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. In: DOXAS, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, 2005, Unam, Mexico. p. 96. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10003/1/Doxa_28_08.pdf>. Acesso em 03 ago. 2022.

¹⁰⁸⁵ “O interesse nesse âmbito está em reduzir ou minorar a probabilidade de um julgamento errado (onde por ‘errado’ se entende especificamente ‘falso’). Os erros principais são a condenação de alguém que não cometeu o delito ou a absolvição de alguém que sim o fez. O núcleo duro da epistemologia jurídica se interessa precisamente em como fazer para que esses erros sejam tão improváveis como a prova permite.” No original: “Los errores principales son la condena de alguien que no cometió el delito o la absolución de aquél que sí lo hizo. El núcleo duro de la epistemología jurídica se interesa precisamente en cómo hacer para que éstos errores sean tan improbables como permita la evidencia.” LAUDAN, Larry. *Ibidem*, p. 97. “Um modelo de conhecimento infalível ou não passível de erros é inconcebível. O erro sobre o juízo de fato é ineliminável. No campo processual penal, a existência da revisão criminal é justificada exatamente pelo reconhecimento da possibilidade de erro. Do ponto de vista puramente epistêmico, é correto considerar que o mecanismo de reconstrução dos fatos e de decisão de acordo com a verdade almejada deve procurar reduzir as chances de erros. Tanto melhor será o sistema, quantos menos erros tendencialmente ele possa causar.” BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. Op. cit., p. 248.

¹⁰⁸⁶ Sob uma perspectiva crítica, Ferrajoli argumenta: “Há, então, numerosas normas e mecanismos processuais que entorpecem inutilmente a busca da verdade. Normas deste tipo chegaram ao seu máximo desenvolvimento nos velhos regimes inquisitivos, que inventaram “uma multiplicidade de formalidades”, “dilações”, “intrigas e labirintos”, cujo único efeito foi o de tornar “complicada a simples máquina dos juízos públicos”, até o ponto de a história do procedimento penal parecer a Bentham “o contrário do das demais ciências: nas ciências se vão simplificando cada vez mais os procedimentos acerca do passado; na jurisprudência, ao contrário, se vão complicando cada vez mais. Enquanto todas as artes progredem multiplicando os resultados com o emprego de meios mais reduzidos, a jurisprudência retrocede, multiplicando os meios e reduzindo os resultados”. Hoje, em relação ao processo pré-moderno, esse percurso inverteu-se. Mas ainda são muitos, como veremos, os impedimentos processuais que obstaculizam ou atrasam inutilmente a investigação judicial e sua possibilidade de controle, afastando-a da consecução da verdade em vez de dela se aproximar. Ao mundo das normas substantivas, que necessariamente circunscreve a esfera da relevância penal, se acrescenta assim um mundo de procedimentos, de ritos e liturgias, que nem sempre necessariamente, e às vezes insensatamente, condiciona e

Estado. Sob essas perspectivas caminham diretrizes fundamentais, que determinam uma releitura do Direito, propostas pelo Pragmatismo¹⁰⁸⁷ - relacionado, dentre tantos, a Charles Sanders Peirce e William James¹⁰⁸⁸ - e pela Análise Econômica do Direito - inaugurado por Ronald Coase¹⁰⁸⁹ - lançando-se um olhar mais voltado para as realidades sociais dinâmicas e as necessidades autênticas de um povo.

Como é possível aferir e distinguir as hipóteses fáticas, se determinado caso possui ou não limites suficientes de prova para corroborar as declarações, se não há a definição fixada em lei do grau necessário – mínimo que seja - de corroboração!? Essa amplitude do sistema não condiz com a base principiológica de um Estado Democrático de Direito¹⁰⁹⁰, tampouco com o Devido Processo Legal.¹⁰⁹¹

desvia a busca da verdade processual. Daí resulta, entre outras coisas, uma ulterior deformação profissional da subjetividade do juiz e dos demais homens de leis que se movem no processo, quer dizer, essa específica cerração do "espírito forense, espírito de litígio, enredo e cabala", que ainda hoje os torna mestres em complicar o que é simples e em simplificar o que é complexo, de modo a fazer com que Bentham definisse a jurisprudência como "a arte de ignorar metodicamente o que é conhecido do mundo inteiro". FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 50/51.

¹⁰⁸⁷ Sob os pilares do pragmatismo, antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo, “Imperioso reconhecer, portanto, o caráter científico do Direito, constituindo, em verdade, ciência social aplicada. Nesse sentido, o pragmatismo pode contribuir sobremaneira para o seu desenvolvimento, sendo o método mais apropriado para dimensionar de forma adequada a permanente evolução que o Direito deve observar para regular as complexas relações jurídicas que envolvem o tecido social, maximizando a sua efetividade enquanto instrumento destinado a possibilitar a Justiça e harmonia.” GABRIEL, Anderson de Paiva. *O pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo*. Tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoth Editora, 2022. e-book. p. 82.

¹⁰⁸⁸ “Para um pragmatista, a relevância ou significado de uma teoria só pode ser compreendido e adequadamente percebida à luz das alterações ou consequências que ela possa produzir no mundo fático. Assim, essa orientação intelectual revela o entendimento de que a produção acadêmica não deve se desvincular por completo da realidade sob pena de se tornar estéril ou utópica e, portanto, inútil.” Ibidem, p. 61.

¹⁰⁸⁹ “Entusiastas da Economia comportamental têm defendido nas últimas décadas que o estudo do Direito e a formulação de regras jurídicas levem em consideração essas novas teorias, cunhadas em resposta a achados empíricos, em boa parte experimentais no campo da Psicologia. (...) Enquanto o realismo jurídico admitia abstratamente o recurso a conhecimentos até então externos ao campo jurídico, sem uniformidade de método ou de programa científico, a análise econômica do Direito assume a metodologia da Economia do bem-estar, possibilitando o surgimento de um programa comum e sistemático de revisão dos institutos jurídicos a partir dessas premissas.” BODART, Bruno; FUX, Luiz. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 21-23. Para aprofundamento, POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Evandro Ferreira e Silva (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2009. POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e democracia*. Teresa Dias Carnero (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2010. POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Evandro Ferreira e Silva (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2019. WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil como a economia, o direito, e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 1ª. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

¹⁰⁹⁰ “A necessidade de equilíbrio como problema metajurídico e imanente à estruturação do sistema penal, a ponto de gerar uma constante premência de balanceamento entre interesses e valores que apontam em direções distintas e, por vezes, concorrentes, é indicado pelo contraste de síntese entre as exigências de defesa e as exigências de eficiência da justiça penal. Mas o modelo constitucional do justo processo busca exatamente coordenar as garantias individuais com as razões de eficiência da jurisdição penal, fazendo com que se inter-relacionem sistematicamente garantias, princípios e métodos relevantes ao correto exercício da atividade jurisdicional”. PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 217-218.

¹⁰⁹¹ “Um *standard* – em qualquer âmbito fora do direito em que se reclamem provas (incluindo as ciências naturais, os ensaios clínicos na medicina, as matemáticas, os estudos epidemiológicos, etc) – possuem a intenção

Na mesma perspectiva a qual apresentamos ao longo do capítulo 4, a proposta de um *standard* probatório corresponde à dimensão negativa do Devido Processo Legal enquanto instrumento para realização de direitos, afinal, não se pode negar que se trata de uma ferramenta legítima de controle de decisão. Por outro lado, sua efetiva incorporação ao direito pátrio, cujo conteúdo possa ser especificado pelos estudiosos, tornando sua aplicação no caso concreto um desfecho natural como o dedicado a todos os institutos jurídicos pátrios, contributivo para a boa prestação jurisdicional, compõem sua dimensão positiva.

Antes de qualquer indagação a respeito, não estamos tratando do retorno da prova tarifada. Em absoluto não!¹⁰⁹²¹⁰⁹³ Defende-se aqui, unicamente, a fixação de limites mínimos

de indicar ao investigador ou aquele que está questionando quando está autorizado a considerar algo como provado, isto é, quando a relação entre a prova ou as premissas justifica a aceitação da conclusão como provada para os propósitos pretendidos.” No original: “Un EdP – en cualquier ámbito fuera del derecho en que se reclamen las pruebas (incluyendo las ciencias naturales, los ensayos clínicos en la medicina, las matemáticas, los estudios epidemiológicos, etcétera) – tiene la intención de indicar al investigador o aquel que se está cuestionando cuando está autorizado a considerar algo como probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos”. LAUDAN, Larry. *Ibidem*, p. 104.

¹⁰⁹² Argumenta Jordi Ferrer Beltrán: “Diante da tese da necessidade de haver *standards* de prova para fundamentar decisões probatórias, não é raro encontrar reações contrárias em nome da livre valoração da prova, assimilando os *standards* da prova com as regras da prova tarifada.” No original: “Frente a la tesis de la necesidad de contar con estándares de prueba para poder justificar las decisiones probatorias, no es extraño encontrar reacciones contrarias en nombre de la libre valoración de la prueba, asimilando los estándares de prueba con reglas de prueba tasada.” BELTRAN, Jordi Ferrer. *Op. cit.*, p. 110. Contrariamente à ideia de *standards* sustenta Jordi Nieva Fenoll, a saber: “De qualquer forma, mesmo que essa verificação e confirmação fosse feita por um juiz, o resultado poderia ser o mesmo. Apesar de terem havido muitos esforços apreciáveis para dotar estas normas de conteúdo científico, a verdade é que esses esforços servem apenas para tentar orientar o juiz mais na sua motivação do que na sua convicção, no sentido de que terá - teoricamente - ajustar-se ao conteúdo das normas ao redigir seu raciocínio. Mas é fácil deduzir que, por mais intensos que sejam os esforços do juiz nessa redação, ao final ele se concentrará mais na argumentação de qualquer que seja sua decisão, com base em uma sensação subjetiva, do que em um autêntico exercício epistemológico de construção de sua convicção, epistemologicamente correta. Certamente, em qualquer cálculo há uma parte subjetiva, mas para ser válido é cálculo, essa subjetividade não pode acabar sendo tão predominante como neste caso.” No original: “De todos modos, aunque sí se procediera a esa comprobación y confirmación a cargo de un juez, el resultado podría ser finalmente el mismo. Pese a que ha habido muy apreciables esfuerzos para dotar de contenido científico a esos estándares, lo cierto es que esos esfuerzos sólo sirven para intentar guiar al juez más en su motivación que en su convicción, en el sentido de que tendrá –teóricamente– que ajustarse al contenido de los estándares a la hora de redactar sus razonamientos. Pero es fácil deducir que por intensos que sean los esfuerzos del juez en esa redacción, al final se van a centrar más en la argumentación de la que sea su decisión, basada en una sensación subjetiva, que en un auténtico ejercicio epistemológico construyendo su convicción de forma gnoseológicamente correcta. Ciertamente, en cualquier cálculo existe una parte subjetiva, pero para ser válido es cálculo, esa subjetividad no puede acabar siendo tan sumamente predominante como en este caso.” FENOLL, Jordi Nieva. *Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*. In: *InDret*, 3.2020, Universitat de Barcelona. p. 424. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1549.pdf>>. Acesso em 03 ago. 2022. p. 422-423.

¹⁰⁹³ “Conseqüentemente, na minha opinião, é conveniente fugir da lógica dos padrões de prova. Eles foram pensados, primeiro, para controlar os juízes, e depois para orientar os júris sobre tudo. Mas nem estes alcançaram uma justiça melhor, nem estes conseguiram possuir o empirismo necessário para serem considerados verdadeiramente científicos, além de uma possível virtualidade na orientação do comportamento de um juiz¹²³. Ao contrário, é melhor encarar a realidade e suas muitas faces como elas são, selecionar aquela que o juiz pode justificar é mais razoável. Pouco mais – e não é pouco – pode ser feito.” No original: “En consecuencia, en mi opinión es conveniente huir de la lógica de los estándares de prueba. Fueron pensados, primero, para controlar a los jueces, y más adelante para orientar a jurados sobre todo. Pero ni aquellos lograron una mejor justicia, ni

de suficiência probatória de modo a evitar casuísmos e pessoalidades processuais, assim como a definição de um norteador de decisões, um paradigma a ser seguido no contexto da valoração da prova.

Muito provavelmente há quem possa questionar a importância dos *standards* probatórios em um sistema jurídico que eleva a fundamentação das decisões ao *status* de garantia constitucional. Evidentemente, assim como também argumentamos no capítulo 4, a fundamentação das decisões judiciais assegura a moralidade e a impessoalidade da prestação jurisdicional, assim como se presta ao controle das decisões judiciais.¹⁰⁹⁴ No entanto, por si só, não elimina o caráter subjetivista da análise do caso concreto, pois ficará a cargo de cada juiz no caso concreto definir se os elementos de prova apresentados se prestam a confirmar as declarações do delator e nessa linha, imputar suficiente para receber a denúncia ou queixa-crime, decretar medidas cautelares reais ou pessoais e/ou prolatar uma sentença condenatória em face do delatado.¹⁰⁹⁵

Consigne-se que esse trabalho não se propõe a ser dogmático. O que se pretende apresentar é um parâmetro mínimo a ser utilizado pelo juiz para sair do subjetivismo incontrolado, mecanismos de controle mínimos da atividade judicial, ainda que a lei permita conceitos vagos, como por exemplo "indícios suficientes de autoria". Não há *standard* capaz de definir por completo e delimitar a expressão "suficiente". Todavia, é possível tornar mais previsível o que se pretende com a interpretação da expressão contida na lei, apesar de haver sempre um pequeno espaço para que o juiz, fundamentadamente, decida de acordo com sua consciência e experiência. Subtrair isso do Poder Judiciário é criar o juiz refém da vontade do

estos han logrado poseer el empirismo necesario para ser considerados realmente científicos, más allá de una posible virtualidad en la orientación del comportamiento de un juez¹²³. Bien al contrario, es mejor enfrentarse con la realidad y sus múltiples caras tal y como es, seleccionando la que el juez pueda justificar que es más razonable. Poco más –y no es poco– puede hacerse.” Ibidem, p. 425-426.

¹⁰⁹⁴ Veja-se que não se pretende dizer que a fundamentação é inútil, mas afirmar que não é o único meio de credenciar decisões. A verdade é que na linha do perfilhamos todas as ferramentas postas à disposição do juiz reforçam a confiança na Justiça e garantem uma prestação jurisdicional mais cristalina. Como observa Perfecto Ibañez: “a primeira aparição do dever de motivar corresponde prioritariamente a exigências de caráter político: a busca de uma garantia contra o arbítrio.” IBAÑEZ, Perfecto Andres. *Los “hechos” en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005. p. 43.

¹⁰⁹⁵ “A fim de que essa esperança (decisão adequada) seja alcançada, as teorias do *standard* de prova, do livre convencimento motivado e fundamentação das decisões judiciais mais do que se complementam; elas acabam por amalgamar-se na busca de conferir racionalidade e justificação ao acerto da matéria fática e à aplicação das regras jurídicas.” FREIRE JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. *Standard* de prova, livre convencimento e fundamentação das decisões judiciais como condição de possibilidade para garantir uma decisão adequada. In: BADARO, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti; MADEIRA, Guilherme. *Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 308.

legislador como já ocorreu no passado, o que não se admite em um Estado Democrático de Direito.¹⁰⁹⁶

O ato de julgar é humano. Tudo que é humano possui uma dose de subjetivismo. O que se pretende é diminuir o espaço de subjetividade, mas sem engessar a atividade judicante em critérios puramente racionais, o que pode representar até mesmo uma injustiça em desfavor do réu. O direito penal é voltado à análise do caso concreto. É diante dos fatos que o juiz necessita justificar sua decisão, ainda que não possua elementos estritamente racionais¹⁰⁹⁷.

O legislador jamais se livrará de expressões vagas na formulação das leis. A integração, tarefa do julgador, precisa ser sempre fundamentada, com a clareza necessária a legitimar a atuação do Poder Judiciário. Os *standards* auxiliam na tarefa do julgador, criam alguns limites a impedir arbítrios, exigem uma justificação da decisão judicial, mas não eliminam por completo o olhar humano da atividade judicante. Vivenciamentos sistemas de valoração da prova dos mais extremados, desde uma tentativa de liberdade absoluta do julgador até o controle das provas por pontuação. A solução está na devida fundamentação com o suporte de critérios racionais.

O cerne deste capítulo é o tratamento das hipóteses elencadas no parágrafo 16, do artigo 4º da Lei 12.850/2013, com análise de momentos processuais distintos, como o recebimento de denúncia ou queixa-crime, decretação de medidas cautelares reais ou pessoais diversas da prisão, decretação de prisão preventiva e prolação da sentença condenatória, nesta ordem, por reputarmos que o grau de exigência probatória de tais atos exige níveis diferentes de *standards* de prova, ou seja, para cada fase do procedimento deve-se seguir uma linha ascendente – uma escada imaginária - partindo-se do ato que requer uma exigência probatória inferior, como para o recebimento de denúncia ou queixa-crime, passando por uma intermediária, da decretação de prisão preventiva e culminando em uma mais robusta, de alto nível por excelência, da prolação da sentença condenatória. Quanto mais essencial for o

¹⁰⁹⁶ “Um *standard* de prova apropriado não depende de uma confiança subjetiva em uma hipótese; ao contrário, o *standard* de prova nos indica quando a confiança subjetiva está justificada.” No original: “Un EdP apropriado no depende de una confianza subjetiva en una hipótesis; al contrario, el EdP nos indica cuándo la confianza subjetiva está justificada.” LAUDAN, Larry. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. Op. cit., p. 105.

¹⁰⁹⁷ “Evidentemente não mais se tem essa percepção do juiz como autômato aplicador das leis. A história é feita de idas e vindas, de movimentos pendulares que oscilam entre ação e reação, entre avanços e retrocessos, mas há conquistas civilizatórias em relação às quais não mais se cogita qualquer retrocesso. Certamente, o dever e motivação das decisões judiciais é uma delas e, se o juiz não é mais um ditador que, a seu bel prazer, decide sobre a vida os bens, e os interesses alheios, também não há e ser um autômato e frio reproduzidor da letra fria da lei”. CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Prisão cautelar*. Dramas, princípios e alternativas. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 54.

direito fundamental a sofrer restrição e mais avançada a etapa processual, maior o *standard* probatório aplicável.

6.1. *Standards* norte-americanos

Em reforço ao que deduzimos a respeito no capítulo 2, na análise dos *standards* probatórios penais no direito comparado, aqui faremos uma breve explanação de três *standards* estadunidenses os quais, dada a sua larga abrangência e importância, se prestam a realçar as ideias que serão desenvolvidas.

O sistema jurídico norte-americano, tanto na esfera criminal quanto cível, utiliza os chamados *standards of proof* para orientação de jurados e juízes acerca do grau de suficiência da prova exigido para confirmação da hipótese fática sob julgamento.

Apresentam-se três *standards* de prova em grau crescente de exigibilidade, a saber: a) preponderância das provas (*preponderance of the evidence*); b) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) e c) prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).

Comumente os *standards* mais rigorosos são aplicados quanto maior relevância detiver o direito tutelado, a exigir, portanto, maior grau de suficiência da prova¹⁰⁹⁸ No entanto, esse não pode ser o único critério. É necessária a análise da fase processual para que se possa mensurar o nível de exigência de prova para aquela ocasião¹⁰⁹⁹.

O *standard preponderance of the evidence*¹¹⁰⁰, numa análise perfunctória, equivale a uma probabilidade acima de 50%¹¹⁰¹ e significa que, dentre as diferentes versões e provas

¹⁰⁹⁸ “(...) os standards elevados ajudam a evitar os altos custos sociais dos falsos positivos, como na condenação de inocentes, e o standard da preponderância minimiza os custos sociais esperados em qualquer ambiente em que os falsos positivos não sejam mais caros que os falsos negativos.” No original: “The elevated standards help to avoid the high social costs of false positives, as in convicting the innocent, and the preponderance standard minimizes expected social costs in any setting where false positives are no more costly than false negatives.” CLERMONT, Kevin M. *Standards of Proof Revisited*. In: Vermont Law Review, v. 33, 2009. p. 486.

¹⁰⁹⁹ Seria incoerente exigir o mesmo *standard* probatório para fases processuais distintas. O grau de suficiência probatória deve corresponder, em termos de exigência, àquilo que cada etapa processual é capaz de fornecer. Restaria desproporcional, exigir para arquivamento do processo ou recebimento da denúncia *standard* probatório equivalente àquele que deve ser vindicado quando percorrida boa parte ou toda a fase instrutória.

¹¹⁰⁰ “O maior peso da prova, não necessariamente estabelecido pelo maior número de testemunhas que atestam um fato, mas por evidências que têm a força mais convincente; um peso probatório superior que, embora não seja suficiente para libertar totalmente a mente de toda dúvida razoável, ainda é suficiente para inclinar uma mente justa e imparcial para um lado da questão e não para o outro. Esse é o ônus da prova na maioria dos julgamentos civis, nos quais o júri é instruído a decidir em favor da parte que, no geral, possui provas mais fortes, por mais tênues que sejam as vantagens - Também denominado equilíbrio de probabilidade; maior peso da prova.” No original: “The greater weight of the evidence, not necessarily established by the greater number of witnesses testifying to a fact but by evidence that has the most convincing force; superior evidentiary weight that, though not sufficient to free the mind wholly from all reasonable doubt, is still sufficient to incline a fair and impartial mind to one side of the issue rather than the other. This is the burden of proof in most civil trials, in

apresentadas, prevalece a que se mostra a mais provável¹¹⁰²⁻¹¹⁰³, “com suporte relativamente maior em relação a todas as outras hipóteses”¹¹⁰⁴.

A utilização desse *standard* probatório remonta ao final do século XVIII. No entanto, somente a partir da metade do século XIX começou a ser empregado como fórmula de orientação para o julgamento do júri.¹¹⁰⁵

which the jury is instructed to find for the party that, on the whole, has the stronger evidence, however slight the edge may be. - Also termed balance of probability; greater weight of the evidence." GARNER, Bryan A.; BLACK, Henry Campbell (ed.). Black's law dictionary. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2019. p. 1431.

¹¹⁰¹ A indicação de um equivalente percentual tem o condão de tão somente ilustrar, para melhor compreensão, a localização desse *standard* em uma escala numérica, de modo a definir sua posição – confrontando-se com os demais *standards* - em termos de exigibilidade. Inexiste qualquer pretensão de aproximação com o sistema bayesiano ou a defesa de uma linha que estabeleça valores numéricos em termos de grau de suficiência de prova. Temos por certo que um bom *standard* representa o modelo de escolha qualitativa dos elementos probatórios e não quantitativo.

¹¹⁰² Embora OJ Simpson tenha sido absolvido criminalmente pelos jurados pelos assassinatos de Nicole Brown Simpson e Ronald Goldman, civilmente, o júri concluiu - usando a preponderância da prova aplicável em casos civis - que OJ Simpson havia causado injustamente a morte de Ronald Goldman e Nicole Brown Simpson e ordenou que Simpson pagasse uma indenização compensatória de 8,5 milhões de dólares e uma indenização punitiva de 25 milhões de dólares. LINDER, Douglas O. *The Trial of Orenthal James Simpson: An Account*. In: Famous Trials, 1995, powered by UMKC School of Law. Disponível em: <<https://famous-trials.com/simpson/1862-home>>. Acesso em 02 ago. 2022.

¹¹⁰³ Apesar de se tratar de um *standard* mais comumente utilizado em processos civis, nada impede sua aplicação no processo penal. A respeito da utilização de *standards* probatórios mais baixos no processo penal: “In England, debate continues as to whether some sort of sliding scale may justify a intermediate standard in some instances. In the United States, courts can treat some issues in criminal prosecutions as part of an affirmative defense that a party may prove by a preponderance of the evidence. On the civil side, courts can raise the standard by specifying what evidence constitutes a preponderance. Courts and legislatures can also require “clear and convincing” evidence in proceedings threatening especially heavy deprivations or having a quasi-criminal punitive aspect. That standard prevails in one jurisdiction or another for a wide variety of issues, sometimes for reasons of policy, but sometimes for reasons hard to fathom. These various crossovers between the usual civil and criminal standards might be compared to geological remains that show that two continents, now separated, were once united. From a more practical point of view, one might wonder whether the choice and phrasing of a proof standard for civil cases is all that important.” LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. In: *Florida Law Review*, v. 67, issue 5, article 2, march 2016. p. 1617-1618. Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1286&context=flr>>. Acesso em: 03 ago. 2022. Nessa linha: “En casos penales, por su parte, es perfectamente posible utilizar estándares de prueba menos exigentes (...) para decisiones iniciales o intermedias del procedimiento. Y también puede resultar de aplicación en los que se estime que la gravedad de la decisión de la condena errónea no es especialmente importante.” E em nota de rodapé nº 36 complementa: “Recuérdese que el cuarto requisito metodológico expuesto en el capítulo I señala que los estándares de prueba que rigen en un mismo proceso deben seguir un orden tendencialmente ascendente, lo que exige que los estándares iniciales sean menos exigentes que el que resulte aplicable a la decisión probatoria final em sentencia. Me he referido ya anteriormente a este punto y he hecho referencia, por ejemplo, a la jurisprudência italiana al respecto. Por lo que hace a la española, puede mencionarse en esa misma línea el Auto del Tribunal Constitucional 289/1984, de 16 de mayo (FJ 2.º), que sostiene que para sujetar a una persona a medidas cautelares debe ser probable que la persona cometió el delito; también, por ejemplo, el Auto 88/2021 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6.ª), que, en su FJ 3.º, sostiene la posibilidad como critério de admisión a trámite de una querela o denuncia, el más allá de toda duda razonable como estándar de prueba para la decisión final em sentencia y la probabilidad prevaleciente para las decisiones intermediarias (que, en el caso concreto, era la decisión sobre el sobreseimiento de las actuaciones.) Insistiré enseguida, en todo caso, que no basta con referirse sin más a la probabilidad prevaleciente, por cuanto bajo ese rótulo se encuentran umbrales distintos de suficiencia probatoria.” BELTRAN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción*. Estándares de prueba y debido proceso. Op. cit., p. 226-227.

¹¹⁰⁴ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. O juiz e a construção dos fatos. Op. cit., p. 254.

No direito comparado esse modelo é apresentado aos jurados sob quatro diferentes nomenclaturas¹¹⁰⁶.

“*Greater Weight of the Evidence.*” Alguns tribunais orientam os jurados a apurar os fatos sob a preponderância das provas, sem maiores delongas. Diante da dificuldade inerente a própria nomenclatura, há tribunais que reforçam a explicação referindo-se ao maior peso das provas (*the greater weight of all the evidence*). Subsistindo ainda qualquer contexto de dúvida, lança-se mão ao exemplo da balança: o julgamento será favorável para o lado o qual o peso da prova estiver concentrado. “*More Likely Than Not.*” Utilizado principalmente na Califórnia, esse standard orienta os jurados no sentido de que a parte deve ser capaz de persuadi-los, pelas provas apresentadas no Tribunal, de que o que ela quer provar é mais provável de ser verdadeira do que não. “*Actual Belief.*” Os jurados são instados a acreditarem nas evidências trazidas pela parte para reputá-las provadas. “*Balance of Probabilities.*” Estabelece que a decisão do juiz ou júri deve ser baseado no “equilíbrio de probabilidades”, dito de outra forma, o demandante deve provar que os fatos dos quais seu caso depende são mais prováveis do que não serem verdadeiros.

O *standard clear and convincing evidence*¹¹⁰⁷ na escala aqui proposta, ocupa uma posição intermediária, equivalendo a uma probabilidade igual ou acima de 75%.¹¹⁰⁸⁻¹¹⁰⁹ Nessa

¹¹⁰⁵ LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. In: *Florida Law Review*, v. 67, issue 5, article 2, march 2016. p. 1570. Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1286&context=flr>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

¹¹⁰⁶ Ibidem, p. 1572-1576.

¹¹⁰⁷ “De acordo com a Suprema Corte em *Colorado v. Novo México*, 467 U.S. 310 (1984), “clara e convincente” significa que a prova é altamente e substancialmente mais provável de ser verdadeira do que falsa; o investigador deve estar convencido de que a alegação é altamente provável. Este é um nível intermediário do ônus da prova que é um padrão mais rigoroso para atender do que a preponderância da prova, mas menos rigoroso do que a prova além de uma dúvida razoável. Para atender ao padrão e provar algo por evidências claras e convincentes, a parte que alega deve provar que a sua alegação é substancialmente mais provável do que não ser verdadeira. Este padrão é empregado em julgamentos civis e criminais. Os Estados variam em relação ao padrão de prova que exigem. No entanto, as reivindicações que envolvem fraude, testamentos e retirada de suporte de vida normalmente exigirão o padrão de evidência clara e convincente.” No original: “According to the Supreme Court in *Colorado v. New Mexico*, 467 U.S. 310 (1984), “clear and convincing” means that the evidence is highly and substantially more likely to be true than untrue; the fact finder must be convinced that the contention is highly probable. Overview: This is a medium level of burden of proof which is a more rigorous standard to meet than the preponderance of the evidence standard, but a less rigorous standard to meet than proving evidence beyond a reasonable doubt. In order to meet the standard and prove something by clear and convincing evidence, the party alleging the contention must prove that the contention is substantially more likely than not that it is true. This standard is employed in both civil and criminal trials. States vary with regard to which standard of proof they require. However, claims which involve fraud, wills, and withdrawing life support will typically require the clear and convincing evidence standard.” UNITED STATES OF AMERICA. In: Cornell Law School, Legal Information Institute. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/clear_and_convincing_evidence#:~:text=In%20order%20to%20meet%20the,both%20civil%20and%20criminal%20trials.>. Acesso em: 21 jul. 2022.

¹¹⁰⁸ “[“Prova clara e convincente” difere do “maior peso da prova” na medida em que é mais convincente e persuasivo.] “Prova clara e convincente” é a prova que é precisa, explícita, sem confusão e de tal peso que produz uma firme crença ou convicção sem hesitação sobre o assunto em questão.” No original: “41.3 CLEAR AND CONVINCING EVIDENCE [“Clear and convincing evidence” differs from the “greater weight of the

perspectiva, esse padrão representa mais do que a prevalência de uma proposição fática provavelmente verdadeira, mas se revela além, como altamente provável, indicada para situações as quais o custo de um erro judiciário para as partes é deveras relevante.

A definição de prova clara e convincente não é tarefa das mais fáceis. Para as hipóteses fáticas as quais esse *standard* probatório é exigido, requer-se que o proponente convença o júri ou o juiz de que seu caso é mais provavelmente verdadeiro do que falso, de modo que as provas estabeleçam que os fatos que se afirmam existir, detenham uma grande probabilidade de, fatalmente existirem. Noutra perspectiva, exige-se a produção de provas substanciais (“*substantial evidence*”), o que revela o mesmo sentido, o da imprescindibilidade de que os fatos afirmados são provavelmente verdadeiros.¹¹¹⁰

Em um primeiro momento, a Suprema Corte da Califórnia, seguida do que parece ser o entendimento majoritário nos Estados Unidos da América, definiu que, se há prova clara e convincente dos fatos julgados pelo Tribunal de 1ª instância, não caberia ao Tribunal de 2ª instância revê-los¹¹¹¹⁻¹¹¹², o que se aproxima consideravelmente dos Enunciados das Súmulas 7 do Superior Tribunal de Justiça e 279 do Supremo Tribunal Federal.¹¹¹³

evidence” in that it is more compelling and persuasive.] “Clear and convincing evidence” is evidence that is precise, explicit, lacking in confusion, and of such weight that it produces a firm belief or conviction without hesitation about the matter in issue.” FLORIDA. *Florida Standard Jury Instructions in Civil Cases*, July 28, 2022. Disponível em: <<https://www-media.floridabar.org/uploads/2022/08/SJI-Civil-07-28-22-1.pdf>>. Acesso em 02 ago. 2022.

¹¹⁰⁹ Repisamos, a indicação de um equivalente percentual tem o condão de tão somente ilustrar, para melhor compreensão, a localização desse *standard* em uma escala numérica, de modo a definir sua posição – confrontando-se com os demais *standards* - em termos de exigibilidade. Inexiste qualquer pretensão de aproximação com o sistema bayesiano ou a defesa de uma linha que estabeleça valores numéricos em termos de grau de suficiência de prova. Temos por certo que um bom *standard* representa o modelo de escolha qualitativa dos elementos probatórios e não quantitativo.

¹¹¹⁰ “If we are to give meaning to the phrase “clear and convincing proof,” it must mean that the proponent must show that the facts which he asserts are more than merely probably true; that the probabilities are great that they are true. The appellate court should follow the rule employed in the ordinary civil suit.” BENNETT, Bryant M. Evidence: Clear and Convincing Proof: Appellate Review. In: *California Law Review*, vol. 32, n. 1, mar., 1944. p. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3477577>>. Acesso em 04 ago. 2022.

¹¹¹¹ “A Suprema Corte rejeitou esse argumento, dizendo: “A suficiência da prova para estabelecer um dado fato, onde a lei exige que a prova do fato seja clara e convincente, é primordialmente uma questão para o tribunal de primeira instância determinar, e se houver substancial evidência para apoiar sua conclusão, a determinação não está aberta a revisão em recurso.” No original: “The supreme court rejected this argument, saying: “The sufficiency of evidence to establish a given fact, where the law requires proof of the fact to be clear and convincing, is primarily a question for the trial court to determine, and if there is substantial evidence to support its conclusion, the determination is not open to review on appeal.” Ibidem, p.77.

¹¹¹² “Embora a Suprema Corte da Califórnia tenha seguido o que pode ser a opinião majoritária nos Estados Unidos, vários tribunais altamente respeitados tribunais chegaram à conclusão oposta e exerceram o controle sobre os tribunais de primeira instância em suas jurisdições, revertendo o julgamento onde lhes pareceu que o grau de prova exigido estava faltando. Assim, a Suprema Corte do Colorado, em *Hawkins v. Elston* (...). Em *Nicolls v. McDonald* a Suprema Corte da Pensilvânia reverteu o julgamento do tribunal de 1ª instância (...). A Suprema Corte do Novo México, em *White v. Mayo*, também reverteu o julgamento do tribunal de 1ª instância (...). Em *Page v. Pagel* a Suprema Corte da Virgínia (...). Em Utah, a Suprema Corte em *Smyth v. Reed* 28 reverteu o julgamento do tribunal de 1ª instância (...). ” No original: “Although the Supreme Court of California followed what may be the majority view in the United States, several highly respected courts have come to the

Finalmente, o *standard proof beyond a reasonable doubt*¹¹¹⁴ localiza-se no topo da escala, revelando uma altíssima probabilidade, superando um patamar de 95%.¹¹¹⁵

Como aludimos no capítulo 2, esse *standard* tem origem em bases teológicas, conforme alude Whitman:

"(...) A famosa prescrição de São Mateus – *Não julgue, para que não sejas julgados!* - tinha um significado concreto: condenar um réu inocente era considerado, na tradição cristã mais antiga, como um potencial pecado mortal. A regra da dúvida razoável foi uma das muitas regras e procedimentos desenvolvidos em resposta a essa possibilidade inquietante. Era originalmente uma doutrina teológica, destinada a tranquilizar os jurados de que eles poderiam condenar o acusado sem arriscar sua própria salvação, desde que suas dúvidas sobre culpa não fossem ‘razoáveis’. ‘Além de uma dúvida razoável’ era originalmente uma regra para cristãos ansiosos, vivendo em uma época assombrada, como nosso mundo não é mais, pelo medo da danação eterna.¹¹¹⁶

A despeito de a sua origem remontar os idos de 1770-1780, tanto estudiosos do direito como seus aplicadores não chegaram a um consenso a respeito da sua definição, o que para os críticos gera uma consequência quase catastrófica: a insegurança jurídica.

Larry Laudan é um dos maiores censuradores do *standard proof beyond a reasonable doubt*. Segundo o autor:

opposite conclusion and have exerted control over the trial courts in their jurisdictions, by reversing the trial courts where it appeared to them that the requisite degree of proof was lacking. Thus, the Supreme Court of Colorado, in *Hawkins v. Elston* (...). In *Nicolls v. McDonald* the Supreme Court of Pennsylvania reversed the judgment of the trial court (...). The Supreme Court of New Mexico, in *White v. Mayo*, also reversed the trial court (...). In *Page v. Pagel* the Supreme Court of Virginia (...). In Utah, the supreme court in *Smyth v. Reed* 28 reversed the trial court (...).” *Idem*. p. 78.

¹¹¹³ “Súmula 7 - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Súmula 279 - Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

¹¹¹⁴ “Além de uma dúvida razoável, está o ônus legal da prova necessária para afirmar uma condenação em um caso criminal. Em um caso criminal, a acusação tem o ônus de provar que o réu é culpado além de qualquer dúvida razoável. Isso significa que a promotoria deve convencer o júri de que não há outra explicação razoável que possa vir das provas apresentadas no julgamento. Em outras palavras, o júri deve estar virtualmente certo da culpa do réu para proferir um veredicto de culpado. Esse padrão de prova é muito superior ao padrão civil, chamado de “preponderância da prova”, que exige apenas uma certeza superior a 50%” (tradução nossa). No original: “Beyond a reasonable doubt is the legal burden of proof required to affirm a conviction in a criminal case. In a criminal case, the prosecution bears the burden of proving that the defendant is guilty beyond all reasonable doubt. This means that the prosecution must convince the jury that there is no other reasonable explanation that can come from the evidence presented at trial. In other words, the jury must be virtually certain of the defendant’s guilt in order to render a guilty verdict. This standard of proof is much higher than the civil standard, called “preponderance of the evidence,” which only requires a certainty greater than 50 percent.” UNITED STATES OF AMERICA. In: Cornell Law School, Legal Information Institute. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/beyond_a_reasonable_doubt#:~:text=In%20a%20criminal%20case%2C%20the%20evidence%20presented%20at%20trial.>. Acesso em: 25 jul. 2022.

¹¹¹⁵ Mais uma vez, a indicação de um equivalente percentual tem o condão de tão somente ilustrar, para melhor compreensão, a localização desse *standard* em uma escala numérica, de modo a definir sua posição – confrontando-se com os demais *standards* - em termos de exigibilidade. Inexiste qualquer pretensão de aproximação com o sistema bayesiano ou a defesa de uma linha que estabeleça valores numéricos em termos de grau de suficiência de prova. Temos por certo que um bom *standard* representa o modelo de escolha qualitativa dos elementos probatórios e não quantitativo.

¹¹¹⁶ WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*. New Haven, London: Yale University Press, 2008. p. 2.

Oficialmente, a justificativa do Tribunal para essa política de se recusar a explicar o que 'dúvida razoável' significa depende de sua afirmação de que o significado de BARD é auto-evidente e que qualquer tentativa de defini-lo apenas obscurecerá a compreensão pré-existente dos jurados sobre a diferença entre dúvidas razoáveis e irracionais. O que é mais provável que seja a verdadeira razão pela qual os tribunais americanos desencorajam os juízes de definir o BARD é que os juízes de primeira instância às vezes falharam muito na explicação e criaram uma situação em que os tribunais de apelação se sentiram obrigados a anular uma condenação porque o juiz definiu a dúvida razoável de uma maneira que os tribunais superiores consideraram ser insuficientemente exigente. Os jurados, então, são deixados à própria sorte para descobrir o que o padrão de prova significa. Isso coloca dois quebra-cabeças agudos: a) jurados e júris diferentes entendem mais ou menos da mesma maneira? e b) o consenso que os jurados são capazes de alcançar reflete uma compreensão sólida de quão robusta e exigente o Tribunal espera que uma prova que leve a uma condenação deva ser? (...) Sob tais circunstâncias, parece difícil escapar da conclusão de que um *standard* de prova existe apenas no nome. BARD é o *standard* nominal e a frase “prova além de uma dúvida razoável” é repetida pelo juiz em várias ocasiões em todos os julgamentos criminais, mas seu significado é deixado inteiramente para os julgadores de fato decifrarem por si mesmos.¹¹¹⁷

A despeito das ferrenhas reprovações, devemos assentar que o *standard proof beyond a reasonable doubt* possui adeptos os quais destacam que esse altíssimo padrão de exigência probatória nada mais reflete do que a proteção essencial dedicada pelo Estado ao cidadão contra uma injusta condenação.

Para Alex Stein, “Um sistema legal pode condenar justificadamente uma pessoa apenas se tiver feito o possível para protegê-la do risco de condenação errônea e se não fornecer melhor proteção a outros indivíduos.”¹¹¹⁸

Desta forma, a adoção do *standard proof beyond a reasonable doubt* representaria aquilo que de melhor poderia o sistema legal oferecer ao cidadão.

Laurence Tribe há muito já argumentava que:

¹¹¹⁷ No original: “Officially, the Court’s rationale for this policy of refusing to explain what ‘reasonable doubt’ means hinges on its holding that BARD’s meaning is self-evident and that any attempt to define it would only obscure jurors’ pre-existing comprehension of the difference between reasonable and unreasonable doubts. What is more likely to be the real reason why American courts discourage judges from defining BARD is that trial judges have sometimes botched the explanation badly and created a situation where appellate courts have felt bound to overturn a conviction because the judge defined reasonable doubt in a way that higher courts found to be insufficiently demanding. Jurors, then, are left to their own devices to figure out what the standard of proof means. That poses two acute puzzles: a) do different jurors and juries understand it more or less the same way? and b) does such consensus as jurors are able to arrive at reflect a sound grasp of how robust and exacting the Court expects a proof leading to a conviction should be? (...) Under such circumstances, it seems difficult to escape the conclusion that a standard of proof exists in name only. BARD is the nominal standard and the phrase ‘proof beyond a reasonable doubt’ is repeated by the judge on multiple occasions in every criminal trial, but its meaning is left entirely to the triers of fact to decipher for themselves.” LAUDAN, Larry. *Is it finally time to put ‘proof beyond a reasonable doubt’ out to pasture?* In: Public Law Research Paper, n. 194, april 19, 2011, University of Texas Law. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815321>. Acesso em 04 ago. 2022.

¹¹¹⁸ No original: “A legal system may justifiably convict a person only if it did its best in protecting that person from the risk of erroneous conviction and if it does not provide better protection to other individuals.” STEIN, Alex. *Foundations of evidence law*. Reino Unido: Oxford University Press, 2005.

O sistema [de justiça criminal] não autoriza, de fato, a imposição de punição criminal quando o julgador reconhece uma dúvida quantificável quanto à culpa do réu. Em vez disso, o sistema insiste em uma aproximação tão próxima da certeza quanto parece humanamente alcançável nas circunstâncias.¹¹¹⁹

Rinat Kitai reforça que “O dever imposto ao Estado [pelo contrato social] ... dá origem ao direito absoluto e inalienável do indivíduo ... de não ser condenado a menos que sua culpa tenha sido provada além de qualquer dúvida razoável.”¹¹²⁰

A despeito das críticas aos *standards* estadunidenses, em especial no que tange à dosagem de subjetivismo, a verdade é que, diferentemente do direito comparado, no Brasil inexistente qualquer paradigma ou regra objetiva que admita o controle da decisão judicial no que toca aos elementos externos para corroboração. Ao compararmos os sistemas, nos deparamos no direito pátrio com o julgamento dos fatos - considerados provados/não - a partir do estado mental do julgador, seu processo mental indutivo, logo, altamente dotado de um cunho particular e intimista.¹¹²¹

6.2 Recebimento da denúncia/queixa-crime

Inegável são os transtornos e inconvenientes sociais gerados pela submissão do cidadão às realidades de ser processado¹¹²², ainda mais em uma sociedade destituída de informações básicas a respeito de conceitos como presunção de inocência e condenação

¹¹¹⁹ No original: “(...) he [criminal justice] system does not in fact authorize the imposition of criminal punishment when the trier recognizes a quantifiable doubt as to the defendant’s guilt. Instead, the system ... insists upon as close an approximation to certainty as seems humanly attainable in the circumstances.” TRIBE, Lawrence H. *The continuing debate over mathematics in the law of evidence: a further critique of mathematical proof*. In: *Harvard Law Review*, vol. 84, n. 8, 1971, pp. 1810–20. Disponível em: <JSTOR, <https://doi.org/10.2307/1339570>>. Acesso em: 4 ago. 2022.

¹¹²⁰ No original: “The duty imposed on the state [by the social contract] ... gives rise to the individual’s absolute and inalienable right ... not to be convicted unless her guilt has been proven beyond all reasonable doubt.” KITAI, Rinat. Protecting the guilty. In: *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 6, no. 2, 2003, pp. 1163–87. Disponível em: <JSTOR, <https://doi.org/10.1525/nclr.2003.6.2.1163>>. Acesso em 04 ago. 2022.

¹¹²¹ Além do direito norte-americano, o Direito Italiano também prevê expressamente o *standard al di là di ogni ragionevole dubbio* (além de qualquer dúvida razoável) como norteador da sentença penal condenatória. “Seção II – Sentença condenatória. Art. 533. Condenação do acusado. O juiz pronuncia sentença de condenação se o acusado for considerado culpado do crime contra ele além de qualquer dúvida razoável.” No original: “Sezione II - Sentenza di condanna. Art. 533. Condanna dell’imputato. 1. Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. (...)” ITALIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/09/03/giudizio-sentenza>>. Acesso em 03 ago. de 2022.

¹¹²² “A exigência de demonstração da justa causa justifica-se em face da própria natureza do processo penal que leva à necessidade de demonstrar a plausibilidade do direito material, para evitar a conduta temerária da acusação. O processo criminal representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana: exige um sacrifício ingente dos direitos da personalidade, espoliando o indivíduo da intimidade e, frequentemente, da dignidade mesma.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. nov/dez. 2007, n. 69. p. 179-199, 2007.

transitada em julgado. A exemplo, dificilmente o empregador, mesmo sob todo o controle de uma justiça trabalhista, manterá em seus quadros empregado sob investigação, quiçá denunciado.¹¹²³

Ateremo-nos à análise da justa causa porquanto nesse aspecto reside a necessidade de aferição do valor probatório enquanto requisito essencial para recebimento da denúncia/queixa-crime a teor do artigo 395, inciso III do Código de Processo Penal.

A análise da justa causa na peça deflagratória da ação penal subsiste na perquirição de um suporte probatório mínimo a respeito da existência de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade criminosa¹¹²⁴. No entanto, impõe-se aferir acerca de qual a dosagem do suporte probatório exigível para tal fim, ainda que houvesse possibilidade de se identificar uma medida ideal.

Tratamos aqui sobre o juízo de probabilidade, um *standard* probatório baixo – na linha de comparação ascendente a qual nos referimos inicialmente quando em comparação ao exigível para a condenação penal – sendo certo que, se para a autoria requisita-se a existência de indícios, para a materialidade impõe-se a prova.

Não se requer do juiz no que tange ao elemento autoria um juízo de certeza, bastando a probabilidade de conexão entre o sujeito e o fato criminoso, com base na valoração de um indício apenas. Nesse aspecto, basta ao juiz que, uma vez presente uma única circunstância, conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra circunstância, está preenchido o elemento autoria.

¹¹²³ “A imputação penal não pode ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em um instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inócua quando o comportamento atribuído ao réu ‘nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação’ (RF 150/393, Rel. Min. OROSIMBO NONATO).” (RTJ 165/877-878, Rel. Min. CELSO DE MELLO). BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inquérito 4347/DF, relator Min. Edson Fachin, enxerto referente ao voto do Min. Celso de Mello, j. 27/03/2018, Dje 28/03/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749467226>>. Acesso em 10 jul. 2022.

¹¹²⁴ “(...) um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado status dignitatis do imputado. Tal arrimo de prova nos é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal (arts. 12, 39, § 5º, e 46, § 1º, do Cód. Proc. Penal (...)) Desta forma, torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação penal (...) conduta típica, ilícita e culpável. Isto satisfaz o aspecto formal da peça acusatória, mas para o regular exercício da ação pública se exige que os fatos ali narrados tenham alguma ressonância na prova do inquérito ou constante das peças de informação. Em outras palavras, a acusação não pode resultar de um ato de fé ou de adivinhação do autor da ação penal”. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 93, 97 e 98.

Diferentemente ocorre no que tange à prova da materialidade delitiva. Representaria um desfavor à sociedade e à Justiça, uma afronta ao interesse público em termos de tempo e custos, admitir a movimentação da máquina judicial sem a certeza da ocorrência de um fato criminoso¹¹²⁵, ao menos empiricamente e no que tange à subsunção do fato ao tipo penal¹¹²⁶.

Ressaltamos que essa “certeza” se caracteriza pelo seu viés provisório à luz dos elementos informativos já colhidos, alterável, pois quanto mais se avança na marcha processual, mais próximo de um juízo definitivo de certeza necessário se alcança para uma sentença penal condenatória.

O cenário até aqui ilustrado refere-se a um típico panorama no qual se detém elementos informativos basilares, aos quais nos deparamos cotidianamente no exercício da judicatura, autorizativos para recebimento da exordial acusatória.

Socorrendo-se da jurisprudência pode-se avaliar o primeiro nível de *standard* probatório que deve ser ultrapassado nessa etapa processual.¹¹²⁷ Numa linguagem esportiva trata-se do sarrafo mais baixo, que não exige hipóteses alternativas refutadas, bastando, para tanto, que o caso hipotético que se propõe a denunciar ou ofertar a queixa, seja mais provavelmente verdadeiro que as argumentações da parte contrária e à luz dos elementos informativos ou probatórios até então existentes.¹¹²⁸

Infere-se que esse *standard* probatório mais baixo se mostra preenchido com ao menos um único elemento de prova, como: reconhecimento fotográfico desde que em conformidade com o rito legal e afirmações categóricas da vítima sobre a indicação da autoria; a prova quanto ao não recolhimento tributário; quebra de sigilos; relato de testemunha, prova documental fortuitamente encontrada e documentos funcionais; depoimento de corréu, reconhecimento pessoal realizado pela testemunha ocular e outras testemunhas; depoimento da vítima etc.¹¹²⁹

Os elementos de prova acima elencados foram apanhados jurisprudenciais que dizem respeito às hipóteses de recebimento de denúncia calcados em elementos informativos sem

¹¹²⁵ Para nós, admitir a recebimento da denúncia/queixa-crime a partir de uma probabilidade elevada e não juízo de certeza, no que tange ao elemento materialidade delitiva, seria sinônimo de anuir à deflagração de ação penal na qual se tratou de um suicídio e não um homicídio; um ato acobertado pela imunidade parlamentar e não injúria.

¹¹²⁶ Respeitadas as orientações no sentido da necessidade de identificação do evento como fato típico, antijurídico e até mesmo culpável para preenchimento do elemento prova da materialidade delitiva para a ação penal, dentre alguns, JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1994. p. 42.

¹¹²⁷ Os casos concretos apresentados foram pinçados aleatoriamente no sítio do Superior Tribunal de Justiça.

¹¹²⁸ Essa ideia infere-se em BELTRAN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción*. Op.cit.

¹¹²⁹ Remetemos o leitor ao Anexo A – Jurisprudências ilustrativas dos elementos informativos para recebimento da denúncia/queixa.

qualquer vínculo com o agente delator. A partir de tais premissas, passa-se à aferição daquilo que a jurisprudência tem admitido como elementos informativos sólidos para embasar a denúncia/queixa e autorizar o seu recebimento em face de pessoa delatada a partir das declarações prestadas por agente colaborador.

A deflagração de ação penal e recebimento de denúncia/queixa em face de delatado tendo como fonte elementos formalizados pelo delator, na visão aqui proposta, exige um degrau a mais no que tange aos elementos informativos/prova, uma exigência mais sólida, se em comparação a outro contexto no qual o referido ato processual tivesse origem mais pura e sem a figura do delator e do delatado. Por si só, não bastam as declarações do agente colaborador, necessariamente outros elementos externos devem confluir para afirmá-las.

Forçoso reconhecer que, se para o recebimento de denúncia/queixa nos moldes comuns se requer elementos informativos puros “x” ($\text{Receb}_{D/Q} = x$); quando a origem forem as declarações do delator, necessariamente o recebimento da denúncia/queixa em face do delatado requer um suporte mais apurado, no qual, aos elementos informativos puros “x” se acrescentam elementos corroborativos “y” ($\text{Receb}_{D/Q [\text{delatado}]} = x + y$).¹¹³⁰

Trazemos a exemplo julgamento extraído do Inquérito 3.994/DF¹¹³¹, no qual restou discutido o recebimento da denúncia em face do Senador Benedito de Lira e Deputado Federal Arthur de Lira, e Ricardo Ribeiro Pessoa, a partir da delação de Paulo Roberto Costa, Ricardo Ribeiro Pessoa, Alberto Youssef e Waldir Pinheiro Santana.

Na hipótese em tela prevaleceu o voto do Min. Dias Toffoli tendo em vista que o colegiado reputou a inexistência de documentos corroborativos não unilaterais, ou seja, que não foram produzidos pelos próprios delatores.¹¹³²

Imputações calcadas em depoimentos de réus colaboradores. Ausência de provas minimamente consistentes de comprovação. Fumus commissi delicti não demonstrado. Inexistência de justa causa para a ação penal. Denúncia rejeitada (art. 395, III, CPP) (...) 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

¹¹³⁰ A utilização das expressões com conotação numérica, quantitativa ou valorativa não significa a adoção de critérios matemáticos do sistema bayesiano, trata-se de nos socorrer de equivalências tão somente para demonstrar a diferença entre as hipóteses apresentadas.

¹¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3994/DF relator Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, j. 18/12/2017, Dje 06/04/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14602908>>. Acesso em 10 jul. 2022.

¹¹³² Esse mesmo entendimento foi mantido no Inquérito 4074/DF, prevalecendo o voto do Min. Dias Toffoli, que inadmitia como prova de comprovação elementos externos os quais reputou de produção unilateral, em detrimento do voto divergente do Min. Edson Fachin, para quem havia provas suficientes para corroborar as declarações dos delatores. Sobre a integralidade do voto, remetemos o leitor ao Anexo B - Jurisprudência ilustrativa para recebimento da denúncia/queixa do delatado a partir das declarações do delator.

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” (art. 4º, § 16, da Lei nº 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 o 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 art. 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.

Em oposição, realça-se o voto do relator, Min. Edson Fachin, o qual considerava que os elementos corroborativos eram suficientemente aptos a confirmar as declarações dos delatores.

Na perspectiva do Eminentíssimo Ministro, a qual reputamos acertada, vastos eram os elementos que corroboravam as declarações dos delatores a respeito dos delatados, dentre elas, registros de entradas e saídas de prédios públicos; recibos de percepção ou transferência de valores que se passavam por doações eleitorais, mas que, a bem da verdade, “se traduziam em contrapartidas financeiras ilícitas pela viabilização do acerto de preços e divisão de obras da Petrobras, por um cartel de empresas”; registros materiais como planilhas que aludem a transferências formalizadas e agenda objeto de busca e apreensão em outro processo.¹¹³³

Nunca é demais lembrar que estamos diante da fase inicial do processo. O recebimento da denúncia exige elementos de probabilidade, suficientes para a deflagração da ação penal

¹¹³³ Sobre a íntegra do voto, remetemos o leitor ao Anexo C - Voto vencido proferido pelo Min. Edson Fachin no Inquérito 3994/DF, julgado em 18/12/2017.

mas que se afastam, consideravelmente, da segurança, solidez e robustez exigida para as fases posteriores as quais, em termos de prova, se estabelecem em nítida ascendência.

Evidencia-se aquilo que temos argumentado. De fato, se para recebimento da denúncia/queixa se requer um *standard* probatório baixo, o que a nosso sentir equivale à preponderância da hipótese mais provavelmente verdadeira que as argumentações da parte contrária e à luz dos elementos informativos/prova existentes, em se tratando de denúncia/queixa em face do delatado a partir de declarações do delator, devemos, inevitavelmente, atingir um patamar levemente superior àquele.

No entanto, não assentimos com a total exclusão dos elementos externos porque produzidos unilateralmente, razão pela qual sugerimos, como *standard* probatório para aferição dos elementos externos corroborativos que: 1º) haja preferência aos elementos externos, ora confirmatórios, que não tenham sido fornecidos pelo próprio delator. Não sendo possível o atingimento desse primeiro patamar, passa-se a um segundo: 2º) uma vez fornecidos pelo delator, avaliar: a) não foram confeccionados por ele mesmo. Atingido esse prisma, não subsiste razão para o descarte dos elementos externos. No entanto, b) se foram confeccionados pelo próprio delator, exige-se inferir se os elementos externos foram produzidos em momento anterior ao acordo de colaboração premiada e que fazem prova de fatos pretéritos, ou seja, remontam exatamente à noção de tempo e espaço do registro dos fatos (contemporaneidade). Reputamos que, se tais requisitos forem ultrapassados, os elementos externos, ainda que unilaterais, estão hábeis a serem sopesados.

Não aderimos ao entendimento genérico que vem sendo difundido no sentido de que o elemento externo se unilateralmente fornecido ou produzido pelo delator não se presta a conferir corroboração às declarações e, logo, não oferece lastro probatório mínimo para denúncia/queixa.

Os elementos externos fornecidos/confeccionados pelo delator irrefutavelmente merecem minuciosa apreciação. Quanto a isso não declinamos. Entretanto, o completo aniquilamento desse meio de prova revela-se absolutamente incongruente com a primazia das provas: o conhecimento da verdade e a declaração de justiça.

Uma vez que os elementos externos nada mais são do que meio de prova, não nos soa razoável que detenham uma força probatória diferenciada quando produzidas pelo delator. Defendemos sim uma análise mais complexa e até mesmo mais acurada, mas que seja para creditar sua validade e autenticidade, a incrementar o rol probatório.

Em nossas proposições até aqui esboçadas merece destaque a situação temporal da elaboração da prova. Os elementos externos unilaterais que reproduzem fatos pretéritos e

remontem a episódios anteriores ao perfazimento da colaboração premiada merecem toda carga de prova que se possa atribuir. O descarte ou eliminação sob a alegação exclusiva de se tratar de uma prova unilateral desconstitui todo o esforço da acusação no desvencilhamento e superação da máquina criminal.

Partimos do pressuposto que, para cada etapa processual, um *standard* de prova deverá ser destinado para que os elementos externos, principalmente unilaterais, possam ser sopesados, valorados e contributivos para o desvendamento do fato criminoso. As atenções devem estar voltadas unicamente para análise circunstancial - modo, tempo e espaço – de criação dessas provas unilaterais produzidos pelo delator. Qualquer metodologia diferente disso é defesa da dogmática da supressão integral da prova porque unilateral faz perpetuar a máxima do sentimento de injustiça social.

Ouso aqui afirmar que nunca – ou dificilmente, para não ser tão incisivo - o agente que solicita/recebe vantagem indevida (propina) - faz qualquer anotação ou referência ao episódio. Diferentemente de quem a oferece/promete, aquele que faz parte da base da cadeia, geralmente o delator. Notemos que só se atinge o topo da cadeia se o primeiro indivíduo for atingido, por ser o responsável a sustentar e fomentar crimes principalmente contra a Administração Pública.

Oferecemos a situação hipotética na qual o delator fornece um arquivo contendo iniciais, que sugerem nomes de grandes políticos, seguido de data e valores, o qual ele esclarece se tratar de repasse de propina. Encontra-se correspondência entre essa prova unilateral e agendamento de reunião que se estabeleceu nessas mesmas datas, extraído de mídia de celular de um dos delatados, assim como entrada e saída do delator – filmagens e registro de portaria - em prédio de grande empresa presidida pelo delatado, naquela ocasião. Ignoramos as provas porque unilaterais ou ponderemos a respeito?¹¹³⁴ São reflexões que devem ser estendidas não somente ao recebimento da denúncia/queixa, mas para todo o escopo desse trabalho, na decretação de medidas cautelares e na prolação da sentença condenatória. Ao que parece, há elementos suficientes a justificar a persecução penal. Coincide-se fatos extraídos de fontes diversas de prova que exigem a instauração da ação penal.

Diante das premissas fixadas, para o recebimento da denúncia/queixa em face do delatado, a partir da corroboração das declarações do delator, defendemos a aplicação de um

¹¹³⁴ As afirmações retratam parte do julgado e do voto vencido do Min. Edson Fachin - Inquérito 3994/DF, j. 18/12/2017, Dje 06/04/2018 - e nem de longe representam o mesmo arcabouço probatório ignorado para recebimento da denúncia porque reputado unilateralmente produzido pelo delator.

standard probatório acima daquele utilizado para o recebimento da denúncia/queixa no qual tais figuras não estão envolvidas (Receb_{D/Q} [delatado] = x + y), e nos socorremos do direito comparado estadunidense, aplicando-se, para aqueles casos, o *standard preponderance of the evidence* (preponderância da prova) somado ao *standard* para aferição dos elementos externos corroborativos (“y”) que acima propusemos.¹¹³⁵

Atestamos, nesse ponto, aquilo que vimos defendendo, a superioridade do *standard* de prova para o recebimento da denúncia/queixa em face do delatado a partir de informações do delator na linha de comparação para o recebimento da denúncia/queixa comum, nos quais esses sujeitos não estão envolvidos.

6.3 Decretação de medidas cautelares reais ou pessoais

Ao lançar um olhar sobre o todo, na perspectiva do processo principal, pode-se afirmar que a decisão que decreta as medidas cautelares permeia-se num juízo superficial e sumário.

O viés provisório dessas medidas perdura até o advento de um resultado final, de modo a garantir-lhe a eficácia durante todo o desenvolvimento processual.

A urgência das medidas cautelares é condição inarredável, o que exige do juiz uma cognição breve a respeito dos fatos e limitada, principalmente no que toca à profundidade da análise.

No que toca às medidas cautelares pessoais, com o advento da Lei 12.403/2011, o rol foi expandido: além das modalidades de prisão, temporária, em flagrante e preventiva, somam-se as medidas diversas da prisão elencadas no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Diante desse panorama reconhece-se que a prisão preventiva passou a ser o ponto extremo do eixo, enquanto que outras medidas cautelares – diversas da prisão - foram dispostas em uma proposta progressiva, partindo-se da menos gravosa àquela que representaria maior restrição ao direito fundamental liberdade.

¹¹³⁵ “Lo que intento decir se observa con la apreciación del probablemente único estándar probatorio utilizado en España con cierta conciencia de que lo es: la prueba prima facie¹¹⁵. Se trata de una convicción superficial, rápida aunque no precipitada, que concede una tutela –habitualmente cautelar– a alguien que todavía tiene que demostrarla en un proceso. O que sirve para admitir a trámite una denuncia o querrela, o una declinatoria o una tercería de dominio, al considerar mínimamente creíble la historia que cuenta el solicitante. En realidad, esa formulación es muy probable que sea una simple secuela de la antigua semiplena probatio.” FENOLL, Jordi Nieva. *Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*. Op. cit., p. 424. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1549.pdf>>. Acesso em 03 ago. 2022.

As medidas cautelares diversas da prisão, a despeito da omissão legislativa, exigem a presença do *fumus commissi delicti* (prova da existência do crime e indício suficiente da autoria¹¹³⁶) e do *periculum libertatis*.

Vê-se que para as medidas cautelares dispostas no artigo 319, incisos I (comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades); III (proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante); V (recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos); VIII (fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial) e IX (monitoração eletrônica), assim como a do artigo 320 (proibição de ausentar-se do País), o *periculum libertatis* subsume-se pela necessidade de aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal, prevista no artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal.

Por sua vez, a medida prevista no artigo 319, inciso V (proibição de ausentar-se da Comarca), o perigo da manutenção do estado de liberdade do agente decorre da conveniência ou da necessidade para a investigação ou instrução.

Já aquelas elencadas nos incisos II (proibição de acesso ou frequência a determinados lugares); VI (suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira) e VII (internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável), decorrem da necessidade de se evitar a prática de infrações penais, a teor da parte final dos aludidos incisos e parte final do inciso I do artigo 282 do Código de Processo Penal.

O parâmetro de controle para a escolha entre medidas alternativas diversas da prisão reside no caráter preponderante, estabelecido, a contrário senso, no parágrafo 6º do artigo 282; no binômio necessidade-adequação, dos incisos I e II e na proporcionalidade *strictu sensu*, a qual requer que delitos mais graves, em tese, clamam por medidas mais enérgicas. De toda sorte, o caso concreto norteará o juiz a respeito de qual medida adotar.

Diante de tais premissas, podemos afirmar que o *standard* probatório para as medidas cautelares pessoais diversas da prisão são a prova da existência do crime e o indício suficiente de autoria (*fumus commissi delicti*) e o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado

¹¹³⁶ A prova da existência do crime denota uma certeza empírica e sua subsunção ao tipo penal, enquanto os indícios de autoria suportam um juízo de probabilidade.

(*periculum libertatis*), de modo que se exige um juízo de probabilidade - dentre os que estamos analisando - baixo.

Vejamos:

2. Em tema de medidas cautelares previstas na legislação processual penal, emergem os pressupostos da necessidade (art. 282, I, do CPP) e da adequação (art. 282, II, do CPP). Presentes os indícios de autoria, prova da materialidade delitiva e a indispensabilidade de se preservar a ordem pública, garantir a aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução, é a análise da adequação que guiará o magistrado a decidir, dentre todas, a mais apropriada à preservação desses valores. Por critério de proporcionalidade, as medidas alternativas à prisão, quando suficientes ao escopo processual, precedem àquelas mais severas. 3. Na hipótese, as restrições de entrega de passaporte e proibição de ausentar-se do país, dentre outras impostas ao agravante, convergem para as circunstâncias concretas atinentes ao receio da suposta prática de reiterados atos de movimentação de recursos apontados como ilícitos localizados no exterior.¹¹³⁷

No que toca às medidas cautelares reais, podem-se elencar o sequestro (de bens imóveis, móveis, subsidiário e do Decreto-Lei nº 3.240/1941), a especialização e o registro da hipoteca legal e o arresto (de bens imóveis, prévio à especialização da hipoteca legal e subsidiário de bens móveis).¹¹³⁸

A instrumentalidade é marca fundamental das medidas cautelares e, no que tange especificamente às reais, essa função volta-se à repercussão de sentença penal condenatória eventualmente proferida no que diz respeito à reparação do prejuízo causado pelo evento criminoso à vítima, ao pagamento da multa e despesas processuais (a especialização e registro da hipoteca legal e o arresto) e ao asseguramento no cumprimento da condenação quanto à perda do produto do crime (sequestro). Nesse ponto reside o *periculum in mora* de cada medida de constrição, a dissipação de bens e o conseqüente prejuízo às esferas envolvidas.

No que toca ao *fumus boni iuris*, em regra, o legislador atribuiu um requisito a cada medida.

A primeira medida cautelar real, o sequestro, exige à luz das disposições legais do artigo 126 do Código de Processo Penal “a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”, o que revela um *standard* probatório considerável, não se conformando com um juízo de mera possibilidade, mas também de probabilidade.

A especialização e registro da hipoteca legal, a seu turno, requer a teor do artigo 134 do Código de Processo Penal “certeza da infração e indícios suficientes da autoria”. Na linha

¹¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 187.505 AgR/PR, relator Min. Edson Fachin, j. 28/06/2021. p. 05/07/2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756408587>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

¹¹³⁸ Previstas no TÍTULO VI – Das Questões e Processos Incidentes, CAPÍTULO VI – Das Medidas Assecuratórias, arts. 125 a 144-A do Código de Processo Penal.

deste trabalho, a certeza da infração refere-se à materialidade delitiva, no sentido o qual enfrentamos, certeza da ocorrência de um evento criminoso, ao menos empiricamente e no que tange à subsunção do fato ao tipo penal.

O arresto de bens imóveis é medida assecuratória prévia, cuja função é resguardar outra medida cautelar, a hipoteca. Pela dicção do artigo 136 do Código de Processo Penal, o arresto pode ser decretado desde o início, ou seja, ainda no curso das investigações enquanto se buscam elementos para a justa causa e deflagração da ação penal.

Veja-se que enquanto não sobrevierem elementos que determinem a certeza da infração e indícios suficientes da autoria para a hipoteca, lança-se mão do arresto como forma de ganhar tempo. No entanto, ainda que sua decretação possa se dar no seio das investigações, o *standard* probatório para sua imposição é superior àqueles praticados no início da apuração criminosa, na qual é suficiente mero juízo de possibilidade.

O arresto subsidiário de bens móveis segue as mesmas diretrizes do arresto prévio ao registro da hipoteca legal, distanciando-se tão somente no seu objeto: “o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente”, nos termos do artigo 137 do Código de Processo Penal.

Observe-se a preponderância exigida no julgamento do AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.353.529/DF para a decretação da medida cautelar real: a materialidade, os indícios de autoria e a origem ilícita dos bens foram demonstrados por provas decorrentes das medidas de busca e apreensão, interceptações e quebras de sigilo bancário e fiscal.

O entendimento desta Corte é no sentido de que a realização de quaisquer das medidas assecuratórias previstas na legislação processual penal, tais como o sequestro, o arresto e a hipoteca legal, tem por fim garantir tanto a reparação de dano ex delicto quanto a efetividade da multa pecuniária e o pagamento das custas processuais que possam vir a ser impostas ao denunciado (REsp 1319345/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 03/09/2015). Dessa forma, para a decretação de medidas cautelares, mostra-se suficiente a existência de materialidade delitiva e de indícios de autoria, sendo necessário, ainda, o periculum in mora, ou seja, a probabilidade de que, no curso processual, os bens objeto da constrição se deteriorem ou se percam, de forma impossibilitar eventual ressarcimento dos danos decorrentes do crime. (...) No caso, mostra-se presente o *fumus boni juris*, na medida em que determinada a medida assecuratória no âmbito da investigação da Operação Zelotes, tendo por objetivo investigar crimes de advocacia administrativa fazendária, tráfico de influência, corrupção ativa e passiva, associação criminosa, organização criminosa e lavagem de dinheiro, em que o agravante, então conselheiro, e seu sócio de escritório de advocacia teriam beneficiados empresas durante o julgamento de recursos mediante a venda de decisões no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, bem como efetuado remessa de valores atípicos para o exterior. Destaca-se que, segundo se extrai do acórdão impugnado, a materialidade os indícios de autoria e a origem ilícita dos bens foram lastreados nas provas decorrentes das medidas de busca e apreensão, interceptações e quebras de sigilo bancário e fiscal. Por sua vez, tenho que a configuração do periculum in mora não pode ser afastada, pois a medida

cautelar tem por fim garantir a reparação do dano ou o pagamento de penas de multas, em especial, salvaguardar os efeitos genéricos da sentença penal condenatória. Com efeito, cabe às instâncias ordinárias fazer um exame do conteúdo fático e probatório a fim de aferir a existência de elementos suficientes a autorizar a aplicação das medidas assecuratórias, bem como aferir o montante devido, ficando esta Corte impedida de rever tal ato, tendo em vista que o exame quanto à escolha e suficiência dos valores esbarra no descabido reexame probatório, medida sabidamente infensa à finalidade do recurso especial, consoante o disposto na Súmula 7/STJ. (...) Ressalte-se que o debate sobre os indícios de autoria relacionados ao delito de lavagem de dinheiro, a origem do patrimônio do agravante e o excesso na indisponibilidade dos bens serão melhor examinados durante a fase de instrução processual na origem. Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.¹¹³⁹

Diante das premissas acima pontuadas, identifica-se que, tanto as medidas cautelares reais quanto as medidas cautelares pessoais diversas da prisão requerem a preponderância da hipótese mais provavelmente verdadeira que as argumentações da parte contrária e à luz dos elementos informativos ou probatórios produzidos até aquele momento processual,¹¹⁴⁰ não diferindo do patamar exigido para o recebimento da denúncia/queixa.

Dessa forma, afirma-se que, tanto o recebimento da denúncia/queixa quanto a decretação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão e reais exigem um juízo de probabilidade mais rebaixado¹¹⁴¹ na escada imaginária a qual estamos traçando.

A nosso sentir, para a decretação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão e reais em face de delatado tendo como fonte elementos formalizados pelo delator evidencia-se um degrau a mais no que tange aos elementos informativos/prova, uma exigência mais sólida, se em comparação a outro contexto no qual os referidos atos processuais tivessem origem mais pura e não envolvesse a figura do delator e do delatado. Por si só, não bastam as declarações do agente colaborador, necessariamente outros elementos externos devem existir para afirmá-las.

Forçoso reconhecer que, se para a decretação de medidas cautelares pessoais diversas da prisão ou reais, nos moldes comuns, se requer elementos informativos puros “x” (Decret $MC_{\text{reais}} / < PP = X$); quando a origem forem as declarações do delator, necessariamente a decretação de medidas cautelares pessoais diversas da prisão ou reais em face do delatado

¹¹³⁹ Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.353.529 - DF (2018/0220322-8), relator Min. Nefi Cordeiro, j. 18/06/2019, DJe 28/06/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802203228&dt_publicacao=28/06/2019>. Acesso em 15 jul. 2022.

¹¹⁴⁰ Essa ideia infere-se em BELTRAN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción*. Op. cit.

¹¹⁴¹ Frise-se, estamos analisando três patamares: o do recebimento da denúncia/queixa, o da decretação de medidas cautelares reais e pessoais e a prolação de sentença condenatória.

requer um suporte mais apurado, no qual, aos elementos informativos puros “x” se acrescentam elementos corroborativos “y” (Decret_{MC reais/ < PP [delatado]} = x + y).¹¹⁴²

O que diferencia a decretação de medidas cautelares pessoais diversas da prisão e reais, influenciadas pelas declarações do delator, de qualquer outro contexto reside no fato de que à preponderância da hipótese mais verossímil uma vez confrontada com a hipótese alegada pela parte contrária e aos elementos/prova até então já produzidos, somam-se os elementos externos confirmatórios das declarações do delator.

Insistimos como *standard* probatório para aferição desses elementos externos corroborativos que: 1º) haja preferência aos elementos externos, ora confirmatórios, que não tenham sido fornecidos pelo próprio delator. Não sendo possível o atingimento desse primeiro patamar, passa-se a um segundo: 2º) uma vez fornecidos pelo delator, avaliar: a) não foram confeccionados por ele mesmo. Atingido esse prisma, não subsiste razão para o descarte dos elementos externos. No entanto, b) se foram confeccionados pelo próprio delator, exige-se inferir se os elementos externos foram elaborados em momento anterior ao acordo de colaboração premiada e que fazem prova de fatos pretéritos, ou seja, sua confecção equivale exatamente à noção de tempo e espaço do registro dos fatos (contemporaneidade). Uma vez alcançados esses requisitos, os elementos externos, ainda que unilaterais, estão aptos à valoração.

Assim, para a decretação de medidas cautelares pessoais diversas da prisão ou reais em face do delatado, a partir da corroboração das declarações do delator, defendemos a aplicação de um *standard* probatório acima daquele utilizado para a decretação de medidas cautelares pessoais diversas da prisão ou reais no qual tais figuras não estão envolvidas (Decret_{MC reais/ < PP [delatado]} = x + y), e nos socorremos do direito comparado estadunidense, aplicando-se, para aqueles casos, o *standard preponderance of the evidence* (preponderância da prova)¹¹⁴³ somado ao *standard* que acima propusemos para aferição dos elementos externos (“y”).

¹¹⁴² Lembremos ao leitor que o símbolo “<” indica a expressão “menor que”.

¹¹⁴³ O maior peso da prova, não necessariamente estabelecido pelo maior número de testemunhas que atestam um fato, mas por evidências que têm a força mais convincente; um peso probatório superior que, embora não seja suficiente para libertar totalmente a mente de toda dúvida razoável, ainda é suficiente para inclinar uma mente justa e imparcial para um lado da questão e não para o outro. Esse é o ônus da prova na maioria dos julgamentos civis, nos quais o júri é instruído a decidir em favor da parte que, no geral, possui provas mais fortes, por mais tênues que sejam as vantagens - Também denominado equilíbrio de probabilidade; maior peso da prova (tradução nossa). No original: "The greater weight of the evidence, not necessarily established by the greater number of witnesses testifying to a fact but by evidence that has the most convincing force; superior evidentiary weight that, though not sufficient to free the mind wholly from all reasonable doubt, is still sufficient to incline a fair and impartial mind to one side of the issue rather than the other. This is the burden of proof in most civil trials, in which the jury is instructed to find for the party that, on the whole, has the stronger evidence, however

Vejamos a respeito do elevado nível de probabilidade exigível, assegurado pelos elementos externos angariados no curso das investigações que reforçam os argumentos os quais nos dedicamos acerca da necessidade do atingimento de um *standard* probatório, ainda mais superior, quando a matéria está afeta a declarações de delatores.

Para decretação de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, vislumbramos, nitidamente, a complexidade e ao mesmo tempo, a completude da matéria, maximizando o *standard* probatório comumente exigido.

Vê-se que a subsidiariedade da decretação/manutenção de medida constritiva de liberdade é latente, de modo que, em regra, em grande parte dos julgados analisados, a imposição de medidas cautelares pessoais diversas da prisão não foi o tratamento original destinado, mas substitutivo de algum decreto prisional.

Na averiguação do requisito *periculum libertatis* (explicitado no artigo 312 do Código de Processo Penal), usualmente, na linha jurisprudencialmente aplicada, a mera explicitação textual e abstrata dos requisitos é rechaçada. A medida excepcional somente se perfaz com a demonstração de elementos concretos¹¹⁴⁴, calcados em provas suficientes ao juízo de verossimilhança. Observa-se, por sua vez, que a segregação cautelar baseada exclusivamente em declarações de colaboradores - *fumus comissi delicti* – é inadmitida, socorrendo-se de outros elementos de prova para confirmação.

No caso paradigma abaixo analisado, apesar dos elementos de corroboração terem sido revelados, foram reputados frágeis. A bem da verdade, justificou-se a liberdade também em razão da falta de contemporaneidade dos fatos que ensejaram a prisão original, subsistindo as medidas cautelares diversas da prisão porque reputadas mais condizentes.

2. A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. Precedentes. (HC 115613, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25.6.2013, DJe 13.8.2014) 3. Prisão preventiva sem fundamentação em elementos concretos. 4. Insuficiência de declarações de colaboradores para motivação do *fumus comissi delicti* para decretação de prisão cautelar. Os elementos de prova produzidos a partir de acordo de colaboração premiada têm sua força probatória fragilizada em razão do seu interesse em delatar e receber benefícios em contrapartida, além dos problemas

slight the edge may be. - Also termed balance of probability; greater weight of the evidence." GARNER, Bryan A.; BLACK, Henry Campbell (ed.). Black's lawdictionary. 11th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2019. p. 1431.

¹¹⁴⁴ "Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e proteger a vítima." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 752376/SP, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16/08/2022, DJe 22/08/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201972584&dt_publicacao=22/08/2022>. Acesso em: 30 ago. 2022.

inerentes à própria lógica negocial no processo penal. (...) 7. Suficiência das medidas cautelares diversas.¹¹⁴⁵

Muito embora tenha prevalecido essa tese, infere-se inclusive que a destruição de arquivos pessoais do paciente, investigado em mais de um processo, foi desconsiderada, e acatada pelo julgador a argumentação da defesa de mera “arrumação dos arquivos pessoais do paciente”. Chama-se atenção o voto vencido do Min. Edson Fachin, que além de assentar a falta de competência do Supremo Tribunal Federal para o caso (Súmula 691 STF), deixou consignado inexistir, na hipótese, ilegalidade flagrante e teratologia que reclamasse o deferimento da ordem de ofício. De toda sorte, denegava a ordem. A divergência foi seguida pela Min. Carmem Lúcia, mas a Turma, por maioria, concedeu a ordem.¹¹⁴⁶

No que tange à decretação de medidas cautelares reais, a exigência da corroboração das declarações dos delatores também é indeclinável, buscando-se elementos confirmatórios em provas robustas. No caso paradigmático¹¹⁴⁷, a legitimidade das provas se extrai, inclusive, a partir da emissão de manifestação de órgãos públicos oficiais dotados de fé pública (Ministérios e instituições bancárias).

A higidez que se impõe a esses elementos externos é de tamanha vultosidade que, mesmo em se tratando de medidas cautelares probatórias, como a busca e apreensão, exige-se que sejam originadas não exclusivamente nas declarações do delator, mas tenham por embasamento outras circunstâncias independentes. No caso, a busca e apreensão somente restou autorizada porque o Ministério Público, ao fundamentar o pedido, referiu-se a outras circunstâncias igualmente anteriores e independentes dos elementos derivados da delação premiada, como o material obtido de provas compartilhadas por Juízo Federal (que revelavam encontros pessoais do delator com o paciente para o pagamento de propina); operações financeiras extraordinárias; gastos do delatado incompatíveis com os seus rendimentos e a constatação de que os mandados judiciais expedidos pelo juízo para pagamentos do colaborador não eram inseridos no sistema.¹¹⁴⁸

¹¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 169.119 RJ, relator Min. Gilmar Mendes, j. 02/04/2019, DJe 10/04/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753367925>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

¹¹⁴⁶ Propomos a leitura do Anexo D.

¹¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Inquérito nº 1.190 - DF (2017/0142021-0), relatora Min. Maria Isabel Gallotti, j. 15/09/2021, DJe 24/09/2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/cautelares-lavagem-dinheiro-podem.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2022. Remetemos o leitor, também, à consulta ao Anexo E.

¹¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 582.678/RJ, relatora Min. Laurita Vaz, j. 14/06/2022, DJe 21/06/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001170263&dt_publicacao=21/06/2022>. Acesso em: 31 ago. 2022.

Observa-se dos casos sob análise e de tantos outros quando envolvem o instituto da colaboração premiada a densidade de informações, a robustez das provas, a solidez dos elementos, o cruzamento e equivalência dos dados, um complexo de ideias altamente embasado e averiguado, revelando indiscutivelmente o que temos afirmado, o grau probatório exigido para medidas as quais envolvem as figuras delator e delatados não se equivale, nem de longe, daquele exigido para os casos gerais.

Interessa-nos, finalmente, a prisão preventiva porquanto *ultima ratio*, cenário no qual a privação de liberdade antes de um juízo exauriente e definitivo deve ser evitado, subsumindo-se à aferição do binômio necessidade-adequação, insculpido no artigo 282, *caput* do Código de Processo Penal e também no parágrafo 6º, enquanto medida dotada de caráter subsidiário.

O legislador reconhecendo a excepcionalidade da decretação da prisão preventiva dispôs ao julgador gama variada de requisitos que devem ser ultrapassados para culminarem na decretação da medida extraordinária, a teor do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Não bastando perquirir a respeito da existência da probabilidade do dano (mácula à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, associado ao perigo do estado de liberdade); do direito (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) e da necessidade-adequação, prima-se ainda pela análise da proporcionalidade em seu sentido estrito.

Nessa última perspectiva, o julgador resta autorizado a, num juízo de prognóstico, ainda hipotético, examinar se a constrição de liberdade é a sanção prevista para o caso concreto, inclusive lançando projeções para o momento de uma eventual sentença condenatória. Não se perfaz crível autorizar a prisão preventiva para situações nas quais o regime aberto se mostre o adequado, e, muito menos, quando houver possibilidade de substituição por restritivas de direito ou suspensão condicional da pena.¹¹⁴⁹

Nesse diapasão, temos que o juízo cognitivo quanto a todos os elementos imprescindíveis à decretação da prisão preventiva é de probabilidade, excepcionando-se a

¹¹⁴⁹ “III - Não obstante, não se pode olvidar a jurisprudência ora dominante nesta Quinta Turma no sentido da possibilidade de compatibilização entre a segregação cautelar e o regime menos gravoso estabelecido na sentença, desde que adequadas as condições da prisão provisória às regras do regime imposto. Desta forma, estabelecido na sentença condenatória o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, deve o agravante aguardar o trânsito em julgado de sua condenação em tal regime, compatibilizando-se a prisão cautelar com o modo de execução determinado na sentença condenatória.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 746385/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), j. 21/06/2022, DJe27/06/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201670617&dt_publicacao=27/06/2022>. Acesso em 12 jul. 2022.

análise da existência do crime que exige um juízo de certeza, quanto a seu estado empírico e subsunção do fato ao tipo penal.

Assim, se para a autoria requisita-se a existência de indícios, bastando um juízo de probabilidade, para a materialidade impõe-se a prova, o que requer um juízo de certeza.

Acreditamos que o *standard* probatório declinado nesse momento não pode ser o mesmo para recebimento da denúncia/queixa ou a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais diversas da prisão (tão baixo), mas também prescinde de um nível tão elevado quanto aquele praticado para o exaurimento do processo e configuração de uma sentença penal condenatória.

Propomos, nesse momento, um ponto intermediário - mediano, no qual não bastaria a preponderância da hipótese mais provavelmente verdadeira que a hipótese da parte contrária ou à luz dos elementos informativos/probatórios existentes. Exige-se um reforço: que a hipótese mais provavelmente verdadeira tenha um peso probatório maior que as demais, atingindo um maior grau de confirmação, tornando-se altamente provável.¹¹⁵⁰

Suscitemos um exemplo para melhor compreensão: se para recebimento da denúncia os elementos informativos foram suficientes porque demonstraram que o suposto autor do fato foi encontrado ao lado de um corpo ensanguentado, este com um tiro na cabeça e marcas de luta corporal, tendo vizinhos ouvido discussão acalorada entre o casal, situação que se repetia cotidianamente; talvez para a decretação da segregação cautelar preventiva desse mesmo indivíduo, a alegação da defesa – e algum mínimo de prova - de que a vítima tinha transtornos de personalidade, fazia uso massivo de antidepressivos, se automutilava e na ocasião dos fatos, sacou, de inopino, a arma do sujeito ativo do fato, ora policial militar, detentor da guarda das filhas, mereça prevalecer.¹¹⁵¹

¹¹⁵⁰ Essa ideia infere-se em BELTRAN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción*. Op.cit.

¹¹⁵¹ Sugerimos interessante matéria que, apesar de jornalística, exemplifica bem o caso o qual estamos tratando. No dia 20 de maio de 2020, Priscila Barrios foi alvejada por tiros, dentro do ambiente doméstico, por Paulo Bilynskyj. “De acordo com os agentes da PM, para entrar no apartamento, eles arrombaram uma porta da área de serviço que estava trancada. E ali encontraram a modelo “inconsciente”, de cócoras, mas com “sinais vitais”. Ao socorrerem Priscila, viram que ela estava sangrando e tinha uma perfuração no peito. Perto dela estava uma faca, mas sem sangue. A mulher também foi levada ao hospital, mas não resistiu ao ferimento e morreu. Segundo os PMs, havia sangue no banheiro, no piso e em algumas paredes dentro do apartamento. E marcas de mãos ensanguentadas no espelho de uma academia dentro de um dos quartos. Ainda segundo o registro policial do caso, foram encontradas cinco armas (duas pistolas, um fuzil, uma metralhadora e uma espingarda) e munições do delegado espalhadas em cômodos da residência (corredor, sofá da sala e cama do quarto). Também havia marca de tiro na parede e projétil no piso.” “Segundo a Polícia Civil, o motivo da discussão entre o casal foi ciúmes por parte de Priscila em relação a Paulo. Ela teria visto mensagens de uma outra mulher no computador dele. A modelo e o delegado tinham se conhecido havia quase três meses pela internet. Ela deixou Curitiba, no Paraná, onde morava, para viver junto com ele em São Bernardo. Em duas semanas de convivência, eram noivos. Testemunhas foram ouvidas pela investigação, que analisou vídeos gravados por câmeras do circuito interno de segurança do prédio para tentar saber como Priscila morreu e como Paulo foi ferido a tiros. A versão da tentativa de homicídio e suicídio foi apresentada inicialmente à delegacia que investiga o caso por um vizinho do delegado e três policiais militares que atenderam a ocorrência. Todos falaram com Paulo.” “A Justiça de São Paulo concluiu que um delegado e influenciador digital foi baleado pela namorada modelo e

Infelizmente essa é uma realidade brasileira: não se excepciona a prisão. Mesmo que o juiz esteja fartamente amparado pela legislação e de tantos outros instrumentos diversos da segregação, a decretação da prisão é uma inclinação natural e real.

Esse nível de *standard* probatório, ora intermediário, é reflexo da proteção individual à liberdade concebida pelo ordenamento jurídico. O inconveniente de ser processado é incontestável, mas o transtorno da privação da liberdade é superior.

A esse respeito, traçaremos algumas premissas que vêm sendo utilizadas pela jurisprudência no panorama a respeito da medida cautelar pessoal referente à prisão preventiva.

Observa-se dos casos aleatoriamente escolhidos que, além dos requisitos insculpidos pela lei, no que tange à admissibilidade da decretação da prisão preventiva, o *standard* probatório para decretação da prisão cautelar revela-se preenchido quando os elementos do caso concreto evidenciarem um alto desvalor na conduta do sujeito ativo do crime, o que sugere que, não basta apenas um único elemento de prova, mas um conjunto de elementos dotados de relevante peso probatório.

Vejamos: volume considerável de drogas apreendidas e existência de registros criminais; delito praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, cuja segregação da liberdade seja uma realidade em caso de condenação; crimes de grande repulsa social, cujas condições e circunstâncias revelam dosagem elevada no desvalor da conduta do sujeito ativo do crime, em especial quando há ligação afetiva com a vítima, uso de armas, violência e subjugamento; líderes de organização criminosas atuantes na traficância e que centralizam a maior parte das tarefas criminosas.¹¹⁵²

Passaremos a dispor, a seguir, do *standard* probatório necessário para a decretação de medida cautelar pessoal, consistente na prisão preventiva, a partir de informações obtidas no âmbito da colaboração premiada, partindo-se do inarredável pressuposto que, os elementos externos confirmatórios da delação devem deter uma aptidão probatória superior, o que diferencia o instituto se a figura do delator/delatado não estivesse envolvida.

que ela se matou um dia após uma discussão entre o casal dentro do prédio dele, no ABC Paulista.” (grifei) “Procurado pelo g1 para comentar o assunto, o delegado, atualmente com 35 anos, escreveu uma nota na qual lembra que a decisão da Justiça confirmou o que ele sempre havia dito: de que foi “vítima de uma tentativa de homicídio”. No texto, Paulo também critica, de maneira geral, a cobertura da imprensa no caso. Afirma que, segundo ele, ela o acusou de ser “feminicida”.” TOMAZ, Kleber. *Justiça arquiva caso envolvendo delegado influenciar ao concluir que namorada atirou nele e se matou após discussão no ABC*. In: GLOBO.COM, São Paulo, 12 de julho de 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/07/12/justica-conclui-que-namorada-atirou-em-delegado-e-se-matou-apos-discussao-em-predio-no-abc-fui-baleado-6-vezes-diz-policial.ghtml>>. Acesso em 12 jul. 2022.

¹¹⁵² A esse respeito, remetemos o leitor ao Anexo F.

No julgamento extraído do AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 126.746/PR, cotejamos dados que demonstram a densidade dos elementos probatórios e corroborativos quando a prisão preventiva do delatado tem origem nas declarações do delator. Nitidamente se vislumbra o que vimos afirmando, há uma latente necessidade em provar com maior robustez os elementos necessários para decretação preventiva do delatado. No caso em comento, a linha investigativa se debruça sobre toda a relação profissional e afetiva do delatado com os delatores, em um emaranhado de dados que se intercomunicam, como troca de mensagens telemáticas, repasses de valores, relação de subordinação hierárquica funcional, depoimentos e viagens ao exterior.¹¹⁵³

Porquanto falamos para recebimento da denúncia/queixa e decretação de medidas cautelares reais ou pessoais diversas da prisão a respeito de um *standard* probatório baixo, suscitamos para a decretação de medidas pessoais um *standard* probatório intermediário, o que enseja uma probabilidade elevada. Nesse aspecto, o *standard* probatório se mostra preenchido quando prevalece a hipótese mais verossímil e com maior peso probatório uma vez confrontada com a hipótese da parte adversa e com todos os elementos/prova até então já produzidos.

O que diferencia a decretação da prisão preventiva influenciada pelas declarações do delator, de qualquer outro contexto, reside no fato de que: à preponderância da hipótese mais verossímil e com maior peso probatório uma vez confrontada com a hipótese da parte adversa e com todos os elementos/prova até então já produzidos, somam-se os elementos externos confirmatórios das declarações do delator.

Forçoso reconhecer que, se para a decretação da prisão preventiva, nos moldes comuns, se requer elementos informativos puros “x” ($\text{Decret}_{\text{PP}} = x$); quando a origem forem as declarações do delator, necessariamente, para a decretação da prisão preventiva em face do delatado, requer um suporte mais apurado, no qual, aos elementos informativos puros “x” se acrescem elementos corroborativos “y” ($\text{Decret}_{\text{PP} [\text{delatado}]} = x + y$).¹¹⁵⁴⁻¹¹⁵⁵

Sugerimos como *standard* probatório para avaliação dos elementos externos confirmatórios que: 1º) haja preferência aos elementos externos, ora confirmatórios, que não tenham sido fornecidos pelo próprio delator. Não sendo possível o atingimento desse primeiro patamar, passa-se a um segundo: 2º) uma vez fornecidos pelo delator, avaliar: a) não foram

¹¹⁵³ Remetemos o leitor à análise do disposto no Anexo G.

¹¹⁵⁴ A utilização das expressões com conotação numérica, quantitativa ou valorativa não significa a adoção de critérios matemáticos do sistema bayesiano, trata-se de nos socorrer de equivalências tão somente para demonstrar a diferença entre as hipóteses apresentadas.

¹¹⁵⁵ Lembremos ao leitor que o símbolo “<” indica a expressão “menor que”.

confeccionados por ele mesmo. Atingido esse prisma, não subsiste razão para o descarte. No entanto, b) se foram confeccionados pelo próprio delator, exige-se: b.1) inferir se os elementos externos foram elaborados em momento anterior ao acordo de colaboração premiada e que fazem prova de fatos pretéritos, ou seja, sua confecção equivale exatamente à noção de tempo e espaço do registro dos fatos (contemporaneidade) e b.2) superar a credibilidade da hipótese contrária alegada e provada. Reputamos que, se tais requisitos forem ultrapassados, os elementos externos, ainda que unilaterais, merecem e devem ser sopesados.

Diante das premissas fixadas, para a decretação da prisão preventiva em face do delatado, a partir da corroboração das declarações do delator, defendemos a aplicação de um *standard* probatório acima daquele utilizado para decretação da prisão preventiva na qual tais figuras não estão envolvidas ($\text{Decret}_{\text{PP}} [\text{delatado}] = x + y$), e nos socorremos do direito comparado estadunidense, aplicando-se, para aqueles casos, o *standard clear and convincing evidence* (prova clara e convincente) somado ao *standard* que acima propusemos para aferição dos elementos externos (“y”).

Em suma e na linha do que vimos perfilhando, não convém exigir desses elementos externos que sejam dotados de tamanha suficiência a ponto de, isoladamente, constituírem prova a respeito do delatado. Justifica-se: fosse isso, esvaziar-se-ia, completamente, o valor da delação premiada enquanto meio de obtenção de prova, tornaria inócuo todo trabalho em torno da formulação de um acordo de colaboração e o instituto perderia sentido. Bastaria ao órgão acusatório para a formulação do pedido de decretação das medidas cautelares – pessoais ou reais - se socorrer dos elementos externos como meios exclusivos de prova, abandonando as declarações no âmbito da delação. Lembremo-nos sempre que a colaboração premiada como meio de obtenção de prova é instituto tolerado no direito pátrio a partir da extrema dificuldade na obtenção de material probatório para o deslinde de uma criminalidade moderna altamente complexa.

6.4 Prolação de sentença condenatória

O processo penal tem por escopo precípua a legitimação do poder punitivo por se tratar de instrumento apropriado para, mediante a verificação probatória, munir o juiz de elementos eficientes para se chegar ao conhecimento da verdade acerca da imputação penal. Desta forma, o ápice do processo penal ocorre com a prolação da sentença, já que o atingimento dessa etapa processual reflete o perfazimento de toda a marcha processual e o alcance de sua completude.

Toda complexidade, rigor e formalidades do processo penal extraem-se a partir da importância a respeito da garantia individual conferida à liberdade em qualquer seara. A nosso sentir, se estabelecêssemos níveis em termos de essencialidade, a liberdade do ser humano reside em segundo plano, já que à vida pertence ao topo.

Diante dessa perspectiva, o *standard* de prova exigido para prolação de uma sentença penal condenatória, apto à superação da presunção de inocência e autorizativo à imposição de qualquer modalidade restritiva de direitos *lato sensu*, revela-se de elevadíssima probabilidade, o mais alto grau de confirmação acerca da culpabilidade do acusado, a certeza a respeito da materialidade do crime, em todos os seus elementos, e da autoria delitiva.¹¹⁵⁶

Como aludimos no capítulo 2, a prova acima de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) é o *standard* probatório exigido para a sentença penal condenatória nos Estados Unidos da América.¹¹⁵⁷ Não nos dedicaríamos a suscitar o debate desse tema não fosse a sua importância e as relevantes questões que o circundam.

Grande crítico desse *standard*, Larry Laudan aponta que:

Um *standard* intrinsecamente subjetivo não nos oferece proteção alguma contra os riscos das decisões arbitrárias. Em um sistema com tais *standards*, provas que podem convencer a A da culpabilidade de X não vão persuadir B de que X é culpável. Obviamente, não podemos esperar nem uniformidade nem justiça se cada juiz utiliza seus próprios critérios. Em vez de utilizar *standard* de prova subjetivos, como a íntima convicção ou a ausência de uma dúvida razoável, proponho aqui vários *standards* objetivos e exigentes. São objetivos porque não dependem dos caprichos de um determinado juiz ter ou não uma convicção firme sobre a culpabilidade do acusado. São exigentes porque não queremos condenar alguém exceto que tenhamos prova muito sólida e robusta.¹¹⁵⁸

¹¹⁵⁶ “Construir con certeza la culpabilidad significa destruir sin lugar a dudas la situación básica de libertad de la persona imputada. Si no existe ese grado de certeza, no se puede arribar a la decisión de culpabilidad. Ése es el principio de *favor rei*, comúnmente mencionado como *in dubio pro reo*. Según él, la situación básica de libertad debe ser destruída mediante una certeza; caso contrario, permanece el *status* básico de libertad. Se debe entender, pues, que *no se trata de ningún beneficio* a favor del reo, o una prebenda legislada para “favorecer” sino, muy por el contrario, una limitación muy precisa a la actividad sancionatoria del Estado. Este principio rige, fundamentalmente, como principio rector de la construcción de la sentencia como un todo, pero también sirve para interpretar o valorar algún elemento de prueba en general. Se discute si rige también para la interpretación de Derecho, pero ése es otro problema que, en todo caso, no se vincula con el principio de inocencia. El principio *in dubio pro reo* aplicado a la valoración de la prueba o a la construcción de la sentencia es una de las consecuencias directas y más importantes del principio de inocencia.” BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Penal*. 2. ed. ac. y ampliada. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999. p. 127.

¹¹⁵⁷ “O significado exato desse critério é bastante incerto: por um lado, não é possível saber como esse é efetivamente aplicado pelos júris estadunidenses, que não motivam seus veredictos; por outro lado, a definição de <<dúvida razoável>> é tudo menos clara, e as tentativas de dar a essa uma quantificação não produziram qualquer resultado. (...) trata-se de um *standard* probatório cuja aplicação não é certamente simples, dando lugar a inúmeras incertezas. Todavia, é evidente o significado central que se exprime através desse *standard*: esse requer um grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade do imputado, que tende à certeza, visto que admite somente a presença de dúvidas <<irrazoáveis>>, numa evidente tentativa de reduzir ao mínimo o risco da condenação de um inocente.” TARUFFO, Michele. Op.cit., 2016. p. 253.

¹¹⁵⁸ No original: “Un estándar intrinsecamente subjetivo no nos ofrece protección alguna contra los riesgos de las decisiones arbitrarias. En un sistema con tales estándares, pruebas que pueden convencerle a A de la culpabilidad de X no van a persuadirle a B de que X es culpable. Obviamente, no podemos esperar ni uniformidad ni justicia si cada juez utiliza sus propios criterios. En vez de utilizar estándar de prueba

O grande autor sugere a substituição pelo modelo de raciocínio sob o preenchimento dos seguintes requisitos: “a) a hipótese de culpabilidade pode explicar a maioria dos fatos importantes do caso; e b) a hipótese de inocência não pode dar conta de nenhuma prova importante que seja inexplicável com a hipótese da culpabilidade”.¹¹⁵⁹⁻¹¹⁶⁰

Jordi Ferrer Beltrán nos disponibiliza três modelos de *standards* probatórios¹¹⁶¹, sendo o primeiro (“estándar de prueba 1”) o de maior exigência probatória, uma vez que “Satisfacer el estándar 1), que requiere lo primero, implica logicamente satisfacer el estándar 2) o el 3), pero la inversa no vale”¹¹⁶². Vejamos:

Estándar de prueba 1)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- a) La hipótesis deve ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas ao proceso.
- b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*.

Estándar de prueba 2)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- a) La hipótesis deve ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas ao proceso.
- b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, salvo que se trate de una mera hipótesis *ad hoc*.

subjetivos, como la convicción íntima o la ausência de uma dúvida razoável, proponho aqui vários estândares objetivos e exigentes. Ellos son objetivos porque no dependen de los caprichos de si o no certo juez tenga una convicción firme sobre la culpabilidad del acusado. Son exigentes porque no queremos condenar alguien excepto que tengamos prueba muy sólida y robusta.” LAUDAN, Larry. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es un estándar*. Op. cit., p. 95.

¹¹⁵⁹ LAUDAN, Larry. Is it finally time to put “proof beyond reasonable doubt” out to pasture? In: *The Routledge Companion to Philosophy of Law* Routledge, 21 de março de 2012. p. 321. Disponível em: <<http://www.routledgehandbooks.com/doi/10.4324/9780203124352.ch21>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

¹¹⁶⁰ Contrário a isso, González argumenta: “É fácil ver que essas propostas não conseguem superar a referência a fatores subjetivos (como a capacidade de imaginar histórias ou de pensar em hipóteses plausíveis em favor da inocência), que não avançam muito na redução da imprecisão intencional (referem-se a noções vagas como “sendo crível”, “plausível”, “difícil de explicar”, sem indicar quando deve ser crível, plausível etc.) e não resolvem o problema da imprecisão gradual (os conceitos a que se referem: credibilidade, plausibilidade etc. são conceitos claramente graduais). LAGIER, Daniel González. *Quaestio Facti* - ensaios sobre prova, causalidade e ação. Luis Felipe Kircher (trad.). Salvador: Juspodium, 2022. p. 165, nota 13 do rodapé.

¹¹⁶¹ Para o referido autor, são três os requisitos para a formulação de um *standard* de prova “para que possa funcionar como critério racional de decisão sobre a prova (...) em primeiro lugar, evitar vincular a prova às crenças, convicções ou dúvidas do sujeito que decide sobre os fatos. (...) Em segundo lugar, a formulação do *standard* deve ser suficientemente precisa para tornar possível o controle intersubjetivo de sua aplicação. (...) Um terceiro requisito pode ser acrescentado como expressão de determinadas preferências políticas compartilhadas em nossas sociedades: o *standard* deve incorporar a preferência pelos erros negativos em relação aos positivos, dando azo aos valores sociais garantistas”. BELTRAN, Jordi Ferrer. *Valoração racional da prova*. Vitor de Paula Ramos (trad.). Salvador: Juspodium, 2021. p. 209.

¹¹⁶² BELTRAN, Jordi Ferrer. *Prueba sin convicción*. Op. cit. p. 214/215.

Estándar de prueba 3)

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

- a) La hipótesis deve ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.
- b) Debe haberse refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación.¹¹⁶³⁻¹¹⁶⁴

Para Gustavo Badaró, o *standard* de prova no processo penal para que haja uma condenação deve ser:

- a) há elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação; e, b) não há elementos de prova que tornem viável ter ocorrido o fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação.¹¹⁶⁵

“Não basta que as provas disponíveis proporcionem um alto grau de apoio à hipótese acusatória; é necessário, além disso, que permitam excluir hipóteses alternativas”, conforme argumenta Marina Gascón Abellán¹¹⁶⁶.

Na dicção de Perfecto Andrés Ibáñez:

Para que a hipótese acusatória possa considerar-se válida, precisa-se de uma pluralidade de confirmações. A fecundidade de uma hipótese requer que ela seja confirmada por mais de um fato (o único fato de Fulano ter estado no lugar do crime não lhe imputa, sozinho, a autoria do crime). É preciso assim mesmo que a hipótese seja resistente às contraprovas apresentadas pela defesa.¹¹⁶⁷

Anuimos em certa medida com as críticas ao *standard* probatório estadunidense *proof beyond a reasonable doubt* em razão da sua dificuldade conceitual, regada à vagueza e imprecisão, alta dosagem de subjetividade e intimismo. Mas convenhamos, o soerguimento

¹¹⁶³ Ibidem, p. 210.

¹¹⁶⁴ A propósito: “(...) as propostas de *standards* de prova formulados por FERRER BELTRÁN padecem desses problemas. (...) É fácil perceber que a estratégia utilizada por FERRER BELTRÁN consiste em formular o *standard* com base em determinados critérios de valoração da prova. (...) O umbral de confirmação que um *standard* desse tipo pretende estabelecer pode sempre ser alcançado também por uma hipótese que não o satisfaça. Logo, isso não nos garante que estamos minimizando o risco de erro na declaração da culpabilidade em uma medida maior do que aquela em que esse poderia ser minimizado por outro *standard*, baseado em outro subconjunto dos critérios de avaliação. (...) Assim, qualquer *standard* desse tipo estará estabelecendo condições arbitrárias, sem que possamos garantir que essas condições tornem a prova mais ou menos difícil. Pelo contrário, se a elaboração do *standard* busca incluir todos os critérios de valoração, ou levará a formulações vagas (escolher a hipótese que seja a melhor explicação ou a mais crível, por exemplo) ou impedirá a distinção entre valoração e da prova e *standard* de prova.” E acresce: “ (...) a refutação, é, igualmente, um processo de comparação entre várias hipóteses, sendo, da mesma forma, gradual e, novamente, requerendo um *standard* de prova. Além disso, se refutar as hipóteses compatíveis com a inocência significa demonstrar que outra hipótese (a da culpa) é mais plausível, então, poder-se-ia pensar que a refutação das hipóteses de inocência nada mais seria do que o outro lado da moeda da confirmação da hipótese condenatória, e não um critério diferente. LAGIER, Daniel González. Op. cit., p. 167/169 e 171.

¹¹⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. Op. cit., p. 259.

¹¹⁶⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Op. cit., p. 156.

¹¹⁶⁷ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Op. cit., p. 97.

desse *standard* visava fornecer critério mínimo de orientação para os jurados – pessoas leigas – que decidem por íntima convicção e que não detém o dever da motivação.

Realisticamente e isoladamente, as expressões que o constituem, de fato, caem em um vácuo conceitual. No entanto, fosse o Direito uma ciência exata, não precisaríamos de intérpretes, estudiosos e aplicadores do Direito, eis que, em tese, bastaria para legitimar uma sentença condenatória duas provas de condenação contra uma para absolvição. O absurdo dessa expressão somente pode ser esclarecido pela ciência jurídica e sua teorização.

Tudo ou um quase-tudo juridicamente depende de interpretações e construções bem erguidas.

Mas se atentem que o Direito como Ciência Humana é resultado de interpretações e aperfeiçoamentos. Os conceitos vagos existem e, admitamos, seguem irreversíveis. Houvesse uma igualdade de situações fáticas na decretação da prisão preventiva, a Suprema Corte não precisaria argumentar a respeito da necessidade da análise da gravidade do caso concreto. Sempre e insisto, sempre, o caso concreto penal é o norteador do aplicador do Direito, seu maior aliado.

A despeito das críticas deduzidas em face do *standard proof beyond a reasonable doubt* reputamos sua salutar existência no direito comparado principalmente porque tem como destinatário o corpo de jurados muitas vezes sem qualquer formação técnica, quiçá jurídica. Convenhamos que o mergulho nessa experiência de ser o responsável na condenação de outro semelhante, sem qualquer respaldo, norteador ou parâmetro, é minimamente aterrorizante. Essa a razão do *standard* naquele universo.¹¹⁶⁸

Admitimos, também, que a construção original do *standard proof beyond a reasonable doubt* revela uma relação muito subjetiva ao estabelecer que a prova se destina ao convencimento pessoal do julgador a respeito dos fatos.

Convenhamos que muito se propõe para superação do *standard proof beyond a reasonable doubt*, mas nem lei ou a jurisprudência pátria, até hoje, apresentaram ou adotaram outra ferramenta mais adequada. Logo, não retiramos a importância de sua utilização quando transplantada para o direito pátrio.

¹¹⁶⁸ “(...) cumpre relatar como a Suprema Corte norte-americana aborda o tema. De acordo com a Corte, o *standard* probatório consiste em conceito inserido na cláusula do devido processo legal e que, no direito probatório, serve para instruir o julgador acerca do grau de confiança que a sociedade acredita que ele deve ter na correção das conclusões fáticas para cada tipo de julgamento. Além disso, também tem por função a alocação do risco de erro entre os litigantes e para indicar o grau de importância das decisões, de forma a pressionar o julgador acerca da relevância dos interesses envolvidos.” In re Winship, 397 U.S. 358 (1970); Addington v. Texas, 441 U.S. (1979) apud PEIXOTO, Ravi. Op.cit., p. 161.

Em primeiro plano, os destinatários do *standard* probatório são absolutamente distintos. Veja-se que a forma de ingresso na carreira por concurso público, por si só, já denota um critério rígido para a constituição de uma magistratura imparcial, salvaguardada, em certa medida, de represálias políticas e sociais. Por sua vez, a utilização do instituto tem sido efetivada por juízes togados, com ampla formação técnica, o que nos permite afirmar que a magistratura brasileira, logo, os aplicadores do direito e destinatários do *standard proof beyond a reasonable doubt*, é constituída por uma categoria com formação técnica diferenciada se comparada ao direito alienígena. A maior parte dos magistrados no direito pátrio é submetida a provas altamente exigentes, seja em termos teóricos e práticos, incluindo uma complexa investigação social. Somado a esses fatores residem as garantias inerentes ao exercício do cargo que proporcionam ao magistrado uma blindagem no exercício do seu ofício.

Em segundo, o modelo processual penal desenvolvido no país impede um julgamento regado por preciosismos pessoais e desmedidos. Cada caso concreto recebe apreciação e dedicação exclusiva. Não se julgam pessoas por casos paradigmas, mas pela individualização do processo e da pena. A produção das provas obedece a critérios técnicos e guarda a finalidade precípua da busca da verdade enquanto correspondência, distanciando-se do *adversarial system*. O dever imperioso da motivação¹¹⁶⁹ das decisões judiciais torna a utilização do *standard* mais controlável, eis que todo método inferencial utilizado pelo juiz quando da análise do caso concreto deve ser declarado, sob pena de afronta a uma garantia constitucional inerente ao Devido Processo Legal. Os recursos impedem a manutenção de um julgamento injusto e mesmo algumas ações constitucionais evitam absurdos de sentenças teratológicas.

Em terceiro, não podemos lançar mão de garantias, aqui reside a máxima do “quanto mais, melhor”, como reforço à presunção de inocência e direitos humanos.¹¹⁷⁰ Reputamos

¹¹⁶⁹ “O instrumento jurídico com a finalidade de garantir que o poder atue racionalmente e dentro dos limites é a *motivação* (...) constitui, portanto, uma exigência do Estado de Direito como modelo de Estado inimigo da arbitrariedade do poder. (...) o próprio fundamento da legitimidade dos juízes. (...) A motivação assume, então, uma dimensão político-jurídica garantista, de tutela dos direitos. De resto, não cabem dúvidas de que a importância da motivação é reforçada em um Estado que queira ser democrático, pois a democracia baseia-se na participação do povo nas decisões coletivas (...) a sentença também é um ato público, coletivo, (...) portanto (...) também externamente controlado. Esse controle externo do poder do juiz é realizado plenamente quando sua atuação é pública e não oculta; por isso, a motivação, como expressão das razões do juiz, facilita ou permite esse controle.” ABELLÁN, Marina Gascón. *Os fatos no direito*. Op. cit., p. 301/303.

¹¹⁷⁰ “Se as lutas pelos direitos são o veículo necessário mediante o qual se afirmam necessidades vitais insatisfeitas, é essencialmente graças a elas que se produzem as mudanças progressivas na esfera do direito positivo: do reconhecimento constitucional de novos direitos fundamentais à elaboração de novas garantias legais para os direitos já reconhecidos, das evoluções da jurisprudência às solicitações de responsabilidade política pela violação dos direitos já garantidos.” FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 756.

precipitado o abandono de institutos já consolidados e incorporados quando produtores de resultados salutareos.

A exemplo disso, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, adotado pelo Brasil a partir do Decreto nº 4.388/2002 no artigo 66, estabelece que “3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado além de qualquer dúvida razoável”.¹¹⁷¹ O artigo 533 do Código de Processo Penal da Itália dispôs que “o juiz pronunciará sentença condenatória se o imputado resultar culpado do crime imputado além de qualquer dúvida razoável”.¹¹⁷² Por sua vez, o artigo 340 do Código de Processo Penal do Chile consagra que “Ninguém poderá ser condenado, salvo quando o tribunal, em seu julgamento, adquirir, além da dúvida razoável, a convicção de que realmente se cometeu o fato punível objeto da acusação e que nele tenha colaborado o imputado com uma participação culpável e apenada por lei”.¹¹⁷³ A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2015, ressaltou que “o princípio da presunção de inocência requer que ninguém seja condenado, salvo se houver prova plena ou além de toda dúvida razoável de sua culpabilidade.”¹¹⁷⁴

(...) nem todos os *standards* que temos são completamente inúteis ou contraproducentes. Alguns deles são, pelo menos, minimamente informativos. Nessa linha, qualquer pessoa entende que o critério de confirmação “além de qualquer dúvida razoável” é mais exigente do que o da “preponderância da prova” ou do que o da “prova clara e convincente.”¹¹⁷⁵

Observa-se que quando uma sentença é proferida ancorada em um *standard* de prova como o *proof beyond a reasonable doubt*, desperta-se uma sensação inegável de justiça, credibilidade e, acima de tudo, tranquilidade. É dizer, supera-se a inocência nata e se condena porque não existe qualquer dúvida residual.

¹¹⁷¹ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 25 ago. 2022.

¹¹⁷² No original: “1. Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza.” ITALIA. Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447. *Codice di procedura penale*. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/09/03/giudizio-sentenza>>. Acesso em 25 ago. 2022.

¹¹⁷³ No original: “Artículo 340.- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.” CHILE. *Ley 19.696 de 12 de octubre de 2000*. Disponível em: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>>. Acesso em 25 ago. 2022.

¹¹⁷⁴ No original: “el principio de presunción de inocencia requiere que nadie sea condenado salvo la existencia de prueba plena o más allá de toda duda razonable de su culpabilidad”. COSTA RICA. *Caso Ruano Torres y Otros vs. El Salvador*. Sentencia de 5 de octubre de 2015. p. 37. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf>. Acesso em 25 ago. 2022.

¹¹⁷⁵ LAGIER, Daniel González. Op.cit., p. 173.

E, em derradeiro, assumimos uma postura da utilização do *standard proof beyond a reasonable doubt* não como uma orientação subjetiva – o fato reputa-se provado porque o juiz/jurados assim restaram convencidos - mas sob sua perspectiva exclusivamente objetiva, na medida em que, uma prova acima de qualquer dúvida razoável não representa os “achismos” de ninguém, mas a conclusão segura e genuína que emerge das provas acerca da culpabilidade. Na verdade, a premissa de que as provas se prestam ao convencimento do julgador exige uma reformulação, de modo que se implemente a concepção de que a prova se presta a comprovar os fatos e corolário disso, justificar a decisão.¹¹⁷⁶

Apesar das duras críticas – não totalmente desarrazoadas, porque por anos e anos a dúvida acima do razoável teve um viés atrelado à (certeza) moral¹¹⁷⁷ – temos que extrair de um instituto internacionalmente consagrado aquilo que de mais adequado possa fornecer e não simplesmente desqualificá-lo. Como já pontuou Zaffaroni, “o uso da ferramenta não deve se confundir com a sua natureza: amassar o dedo com um martelo não prova, de modo algum, a inutilidade do martelo.”¹¹⁷⁸

A questão crucial que circunda a importação de institutos estrangeiros diz respeito a sua adaptabilidade. Observamos um crescente movimento na incorporação ao ordenamento jurídico pátrio de institutos advindos do direito alienígena embora não encontremos qualquer correspondência entre os sistemas jurídicos. E no que tange ao sistema processual essas diferenças são latentes: o país da *civil law* e do *inquisitorial system* importando institutos da *common law* e do *adversarial system*.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁶ “(...) é oportuno recordar que o princípio do livre convencimento do juiz, que hoje em dia tem aplicação largamente predominante nos ordenamentos processuais modernos, não implica, de fato, que o juiz esteja desvinculado de critérios de racionalidade que devem governar seu raciocínio: tal princípio admite que o juiz valore as provas fazendo uso de amplo poder discricionário, mas isso não significa que ele possa confiar em uma intuição subjetiva – que seria substancialmente arbitrária – ao estabelecer se uma hipótese relativa a um fato foi ou não confirmada pelas provas disponíveis. (...) Em realidade, como já se disse a propósito do conceito de warrant, o grau de confirmação de um enunciado deriva de inferências lógicas que levam em conta a quantidade e a qualidade das provas disponíveis que se referem àquele enunciado, seu grau de confiabilidade e sua coerência.” TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. Op. cit., p. 251-252.

¹¹⁷⁷ Segundo Laudan, “eles apelidaram esse tipo de certeza de ‘moral’ não porque tivesse algo a ver com a ética ou moralidade, mas para contrastá-la com a certeza ‘matemática’ do tipo tradicionalmente associado a demonstrações rigorosas.” No original: “They dubbed this sort of certainty ‘moral’ not because it had anything to do with ethics or morality but to contrast it with ‘mathematical’ certainty of the sort traditionally associated with rigorous demonstration.” LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 33

¹¹⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI*. Trad. Ílison Dias dos Santos e Jhonatas Péricles Oliveira. Salvador: EDUFBA, 2020. p. 69.

¹¹⁷⁹ “Quem quer que se disponha a comparar com atenção as notas essenciais do sistema processual brasileiro e do norte-americano, verificará com facilidade que se distanciam em aspectos capitais. O núcleo característico de um sistema processual reside fundamentalmente na relação entre os papéis atribuídos ao juiz e às partes, em si mesmas ou enquanto representadas por seus advogados. Cada sistema, em função das premissas ideológicas em que assente e dos fins primordiais que pretenda atingir, opta por um modo de equilibrar os movimentos dessas peças; e o tipo de equilíbrio adotado define o sistema. Simplificando um pouco as coisas, por amor à

Enquanto não se perfaz uma inserção legislativa do *standard proof beyond a reasonable doubt* (além da dúvida razoável) prevendo limites e esmiuçando conteúdo, cabe aos estudiosos e aplicadores do Direito brasileiro seu aperfeiçoamento.¹¹⁸⁰

Reflita-se que, mesmo os renomados autores e críticos do *standard proof beyond a reasonable doubt* apresentam alternativas que, para nós, não resolvem completamente o problema. Se a perspectiva crítica recai, essencialmente, sobre a definição dos termos que o compõe, reputamos que as expressões “importante” (Larry Laudan); “coerente” e “plausíveis” (Jordi Ferrer); “elevadíssima” e “viável” (Gustavo Badaró), gozam do mesmo subjetivismo e da necessidade em comum de esclarecimento técnico acerca do conteúdo, até mesmo porque, “importante”, “coerente”, “plausível”, “elevadíssima” e “viável” só assim o são a depender da visão pessoal daquele que argumenta ser.

Construamos, portanto, uma perspectiva mais acurada a respeito do *standard proof beyond a reasonable doubt* (além de qualquer dúvida razoável) e fixemos uma orientação mais clara para sua aplicabilidade, traduzindo-se na preponderância da culpabilidade do réu baseada, não naquilo que um ou outro pensa, mas exclusivamente nas provas que exalam dos autos, justamente em consonância à dogmática acerca da valoração racional da prova.¹¹⁸¹⁻¹¹⁸²

comodidade da exposição, julgo possível identificar uma dupla divergência entre o sistema brasileiro e o norte-americano. Em termos esquemáticos, passam-se as coisas como se duas pessoas caminhassem ao longo da mesma rua, em sentidos opostos, uma de cada lado, embora troquem de calçada, de um trecho para outro do itinerário. O distanciamento jamais é completo: ambos os transeuntes, afinal de contas, atravessam as mesmas zonas da cidade, e muito do panorama lhes é comum. Há, entretanto, uma diferença de enfoque, bastante para distinguir os dois trajetos.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo civil brasileiro entre dois mundos*. In: Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, 2001. p. 17-18. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_11.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2022.

¹¹⁸⁰ “(...) um *standard* de prova satisfatório precisa determinar se o “grau de confirmação” de uma hipótese é suficiente para aceita-la, e, além disso, (1) deve fazê-lo sem apelar a estados mentais (e sim critérios objetivos); (2) deve ser intencionalmente preciso, e (3) deve enfrentar o problema de o “grau de confirmação” ser um conceito gradual (e não quantificável), pois, sem resolver essas questões, o *standard* não poderá servir como “umbral” ou critério de suficiência.” LAGIER, Daniel González. Op.cit., p. 163. No entanto, o referido autor argumenta: “Acredito que seja possível interpretar os *standards* sem depender de estados mentais subjetivos, mas sou muito mais cético em relação a que suas duas formas de vagueza possam ser reduzidas de maneira satisfatória, a fim de que se permita restringir a discricionariedade do juiz. (...) embora seja possível eliminar as referências diretamente subjetivas dos *standards* que buscam indicar o grau de exigência probatória, não é possível os formular de uma maneira tão precisa que permita superar a sua vagueza intencional e a sua vagueza gradual. O caminho para a configuração de um *standard* de prova preciso parece bloqueado.” Ibidem, p.163/164.

¹¹⁸¹ “O equívoco na posição que defende o *standard* probatório sob a fórmula da prova – no sentido de resultado probatório positivo – “além da dúvida razoável”, está na concepção da finalidade da prova: de que ela se destina a gerar uma crença no julgador. Todavia, partindo de uma premissa diversa, de uma concepção racionalista, de que a decisão deve se fundar num método de corroboração de hipóteses fáticas, com base na prova produzida, e não na crença do julgador, o que importa é se a proposição fática está suficientemente corroborada – e não falsificada por hipóteses contrárias ou diversas – para ser tida por provada. (...) Assim, o problema principal não é quanto o juiz está convencido, ou quanto de dúvida – razoável, séria, fundada, permanente – resta em seu espírito. O que o *standard* de prova deve definir é quanto de suporte ou aval a prova confere à proposição fática, para lhe dar corroboração.” BADARO, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. Op. cit., p. 253-254.

Nessa proposta, compreende-se um “modelo segundo o qual os procedimentos de determinação dos fatos se dirigem à formulação de enunciados fáticos que serão verdadeiros se os fatos que descrevem tenham ocorrido ou falsos em caso contrário.”¹¹⁸³ (tradução livre) “Procedimentos de determinação” inerentes à instrução probatória, capazes de revelar que um fato (“p”) está provado quando “houver elementos de prova suficientes a favor de p”¹¹⁸⁴. (tradução livre)

O que buscamos nesse ponto é a tentativa de minimizar – suavizar - a subjetividade sem extrair do juiz, pessoa legitimada pelo Estado a declarar o Direito, sua autonomia e raciocínio. Contrário disso, admitiríamos que computadores julgassem o processo e fossem capazes de condenar ou absolver o indivíduo.

O futuro melhor dirá. Lidamos com o hoje e com aquilo que de melhor dispomos para aperfeiçoamento do Direito e da prestação jurisdicional. Ainda que a inteligência artificial¹¹⁸⁵ venha a substituir o papel do juiz penal enquanto maior analista do caso concreto, certamente, as palavras-chaves e algoritmos programados para enquadrar o caso concreto ao modelo paradigma, terão sido organizados por um ser humano dotado de sensibilidade.

A adoção de um *standard* probatório, como um critério racional de decisão e instrumento de controle, se presta à orientação, uma verdadeira bússola, norteadora do raciocínio do julgador. Desse modo, uma vez bem empregado, o *standard* atesta que o convencimento do julgador se deu a partir dos elementos de prova e de um processo racional de valoração. Uma ferramenta a serviço de justificar o convencimento.

Dessa forma, o *standard* probatório *proof beyond a reasonable doubt* (prova além da dúvida razoável) precisa ser compreendido como a prova que afirme, reafirme, assegure e reassure a culpabilidade do réu e que supere a existência de uma dúvida latente e consistente a respeito da incriminação do agente sob julgamento.

Entretanto, a dúvida razoável diferencia-se da dúvida comum, esta compreendida como aquela inerente ao próprio processo cognitivo e que permeia toda e qualquer mente, já

¹¹⁸² Afirma-se que a concepção racionalista da prova detém algumas características basilares: “a) a utilização do método de corroboração e refutação de hipóteses como forma de valoração da prova; b) a defesa de uma versão fraca ou limitada do princípio da imediação; c) uma forte exigência da motivação da decisão sobre os fatos (não aplicável ao jurado por regra geral); e d) a defesa de um sistema de recursos que ofereça um campo amplo para o controle da decisão e de sua revisão em instâncias superiores.” OJEDA, Raúl Nuñez. Argumentação em matéria de fatos e seu controle no processo penal. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. *Fundamentos de direito probatório em matéria penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 131-132.

¹¹⁸³ ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 49.

¹¹⁸⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 35.

¹¹⁸⁵ Para uma melhor compreensão do tema, recomendamos a leitura em FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligência artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

que, na perspectiva que vimos apresentando, a certeza absoluta é intangível e a dúvida é elemento inerente à condição humana. A dúvida razoável, essa sim, compreendida como uma hipótese alternativa àquela suscitada pela acusação que, se não superada pelas provas produzidas, enseja um desfecho absolutório.¹¹⁸⁶

Depreende-se que o *standard* probatório autorizativo à condenação penal significa provar a responsabilidade penal do agente do fato além da dúvida razoável de modo que essas provas produzidas confirmem a culpabilidade do réu tal qual formalizada na imputação pela acusação e excluam a hipótese contrária e absolutória se comprovada.

A exigibilidade de alguns doutrinadores quanto à imprescindibilidade da comprovação de todas as hipóteses fáticas para que se autorize a condenação revela-se desproporcional.¹¹⁸⁷ Na verdade, muitas vezes, o cenário que se apresenta no processo criminal é formado por um mosaico de hipóteses e nesse mosaico algumas hipóteses vão se confirmar e outras não. Algumas hipóteses serão confirmadas pela prova e o fato de outras hipóteses não terem sido confirmadas não significa que o juiz não possa se valer daquelas que se confirmaram para condenar. Dito de outra forma, diante de um contexto no qual algumas situações relatadas na denúncia não se confirmam com as provas, não implica em uma automática absolvição.

Na linha do que vimos compartilhando e o praticado pela jurisprudência pátria, colacionamos alguns julgados que reforçam os argumentos até aqui dispendidos acerca do altíssimo grau de confirmação exigido para a condenação penal e a utilização da fórmula “além de qualquer dúvida razoável” como adaptação ao *standard* probatório estadunidense *proof beyond a reasonable doubt*.¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁶ “Dúvida razoável é aquela que, após o exame e a consideração de todas as provas, fica no espírito do juiz, o que se vê sem poder afirmar que tem a convicção fundada de que a acusação é verdadeira. Nesse caso o acusado goza do benefício da dúvida.” TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. v. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 178.

¹¹⁸⁷ “Para ser aceita como verdadeira, a hipótese acusatória não só deve ser confirmada por várias provas e não ser desmentida por qualquer contraprova, senão que também deve prevalecer sobre todas as possíveis hipóteses em conflito com ela (...)” FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., p. 122.

¹¹⁸⁸ “Como destacaram de maneira convincente A. Steins (2005: 133-134) e Laudan (2006: 68), entre outros, a determinação do *standard* de prova é um mecanismo que permite distribuir erros judiciais na declaração de fatos provados. Um falso positivo é uma decisão em que se declara provada uma hipótese, mas essa é falsa. Um falso negativo, de seu turno, é uma decisão em que se declara não provada a hipótese, mas essa é verdadeira. As duas decisões podem estar fundamentadas corretamente nos elementos de juízo disponíveis (ser válidas epistemologicamente), mas falharem no objetivo da apuração da verdade. Se o *standard* for do tipo “preponderância da prova” (que os pascalinos situariam na superação de 0,5), os falsos positivos e negativos restariam distribuídos igualmente entre as partes. Por outro lado, na medida em que tornamos o *standard* de prova mais exigente, aumentam os falsos negativos e diminuem os falsos positivos. Essa é, precisamente, a razão para estabelecer um *standard* de prova penal muito mais alto para a decisão final sobre os fatos provados do que o *standard* civil: é socialmente preferível uma absolvição falsa do que uma condenação falsa.” BELTRAN, Jordi Ferrer. *Valoração racional da prova*. Op. cit., p. 204-205.

O caso intitulado “Mensalão”, formalizado na Ação Penal 470, foi um dos pioneiros – e mais completo - a se socorrer desse *standard*. Infere-se da análise do respectivo voto, diversos trechos a ele alusivos, sendo certo que essa referência, para nós, traduz exatamente o que ora declinamos quanto à utilização do *standard* “além de qualquer dúvida razoável”: assegurar que a sentença condenatória esteja legitimada pelo convencimento oriundo exclusivamente da prova.¹¹⁸⁹

Trasladando-se ao contexto da colaboração premiada, objeto da temática tratada neste trabalho, o *standard* probatório “além de qualquer dúvida razoável” também não deixa de ser aplicado.

A Ação Originária 2.093/RN¹¹⁹⁰ reúne a argumentação completa a qual estamos propondo.

Afere-se da leitura atenta do voto paradigma a imprescindibilidade de elementos externos de prova que sejam capazes de fornecer subsídios corroborativos para as declarações dos delatores. Depreende-se que, mesmo no caso, o qual a delação foi desprezada, várias outras provas como busca e apreensão, perícia, quebra do sigilo bancário, interceptações telefônicas, documentos e depoimentos de testemunhas foram utilizadas como fundamentos, dando-se a ênfase tão somente aos elementos externos não produzidos pelo delator. Finalmente, o *standard* prova além da dúvida razoável foi amplamente utilizada na sua vertente objetiva, a qual reputamos correta, atrelando-se prova e verdade como elementos indissociáveis.

Em caso paradigmático, a exigibilidade de elementos externos não unilaterais é medida que vem sendo adotada massivamente.

8. Os termos de colaboração, na hipótese dos autos, não encontram respaldo em elementos externos de corroboração, o que contraria entendimento que vem sendo adotado por este Supremo Tribunal. Precedentes. 9. A jurisprudência da Corte é categórica em excluir do conceito de elemento externo de corroboração documentos elaborados unilateralmente pelo próprio colaborador. Precedentes. 10. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando à aquisição de coisas materiais, traços ou declarações dotados de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado,

¹¹⁸⁹ “O convencimento que, proveniente da prova, se mostra racionalmente seguro, para além da dúvida razoável, ostenta toda a certeza necessária à legitimação da sentença de condenação.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal nº 470, relator Min. Joaquim Barbosa, j. 17/12/2012. p. 22/04/2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>>. Acesso em 19 jul. 2022. Remetemos o leitor ao Anexo H o qual permite uma visão global da análise do julgamento, sua densidade e a utilização massiva do *standard* “além de qualquer dúvida razoável”.

¹¹⁹⁰ Orientamos a leitura do Anexo I.

sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo condenatório.¹¹⁹¹

Por sua vez, o acervo probatório necessário para corroborar as declarações do delator revela-se demasiadamente robusto, o que comprova a linha que vimos perfilhando a respeito do grau superior de prova necessário para condenação do delatado com base em declarações do delator. No caso paradigma, a exemplo, as provas foram extraídas do Relatório de Análise da Polícia Judiciária que permitiu o cruzamento dos inúmeros registros telefônicos; da quebra de sigilo telefônico dos réus; da reconstituição da cena do crime por um dos colaboradores e da prova documental, testemunhal e depoimentos prestados.

Mencione-se que, assim como no caso ora suscitado, a utilização de prova documental produzida unilateralmente por um dos colaboradores (agenda pessoal) somente foi autorizada porque não foi concedida voluntariamente pelo colaborador, mas resultado de diligência (busca e apreensão) absolutamente independente realizada pela autoridade investigadora.¹¹⁹²⁻

1193

Forçoso reconhecer que, se para a prolação de sentença condenatória, nos moldes comuns, se requer elementos informativos puros “x” ($Prol_{SC} = x$); quando a origem forem as declarações do delator, necessariamente a prolação de sentença condenatória em face do delatado requer um suporte mais apurado, no qual, aos elementos informativos puros “x” se acrescem de elementos corroborativos “y” ($Prol_{SC [delatado]} = x + y$).¹¹⁹⁴

No entanto, não assentimos com a total exclusão dos elementos externos porque produzidos unilateralmente, razão pela qual sugerimos, como *standard* probatório para sua valoração que: 1º) haja preferência aos elementos externos, ora confirmatórios, que não tenham sido fornecidos pelo próprio delator. Não sendo possível o atingimento desse primeiro patamar, passa-se a um segundo: 2º) uma vez fornecidos pelo delator, avaliar: a) não foram confeccionados por ele mesmo. Atingido esse prisma, não subsiste razão para o descarte dos elementos externos. No entanto, b) se foram confeccionados pelo próprio delator, exige-se, conjuntamente: b.1) inferir se os elementos externos foram produzidos em momento anterior ao acordo de colaboração premiada e que fazem prova de fatos pretéritos, ou seja, remontam

¹¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 1.003/DF, relator Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, j. 16/08/2018, DJe 06/12/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748804145>>. Acesso em 31 ago. 2022.

¹¹⁹² Remetemos o leitor ao Anexo J para melhor aprofundamento da questão.

¹¹⁹³ A questão também foi suscitada na Ação Penal 996/DF, da relatoria do Ministro Edson Fachin, o que pode ser aprofundada na leitura do Anexo K.

¹¹⁹⁴ A utilização das expressões com conotação numérica, quantitativa ou valorativa não significa a adoção de critérios matemáticos do sistema bayesiano, trata-se de nos socorrer de equivalências tão somente para demonstrar a diferença entre as hipóteses apresentadas.

exatamente à noção de tempo e espaço do registro dos fatos (contemporaneidade); b.2) superar a credibilidade da hipótese contrária alegada e provada e b.3) que todos os elementos externos sejam submetidos ao crivo do contraditório para que possam ser refutados e contraprovados. Reputamos que, se tais requisitos forem ultrapassados, o sopesamento dos elementos externos, ainda que unilaterais, resta autorizado.

Nesse momento processual, qual seja, o da formação da prova basilar à corroboração das declarações do delator autorizativa à condenação do delatado, reveste-se de maior importância os pilares do Princípio do Contraditório como comentamos no capítulo 4.

As premissas do contraditório são essenciais não apenas para a formação da decisão judicial, mas imbrinca-se diretamente à dialética da comunicação, isso porque o diálogo enaltece e enriquece a atividade judicante, não apenas porque a legitima, afinal, todas as partes envolvidas contribuíram para os esclarecimentos necessários ao fortalecimento do conhecimento da verdade a respeito da hipótese proposta, mas também porque, em um Estado Democrático de Direito dar voz aos interesses contrapostos garante uma prestação jurisdicional limpa e imparcial.

Assim, para a prolação de sentença condenatória em face do delatado, a partir da corroboração das declarações do delator, defendemos a aplicação de um *standard* probatório muito acima daqueles utilizados para o recebimento da denúncia/queixa e a decretação de medidas cautelares pessoais diversas da prisão ou reais, e ainda, superior ao requerido para a segregação cautelar, na qual as figuras delator e delatado não estão envolvidas ($\text{Pro}_{\text{SC}}[\text{delatado}] = x + y$), e nos socorremos do direito comparado estadunidense, aplicando-se, para aqueles casos, o *standard proof beyond a reasonable doubt* (além de qualquer dúvida razoável) somado ao *standard* que acima propusemos para aferição dos elementos externos (“y”).

CONCLUSÃO

A prova se estabelece no ordenamento jurídico como instrumento processual adequado à reconstrução história para o conhecimento da verdade tal qual concebida realisticamente no mundo dos fatos. Compreendida no contexto da garantia do Devido Processo Legal, contribui para o alcance de uma prestação jurisdicional efetiva e na compreensão de uma decisão justa porquanto atesta o escoreito juízo a respeito dos acontecimentos.

O objeto da prova delimita-se no perímetro soerguido entre as imputações da acusação e as alegações da defesa, sendo esse o universo no qual o poder instrutório do juiz remanesce

autorizado a transitar. A transposição dessa barreira supera a imparcialidade necessária para coibir arbitrariedades e a inversão de valores do Estado Democrático de Direito.

A tendência crescente de espaços de negociação no processo penal brasileiro para formalização de uma justiça mais célere e efetiva concilia-se à manutenção de uma adequada instrução probatória, sem supressão das garantias que lhe são inerentes, o que torna imprescindível a elaboração de mecanismos que atestem a perfeita valoração probatória.

O processo mental cognitivo e inferencial realizado pelo julgador em sua ampla atuação inevitavelmente sofre influências do contexto social e experiências vividas enquanto ser humano dotado de intelecto e sensibilidade. A valoração da prova corresponde a um desses terrenos da inteligência difíceis de adentrar. Sob essa perspectiva, a obrigatoriedade da fundamentação se apresenta no sistema jurídico como ferramenta à disposição da transparência e útil ao controle da decisão, sob a perspectiva de que, a partir da exposição dos motivos inaugura-se o conhecimento e o interesse da irrisignação recursal.

No entanto, além de se tratar de um mecanismo de controle concomitante à decisão, a fundamentação não elimina o caráter subjetivista atribuído pelo juiz na análise das provas e dos fatos.

Nessa perspectiva, os *standards* probatórios exurgem como critérios objetivos que podem revelar, minimamente, o método pelo qual o julgador se utilizou para alcançar determinada conclusão, conduzi-lo nessa empreitada e, ainda, definir a suficiência da prova para que se considere provada a hipótese fática sob averiguação, a partir da verdade emergente das provas, não maculada por conclusões pessoais e invadidas por crenças.

A força probatória negativa atribuída à delação premiada desperta um senso crítico a respeito da suficiência probante dos elementos declaratórios do delator exigidos pela legislação, seja no âmbito do recebimento da denúncia ou da queixa, na decretação de medidas cautelares reais ou pessoais e/ou na prolação de sentença condenatória.

Este trabalho buscou demonstrar a nítida diferenciação que se revela quando se comparam os altos níveis de prova exigidos para subsidiar as decisões acima aludidas em processos nos quais se estabelecem as figuras do delator e do delatado na linha comparativa aos processos comuns nos quais tais personagens inexistem, o que pode ser aferido a partir dos diversos Anexos colacionados.

Por sua vez, e especificamente como cerne da proposta ofertada por essa tese, restaram defendidos quatro *standards* probatórios norteadores para admissibilidade dos elementos externos enquanto prova de corroboração da delação, afastando-se da premissa instituída pela

jurisprudência atual de que somente elementos não unilaterais se prestariam ao esteio das declarações do delator em face do delatado.

Finalmente, elegeu-se correlacionar, para termos didáticos e averiguação, o grau de prova exigido para a prova de corroboração aos *standards* norte-americanos, por se tratarem de critérios que vêm sendo amplamente difundidos, *standards preponderance of the evidence* (preponderância da prova) e *clear and convincing evidence* (prova clara e convincente), dando-se ênfase ao *standard proof beyond a reasonable doubt* (além de qualquer dúvida razoável) por se tratar do ápice do processo penal, qual seja, a prolação da sentença condenatória.

Nessa toada, sem promover o descarte desse último *standard* mencionado, em razão das diversas críticas – não sem embasamento – deduzidas por importantes doutrinadores, ofertamos o seu reaproveitamento e correto enquadramento ao direito pátrio dadas às nuances não compartilhadas pelos sistemas da *civil law* e da *common law*.

Sugerimos também importantes diretrizes para o seu aperfeiçoamento, tanto sobre a mudança da premissa que o sustenta, porque o fato reputa-se provado porque as provas assim demonstraram (valoração racional da prova), e não porque o juiz/jurados assim restaram convencidos; a redução de expressões que fomentem a vagueza, a imprecisão e o intimismo das expressões; a diferenciação entre dúvida comum e dúvida razoável e, a desproporcionalidade a respeito da exigibilidade da comprovação de todas as hipóteses fáticas para que um juízo condenatório reste autorizado.

A contemplação de *standards* probatórios contribui não apenas para o estabelecimento de um limite de suficiência probatória a partir do qual uma hipótese sobre os fatos deverá ser considerada como provada/justificada, mas também para a efetivação de direitos e garantias processuais.

A legislação pátria remanesce adormecida quanto à abordagem da matéria, esse trabalho se propõe a contemplá-la ofertando elementos contributivos para o seu aperfeiçoamento crítico.

REFERÊNCIAS

A Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOA LJNETO.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

ABELLAN, Marina Gascón. Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. Os fatos no direito. Bases argumentativas da prova. Salvador: Juspodium, 2022.

AGNOLETTO, Giovani Celso; BEZERRA, Clayton da Silva. Colaboração premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Mallet, 2016.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, João Batista de. Tribunal do Júri. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ALMEIDA, José Raul Gavião de; FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de. (Coords). Crime Organizado – Aspectos Processuais. São Paulo: RT, 2009.

ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining And Its History. In: Columbia Law Review, v. 79, n. 01, jan/1979. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

ALVIM, J. Manoel; ALVIM, Tereza A. Manual de Direito Processual Civil. v. 2. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

AMES, Jonathan. Lord Bridge of Harwich: Judge who presided over the trial of the Birmingham Six. In: Independent, United Kingdom, 28 november 2007. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/obituaries/lord-bridge-of-harwich-judge-who-presided-over-the-trial-of-the-birmingham-six-760722.html>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

ANITUA, Gabriel Inacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latino-americanas. In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 43-65, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARAS, Vladimir. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Org.: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.

ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. v.1, São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2015.

ARISTÓTELES. Metafísica. 2. ed. Giovanni Reale e Marcelo Perine (trad.). São Paulo: Edições Loyola, 2002.

AROCA, Juan Montero. La prueba en el Proceso Civil. 3. ed. Madri: Civitas, 2002.

AQUINO, José Carlos G. Xavier. A prova testemunhal no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. Exegese do CPC. v. 4, t. 1. Rio de Janeiro: Aide, [198?].

ARCE, Enrique A.; MARUM Elizabeth A. La figura del informador incorporada por la ley 24.424 a la ley 27.737 (art. 29 ter.). In: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, fasc. 6. Buenos Aires, ago. 1997.

ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. Corso base di diritto processuale civile. Roma: Cedam, 2016.

ASHWORTH, Andrew; REDMAYNE, Mike. The criminal process. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? In: Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 163, set. 2008.

_____. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20a. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

_____. Teoria da Segurança Jurídica. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência. 2.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Provas Ilícitas: Interceptação telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A valoração probatória da colaboração premiada. In: Altos Estudos sobre a prova no Processo Penal. SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. (coordenação). Salvador: Editora Juspodium, 2020.

_____. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008. Tomo 1.

_____. Epistemologia judiciária e prova penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. Meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal? In: Colaboração premiada. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Processo Penal. 8. ed. rev. at. e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral do Processo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extração da prova mediante sequestro do investigado. In: Boletim IBBCrim, fasc. 159. São Paulo: fev. 2006.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crime Organizado e Proibição de Insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Standards probatórios no processo penal. In: Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n. 4, p. 164, nov. 2007.

BANOS, Javier Ignacio. MIRANDA JUNIOR, Joaquim José. Sistema de Garantias Constitucionais no Direito Processual Penal. Belo Horizonte: Edições Superiores, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Adherbal Orlando Girolamo de. A investigação criminosa da prova. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, out. 1997.

BARROS, Marco Antônio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons: Madrid, 2021.

_____. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. *Valoração racional da prova*. Vitor de Paula Ramos (trad.). Salvador: Juspodium, 2021.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. t. II. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Barcelona: Bosh, 1973.

BINDER, Alberto M. *El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva-destructiva de la prueba penal*". In: *Justicia Penal y Estado de Derecho, Ad Hoc*, Buenos Aires, 1993.

_____. *Introducción al Derecho Penal*. 2. ed. ac. y ampliada. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *O direito administrativo sancionador e o estudo constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis*. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 2014, p. 480-481. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI3Mg%2C%2C>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BITTAR, Walter Barbosa. *Capítulo I – Observações Necessárias*. In: BITTAR, Walter Barbosa. (Coord.). *Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

_____. Delação Premiada: Atualizada de Acordo com a Lei 13.964/2019. 3.ed. São Paulo: Tirant Brasil, 2020.

BLACKSTONE, W. Commentaries on the Laws of England. Livro IV, cap 24. Oxford: Clarendon Press, 1765-1769.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Criminalidad organizada y mercados ilegales. In: Eguzkilorre: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 11, San Sebastián, Diciembre 1997.

BOCCA, Ricardo. Così mentii su Tortora. In: L'Espresso, 25 maggio 2010. Disponível em: <<https://espresso.repubblica.it/palazzo/2010/05/25/news/cosi-mentii-su-tortora-1.21317>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BODART, Bruno; FUX, Luiz. Processo Civil e Análise Econômica. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 31a.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BONORINO RAMÍREZ, Juan. Ni deducción ni inducción: abducción! In: Prueba y razonamiento probatorio en el Derecho. Debates sobre abducción. AMADO, Juan Antonio García; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). Granada: Comares, 2014.

BORÉ, Jacques. La cassation en matière civile. Paris: Dalloz, 1997.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: Colaboração premiada. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e Incentivos à cooperação no Processo Penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. In: Revista de Estudos e Debates, CEDES, Volume 4, nº 2, jan-jun 2019.

BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.) El procedimiento abreviado. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAGA, Paula Sarno. A aplicação do devido processo legal nas relações privadas. Salvador: Juspodium, 2008.

_____; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Direito Processual Civil. 10. ed. 2. v. Salvador: Jus Podivm, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1º abr. 2020.

_____. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 23 de set. de 2020.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 23 nov. 2020.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 22 set. 202 e 27 nov. 2020.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 nov. 2020; 06 mai. 2022 e 03 jun. 2022.

_____. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art65>. Acesso em: 27 nov. 2020.

_____. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20de,a%C3%A7%C3%B5es%20praticadas%20por%20organiza%C3%A7%C3%B5es%20criminosas.&text=Art.,a%C3%A7%C3%B5es%20de%20quadrilha%20ou%20bando>. Acessado em 22 de set. de 2020.

_____. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm>. Acessado em 22 de set. de 2020.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.072%2C%20DE%2025%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Art.>>. Acessado em 22 de set. de 2020.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.137%2C%20DE%2027%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201990.&text=Define%20crimes%20contra%20a%20ordem,consumo%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.>>. Acessado em 22 de set. de 2020.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 04 mai. 2022.

_____. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acessado em 22 de set. de 2020.

_____. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acesso em: 23 de set. de 2020.

_____. Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110149.htm>. Acesso em: 04 de dez. de 2020.

_____. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm#:~:text=LEI%20No%2010.409%2C%20DE%2011%20DE%20JANEIRO%20DE%202002.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20preven%C3%A7%C3%A3o%2C%20o,Sa%C3%BAde%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 23 de nov. de 2020.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 23 de set. de 2020.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 23 de set. de 2020.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm#:~:text=Define%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20e%20disp%C3%B5e,1995%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acessos em: 26 ago. 2020; 23 de set. de 2020 e 04 mai. 2022.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 mai. 2022.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 04 dez. de 2020 e 04 mai. 2022.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <<https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2021/02/policia-federal-deflagra-80a-fase-da-operacao-lava-jato-operacao-pseudeia>>. Acesso em: 9 jun. 2021.

_____. Ordenações Filipinas on-line. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1154.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. Ordenações Filipinas on-line. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1272.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. Projeto de Lei nº 8.045/2010. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em: 06 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 2.035.697/SC (2021/0400889-2), Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 15/03/2022, DJe 18/03/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=147471306&num_registro=202104008892&data=20220318&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 09 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 126.746 - PR (2020/0108496-3), relator Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 08/09/2020, DJe 15/09/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=112983615&num_registro=202001084963&data=20200915&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 165.966/RS, relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 21/06/2022, DJe 27/06/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201725655&dt_publicacao=27/06/2022>. Acesso em: 12 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 289.078/PB, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, 15 de dezembro de 2016, DJe: 15/02/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67946477&num_registro=201400390712&data=20170215&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 680.841/PR, relatora Min. Laurita Vaz, j. 21/06/2022, DJe 27/06/2022. Disponível: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102222839&dt_publicacao=27/06/2022>. Acesso em: 12 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Inquérito nº 1.190 - DF (2017/0142021-0), relatora Min. Maria Isabel Gallotti, j. 15/09/2021, DJe 24/09/2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/cautelares-lavagem-dinheiro-podem.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 160.542/SP (2022/0043559-4), Ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 08/03/2022, DJe 14/03/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2144080&num_registro=202200435594&data=20220314&peticao_numero=202200120149&formato=PDF>. Acesso em 09 jul. 2022.

Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 162.800/DF. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. 24/05/2022, DJe 27/05/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=151319636&num_registro=202200899976&data=20220527&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 09 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado da Súmula nº 211. In: Revista de Súmulas do STJ, nº 15, 2010, p. 343. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 97.509/MG. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ 02/08/2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=981278&num_registro=200703072656&data=20100802&formato=PDF>. Acesso em: 23 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 107.916/RJ. Relator Min. Og. Fernandes, j. 07/10/2008, DJe 20/10/2008. Embora, em alguns julgados seja possível aferir a utilização das expressões como equivalentes sinônimos, a exemplo, RHC 131043/SP, relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 08/09/2020, DJe 14/09/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 333.823/SP. Relator Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 17/11/2015, DJe 02/12/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502060462&dt_publicacao=02/12/2015>. Acesso em 08 jun. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 509.030/RJ. Relator Min. Antônio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. 14/05/2019, DJe 30/05/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901287822&dt_publicacao=30/05/2019>. Acesso em 08 jun. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 617.542/MG, Ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, 22/03/2022, DJe 28/03/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=148011499&num_registro=202002620834&data=20220328&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 09 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 707.882/SP, relator Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28/06/2022, DJe 30/06/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103733009&dt_publicacao=30/06/2022>. Acesso em: 12 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 712.608/SP, Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, 05/04/2022, DJe 08/04/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=147845922&num_registro=202103978405&data=20220408&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 09 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 734.709/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 07/06/2022, DJe 10/06/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201028631&dt_publicacao=10/06/2022>. Acesso em: 09 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Prisão Preventiva. In: Jurisprudência em Teses, Edição n. 32, 15 de abril de 2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 31.629/PR. Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 20/09/2017, DJe 28/09/2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76669134&num_registro=201601334888&data=20170928&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 67.493/PR. Relator Min. Felix Fischer, j. 19/04/2016, DJe 02/05/2016. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201600225786&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 11 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 69.988 Rio de Janeiro. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. DJe 07/11/2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66026936&num_registro=201601054050&data=20161107&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 10 dez 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Habeas Corpus nº 126.378/RN, Ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 29/03/2022, DJe DJe 04/04/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=148621165&num_registro=202001018282&data=20220404&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 09 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 184.156/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª turma, 01 de outubro de 1998, DJ 09/11/1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800566791&dt_publicacao=09-11-1998&cod_tipo_documento=3&formato=PDF>. Acesso em: 24 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Resp. n. 363.548/SC, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, 02 de maio de 2002, DJe 10/06/2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=42417&num_registro=200101196532&data=20020610&formato=PDF> Acesso em: 24 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.691.901. Relator Min. Sebastião Reis Júnior, j. 26/09/2017, DJe 09/10/2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76192674&num_registro=201402100978&data=20171009&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.570/DF, Min. Maurício Corrêa, julgamento 12/02/2004, DJ 22/10/2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28JUIZ+E+INQUISIDO+R%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc86ryfr>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508 DF. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento: 20/06/2018, DJe 05/11/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341625422&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Originária 2.093/RN, relatora Min. Carmem Lúcia, j. 03/09/2019. p. 10/10/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751113046>>. Acesso em 19 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 307/DF, julgamento em 12/12/1994, DJ 13/10/1995, relator Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 465. Relatora Min. Carmém Lúcia, j. 24/04/2014, DJe 30/10/2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282503/false>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJe 22/04/2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AP%24%2ESCLA%2E+E+470%2ENUME%2E%29+OU+%28AP%2EACMS%2E+ADJ2+470%2EACMS%2E%29&pagina=6&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cu4o2ob>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 676/MT. Relatora Min. Rosa Weber, revisor Min. Roberto Barroso, j. 17/10/2017, DJe 06/02/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300838>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal nº 996/DF, relator Min. Edson Fachin, j. 29/05/2018, DJe 08/02/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749110646>>. Acessado em 19 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 1.003. Relator Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, j. 19/06/2018, DJe 06/12/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748804145>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.085. Relator Ministro Cesar Peluso, julgamento em 16/12/2009, publicação 15/04/2010. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>>. Acesso em: 21 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 69.912/RS, julgamento em 16/12/1993, DJ 25/03/1994, voto do relator Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72076>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73.338/RJ, relator Min. Celso de Mello, j. 13/08/1996, publicação 19/12/1996. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 74.368-4/MG. Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/07/1997, publicado em 28/11/1997. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75183>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 81.305/GO, relator Min. Ilmar Galvão, j. 13/11/2001, DJe 22/02/2002. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>>. Acesso em 06 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.507/SE, Min. Sepúlveda Pertence, julgamento 10/12/2002, DJ 19/12/2002. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82507%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82507%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l3hfna7>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 84.679 ED, rel. Min. Eros Grau j. 30/08/2005, DJ 30/09/2005. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90.321. Relatora Min. Ellen Gracie, julgamento 02/09/2008, publicação em 26/09/2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2090321%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 01 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90.688. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 12/02/2008, publicação 25/04/2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>>. Acesso em: 21 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91.867/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/04/2012, DJe de 20/09/2012. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94.034. Relatora Ministra Carmen Lúcia, julgamento 10/06/2008, publicação 05/09/2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546065>>. Acesso em: 17 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 96.356/RS, rel. Min. Marco Aurelio, j. 03/08/2010, DJe 24/09/2010. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614452>>. Acesso em: 06 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.736. Relator Min. Ayres Britto, julgado em 27/04/2010, DJe 21/05/2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2099736%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 02 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Relator Ministro Teori Zavascki, j. 17/02/2016, DJe 17/05/2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 02 mai. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 127.167, relatora Min. Rosa Weber, j. 12/05/2015, DJe 25/06/2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8756148>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483. Relator Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, DJe 11/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 129.678/SP, relator p/ acórdão, Min. Alexandre de Moraes, j. 13/06/2017, DJe 18/8/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 142.205/PR. Relator Min. Gilmar Mender, j. 25/08/2020, DJe 01/10/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753982192>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 166.373/PR, voto do Min Dias Toffoli. Relator Ministro Edson Fachin, julgamento em 29/09/2019, DJe 15/10/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC166373votoDT.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 167.550 AgR/PR, relator Min. Luiz Fux, j. 23/08/2019, DJe 03/09/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 169.119. Relator Min. Gilmar Mendes, j. 02/04/2019, DJe 03/08/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753367925>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 170.490 AgR/PE, julgamento em 27/04/2020, DJe 14/05/2020, relatoria do Min. Roberto Barroso. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 195.907, relator Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 08/03/2021, DJe 14/06/2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756132902>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.994. Relator Min. Edson Fachin, redator do Acórdão Min. Dias Toffoli, j. 18/12/2017, DJe 06/04/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14602908>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.998/DF, relator para o acórdão Min. Dias Toffoli, j. 18/12/2017, DJe 09/03/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14475123>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal, Inquérito nº 4.074/DF, relator Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, j. 14/08/2018. p. 17/10/2018. DJe Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748451691>>. Acesso em 19 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4.118/DF, relator Min. Edson Fachin, j. 08/05/2018, DJe 05/09/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748141031>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.130/PR, julgamento: 23/09/2015, DJe 03/02/2016, relatoria do Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 26/05/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.831/DF, relatoria do Ministro Celso de Mello, julgamento em 22/05/2020, DJe 25/05/2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5899439>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 43. Relator Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Edson Fachin, j. 05/10/2016, DJe 07/03/2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 02 mai. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.305. Relator Ministro Luiz Fux, j. 22/01/2020, DJe 31/01/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203607&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 34.831 Distrito Federal. Relator Min. Celso de Mello. julgamento: 04/08/2017, DJe 08/08/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312371712&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2020 e 10 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Publicações. RTJ Eletrônica Volume 84, Tomo 2, 1978. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/084_2.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Publicações. RTJ Eletrônica Volume 122, Tomo 1, 1987. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/122_1.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição nº 7.074/DF. Relator Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017, DJe 03/05/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14752801>>. Acesso em: 17 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 24.116. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 13/12/2016, publicação em 13/02/2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12397363>>. Acesso em: 23 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819. Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 11/10/2005, p. 27/10/2006. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1641534>>. Acesso em: 03 jun. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 213.937-8/PA. Relator Min. Ilmar Galvão, j. 26/03/1999, publicação 25/06/1999. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=245088>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 425.734 AgR/MG, rel. Min. Ellen Gracie, j. 04/10/2005, DJe 28/10/2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=342509>>. Acesso em 06 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 603.616/RO, julgamento em 05/11/2015, DJe 10/05/2016, relatoria do Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sétimo Agravo Regimental na Ação Penal nº 470/MG. Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 18/06/2009, DJe 02/10/2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur167041/false>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Terceira Questão de Ordem na Ação Penal nº 470 /MG. Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 23/10/2008, DJe 30/04/2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=590411>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

_____. United Nations International Children's Emergency Fund - UNICEF. Declaração dos Direitos Humanos da ONU de 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos->

CAPPELLETTI, Célia Regina; VIDAL, Pedro Walter Guimarães Tang. Direitos sociais e sua efetivação: uma Análise a Partir dos Princípios da Proporcionalidade e da Proibição do Retrocesso Social. In: *Direito em Debate*, Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, ano XXV nº 45, jan.-jun. 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5873/5017>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definición. In: 20 anos da Constituição brasileira. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Maurício. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Prova ilícita. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. Das provas no Processo Penal. 1.ed. Campinas: Impactus Editora, 2005.

_____. Sistema de direito processual civil. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. Verità, Dubibio e Certezza. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. 200, Padova, 1965.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. Plea bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Ed. Plácido, 2019.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo Penal e (em face da) Constituição. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

CASIRAGHI, Roberta. La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration. In: *Diritto Penale Contemporaneo*. Milano, 2012. Disponível em: <<https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/1829-la-chiamata-di-correo-riflessioni-in-merito-alla-mutual-corroboration>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” na Lei 12.850/13. In: *Colaboração premiada*. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO, Natália Oliveira de. A Delação Premiada no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHEMIM, Rodrigo. Mãos Limpas e Lava Jato: A corrupção se olha no espelho. Porto Alegre: Citadel, 2017.

CHILE. Ley 19.696, de 29 de septiembre de 2000. Código Procesal Penal. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

CHIOVENDA, G. Principios de Derecho Procesal Civil, t. II. Madrid: Reus, 2000.

CHRISTINO, Márcio Sérgio. Ana Carolina Gregory Villaboim (colaboradora). A máfia. 1. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

CLERMONT, Kevin M. Standards of Proof Revisited. In: Vermont Law Review, v. 33, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

COHEN, Laurence Jonathan. The probable and the provable. Oxford: Clarendon Press, 1977.

COLLINS, Danny. 'We want the truth' Fresh inquests to be held into the deaths of 21 people in 1974 Birmingham pub bombing that six people were wrongly imprisoned for. In: The Sun, United Kingdom, 1 jun 2016. Disponível em: <<https://www.thesun.co.uk/news/uknews/1229443/fresh-inquests-to-be-held-into-the-deaths-of-21-people-in-1974-birmingham-pub-bombing-that-six-people-were-wrongly-imprisoned-for/>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 29 abr. 2022.

COPETTI NETO, Alfredo; PETRINI, Michela; ROSA, Alexandre Morais da. Delações falsas e o que nos pode ensinar o Caso Tortora da Itália: O perigoso jogo dos "colaboratori di giustizia". Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/delacoes-falsas-e-o-que-nos-pode-ensinar-o-caso-tortora-da-italia-o-perigoso-jogo-dos>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CORDERO, Franco. Procedimiento penal. Bogotá: Temis, 2000.

CORDEIRO, NEFI. Colaboração premiada. Caracteres, limites e controles. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COSTA RICA. Caso Ruano Torres y Otros vs. El Salvador. Sentencia de 5 de octubre de 2015. p. 37. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf>. Acesso em 25 ago. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: Revista da Faculdade de Direito. Curitiba: UFPR, ano 30, n. 30, p. 196, 1998.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.

COVEY, Russel. Reconsidering the relationship between cognitive psychology and plea bargaining. In: Marquette Law Review. Volume 91, issue 1, Symposium: Dispute Resolution in Criminal Law, article 10. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. Fixed Justice: reforming plea bargaining with plea-based ceilings. In: Tulane Law Review. v. 82, n. 4, 2008. Disponível em <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. Prisão cautelar. Dramas, princípios e alternativas. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____. Garantias processuais nos recursos criminais. São Paulo: Atlas, 2002.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado: comentários à nova Lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. Manuale di diritto processuale penale. Padova: CEDAM, 1999.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo – Prova Direta, Indícios e Presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 30ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

DAMASKA, Mirjan R. The faces of justice and State authority: a comparative approach to the legal process. In: Yale University Press. New Haven and London. 1931. Ebook.

Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoria general de la prueba. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor, 1919.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. Justiça negociada e fundamentos do direito penal. Pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

DENTI, Vittorio. La giustizia civile. Bologna: II Mulino, 2004.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. vol. 3. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

DEU, Tereza Armenta. Lecciones de Derecho Procesal Penal. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, 2004.

DEUTSCH, Karl Wolfgang. Política e governo. 2. ed. Trad. Maria José Mendes. Brasília: Editora UNB.

DEZEM, Guilherme Madeira. Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millennium, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

DIAMOND, Henry A. Reasonable doubt: to define, or not to define. In: Columbia Law Review, v. 90. n. 6. outubro de 1990.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. v. 1. 12. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. 6. ed. v.3. São Paulo: Malheiros, 2009.

ECHANDIA, Hernando Devis. Teoría General de la prueba judicial. Tomo I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía-Editor, s/a.

ENCCLA. Manual Colaboração Premiada. 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>>. Acesso em: 22 set. 2021.

ESPAÑA. La Constitución española de 1978. Disponível em: <<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=9&tipo=2#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20garantiza%20el%20principio,arbitrariedad%20de%20los%20poderes%20p%C3%ABlicos.>>. Acesso em: 06 set. 2022.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. v. III. Autorializado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

_____. La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación. In: Jueces para la democracia, n. 47, Espanha, 2003. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=192138>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. In: Revista Catalana de Seguretat Pública, mayo 2010. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=192138>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. La valoración de la prueba a la luz del nuevo código procesal penal peruano de 2004. In: Instituto de Ciencia Procesal Penal. Disponível em: <<http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/mirandaestampres.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

EXCLUSIONARY RULE. In: Encyclopaedia Britannica, inc. February 27, 2020. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/exclusionary-rule>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

FAIRLEY, William B; FINKELSTEIN, Michael O. A bayesian approach to identification evidence. In: Harvard Law Review, v. 83, n. 3, jan. 1970.

_____; MOSTELLER, Frederick. A conversation about Collins. In: The University of Chicago Law Review, v. 41, iss. 2, article 5, 1974.

_____. The continuing debate over Mathematics in the Law of Evidence: A Comment on "Trial by Mathematics". In: Harvard Law Review, v. 84, n. 8, jun. 1971.

FARIA, Bento de. Código de Processo Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

FARIAS, Ângela Simões. Condenar ou absolver: a tendência do júri popular. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FAUL, Denis; MURRAY, Raymond. Birmingham Framework: Six Innocent Men Framed for the Birmingham Bombings. Irlanda: Denis Faul, 1976.

FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FEELEY, Malcom M. Plea bargaining and the structure of the criminal process. In: The Justice System Journal, vol. 7, nº 3, Winter/1982. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20877672>>. Acesso em: 06 mai. 2022.

FERNANDES, Antônio Scarance. A lei de interceptação telefônica. In: Justiça Penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual. Coord. Jaques de Camargo Penteado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Processo Penal Constitucional. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. As nulidades no processo penal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal. Ana Paula Zomer Sica e outros. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 13ª ed. Disponível em: <<https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/39519/6941-Manoel-Gonalves-Ferreira-Filho-Direitos-Humanos-Fundamentais.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

FERRUA, Paolo. Metodo scientifico e processo penale. Diritto penale e Processo – Dossier – La prova scientifica nel processo penale, 2008.

FINE, Toni M. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FLORIAN, Eugênio. De las pruebas penales. 2.ed.1.v. Tradução de Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1976.

_____. Elementos de Derecho procesal penal. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1933.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Trad. Raquel Ramalhete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

FRAGA, Carlos; FIGUEIREDO, Eurico; CONDESSO Fernando; MALTEZ, José Adelino. O federalismo norte-americano. In: Público, 20 de agosto de 2017. Disponível em <<https://www.publico.pt/2017/08/20/politica/opiniaao/o-federalismo-norteamericano-1781983>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

FRAGOSO, Tomás López. Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal. In: *Derechos y libertades*, Revista del instituto Bartolomé de las casas. Madri: ano 1, out. 93/mar. 94.

FRANCO, Alberto Silva; MARREY, Adriano; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. Prova ilícita no direito pátrio e no direito comparado. In: *Revista da Fundação Escola Superior do MPDFT*, Brasília, jul./dez. 1995.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. Standard de prova, livre convencimento e fundamentação das decisões judiciais como condição de possibilidade para garantir uma decisão adequada. In: BADARO, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti; MADEIRA, Guilherme. *Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

FURNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*. Trad. Sergio Gonzales Collado. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1954.

GABRIEL, Anderson de Paiva. *O pragmatismo como paradigma do Direito Processual Penal contemporâneo. Tecnologia, consenso e whistleblowing*. Londrina: Thoth Editora, 2022. e-book.

GALATI, A.; SIRACUSANO, D.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. *Diritto Processuale penale*. 2. ed. v. 1. Milano: Giuffrè, 1996.

GARCÍA, Nicolás Rodriguez. *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law Dictionary*. 10. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2014.

_____. BLACK, Henry Campbell (ed.). *Black's lawdictionary*. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2019.

GARRETT, Brandon L. *Too Big to Jail*. Estados Unidos: The Beknap Press of Harvard University Press, 2014.

GERBER, Rudolph J. A judicial view of plea bargaining. In: *Criminal Law Bulletin*, Boston, v. 34, n. 1, Jan./Feb. 1998.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *O Devido Processo Penal: Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GUARNERI, Jose. Las Partes en el Proceso Penal. Tradução de Constancio Bernaldo de Quirós. México: José M. Cajica, 1952.

GERACI, Denise de Mattos Martinez; TOVIL, Joel. Poderes instrutórios do juiz. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 26, jun/jul, 2004.

GHIRARDI, Olsen A. Logica de la cassacion, errores in cogitando. In: Scritti in onore di Elio Fazzalari. Milano: Giuffrè, 1993.

GIORDANO, Antonina; LECCESE, Ilaria. Delitti di criminalità organizzata e collaboratori di giustizia: Luci ed ombre del regime penitenziario premiale. Loreto Ancona: Antonio Tombolini Editore, 2017.

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz. In: Provas - Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada. v. 3. 2. ed. DIDIER JUNIOR, Fredie. (Coord. geral). Salvador: Juspuodium, 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM, ano 18, n. 85, jul.-ago./ 2010.

_____. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Notas sobre a terminologia da prova - reflexos no processo penal brasileiro. In: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Orgs). São Paulo: DSJ Editora, 2005.

GOMES, Décio Luiz Alonso. Proteção aos réus colaboradores: ou da barganha com a criminalidade. In: Boletim IBBCrim, fasc. 82. São Paulo: set. 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processual penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Corrupção política e delação premiada. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano VI, nº 34, Porto Alegre, out-nov./2005.

_____. Legislação criminal especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; CERVINI, Raúl. Interceptação telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____; MACIEL, Silvio. Interceptação telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. In: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade. v. 6, n. 1, jan.-jul. 2015.

_____; _____. Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei n. 12.850/2013. Salvador: Juspodium, 2015.

GONÇALVES, Eduardo da Silva; MESQUITA, Jhonathan; OLIVEIRA, Adriana Costa Prado de. A questão da delação premiada: Exposição e Crítica. Disponível em: <<https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/view/119>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

GRANDINETTI, Luís Gustavo. O processo penal em face da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRANZIOLI, Cassio M. M. A delação premiada. In: Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GRECO, Leonardo. Conceito de prova. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5, p. 230, 2003-2004.

_____. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. In: Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Campos, 2005, págs. 225 et seq. (Coleção José do Patrocínio).

_____. Instituições de direito processual civil. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. O princípio do contraditório. In: Revista Dialética de Direito Processual, nº 24, março de 2005, São Paulo: Dialética, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GREER, Greg. Avoiding Plea-Bargaining Problems: the medical model of cliente communications. In: The Colorado Lawyer, 2013, v. 42, n. 12. Disponível: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

GREVI, Vittorio. Compendio di procedura penale. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). 6. ed. Padova: CEDAM, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, n. 27, julho-setembro, 1999.

_____. [et al.]. Juizados Especiais Criminais. Comentário à Lei 9.099, de 26.09.2015. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Liberdades Públicas e Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. O processo em evolução. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

_____. O processo em sua unidade - II. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Prova emprestada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 4, 1993.

_____. Provas ilícitas, interceptações e escutas. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no combate ao crime organizado*. Franca: Lemos e Cruz, 2006.

GUIDORIZZI, Douglas D. Should we really "ban" plea bargaining?: the core concerns of plea bargaining critics. In: *Emory Law Journal*. v. 47, 1988. Disponível em <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

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

HAACK, Susan. *The Pragmatist Theory of Truth*. *The British Journal for the Philosophy of Science*, vol. 27, n. 3, [Oxford University Press, The British Society for the Philosophy of Science], 1976, pp. 231–49 (p. 241). Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/686121>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

HABÈRLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano e Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HAMILTON, Sérgio Demoro. A adoção do princípio da obrigatoriedade mitigada no anteprojeto do Código de Processo Penal. In: *Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

_____. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 11, jan./jun. 2000.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, p. 41-51, out./dez. 1994.

HENRY, Rachel; MATIDA, Janaína. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: *Epistemologia: Críticas do Direito*. CUNHA, José Ricardo (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Los “hechos” en la sentencia penal*. México: Fontamara, 2005.

_____. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

ÍBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ILLUMINATI, Giulio. The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988). In: *Washington University Global Studies Law Review*, v. 4, 2005.

Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol4/iss3/5/> Acesso em: 28 set. 2020.

ITALIA. Collaboratori e testimoni di giustizia. In: Parlamento Italiano. Sportello Scuola e Università. Commissione Parlamentare Antimafia. Disponível em: <http://www.camera.it/_bicamerali/leg15/commbicantimafia/documentazionetematica/25/schedabase.asp>. Acesso em: 02 out. 2020.

_____. Quotidiano.net. Mani Pulite, il discorso di Craxi del 3 luglio 1992: Le parole pronunciate in Parlamento in uno dei suoi interventi più noti. Publicado il 16 febbraio 2017. Disponível em: <<https://www.quotidiano.net/politica/mani-pulite-discorsocraxi-1.2901112>>. Acesso em: 08 out. 2020.

_____. Sono 30 anni dalla morte di Rosario Livatino (Il magistrato venne assassinato per le sue indagini contro le cosche siciliane a 37 anni, e viene ricordato come "il giudice ragazzino") Il Post. Lunedì 21 settembre 2020. Disponível em: <<https://www.ilpost.it/2020/09/21/sono-passati-30-anni-dalla-morte-di-rosario-livatino/>>. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Sportello Scuola e Università. Parlamento Italiano. Collaboratori e testimoni di giustizia. Disponível em: <http://www.camera.it/_bicamerali/leg15/commbicantimafia/documentazionetematica/25/schedabase.asp>. Acesso em: 01 out. 2020.

JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade. Revista Atualizada segundo a Lei nº 9.099/95. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Direito processual penal. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. *Direito Processual Penal*. Estudos, pareceres e crônicas. 15. ed. at. e ampl. Salvador: Juspodium, 2018.

JENKINS, Jeffrey A. The American Courts: a procedural approach. Sudbury/MA: Jones and Bartlett Publishers, 2009.

JESUS, Damásio de. Código de processo penal anotado. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

KELLER, Emily S. Corporate cooperation in criminal investigations: waiving privileges without coercion. In: Golden Gate University Law Review. v. 39, issue 1, article 4, January 2008. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

KHALED JÚNIOR, Salah H. A busca da verdade no Processo Penal – para além da ambição inquisitorial. 2.ed. Belo Horizonte, Letramento: Casa do Direito, 2016.

_____. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosófica da consciência. cap. 11. In: Verdade e prova no

Processo Penal – Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

KIMURA, Alexandre Issa. Hermenêutica e interpretação constitucional. In: Revista Jurídica 2003.2. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/499_arquivo.pdf> Acesso em: 10 abr. 2022.

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

_____. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 353, ano 97, jan.-fev. 2001.

LAGIER, Daniel González. Quaestio Facti - ensaios sobre prova, causalidade e ação. Luis Felipe Kircher (trad.). Salvador: Juspodium, 2022.

LAIN, Corinna Barret. Accuracy where it matters: brady v. maryland in the plea bargaining context. In Washington University Law Quarterly, v. 80, nº 1, 2002. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

LANGBEIN, John H. Comprendiendo la breve historia del plea bargaining. In: Nueva Doctrina Penal, fasc. A. Buenos Aires, 2001.

_____. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados. In: Nueva doctrina penal. Buenos Aires: Del Puerto, tomo 1996/A (trad. del original que no menciona año, C. Curtis y A. Bovino).

LAUDAN, Larry. El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

_____. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In: DOXAS, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28, 2005, Unam, Mexico. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10003/1/Doxa_28_08.pdf>. Acesso em 03 ago. 2022.

LAUDAN, Larry. Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology. New York: Cambridge University Press, 2006.

_____. Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Marcial Pons: Madrid, 2013.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

LEAL, Rogério Gesta. O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LESSONA, Carlo. Trattato delle prove in materia civile. v. 1. 3. ed. Florença: Fratelli Camelli, 1914.

LEUBSDORF, John. The surprising history of the preponderance standard of civil proof. In: Florida Law Review, v. 67, issue 5, article 2, march 2016. Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1286&context=flr>>. Acesso em: 03 ago. 2022.

LIMA, Camile Eltz; OSORIO, Fernanda Corrêa. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei nº 12.850/2013. PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Orgs.). In: Processo Penal e Garantias. Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. 2.ed. ampl. rev. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

LIMA, Guilherme Graciliano Araujo. Audiência de custódia e sistema de direitos humanos na América Latina: por um olhar descolonial na busca da concretização de sua normatização legal no Brasil. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 26, v. 147, set./2018. Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20180147.5&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=e&eid=bada1102f7fecc9e0b1c27c4978df885&eat=DTR_2018_19323&pg=&psl=&nvgS=false> Acesso em: 09 abr. 2021.

LIMA, Marcellus Polastri. A prova penal. 4. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2018.

_____. Curso de Processo Penal, 9a. edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

LIMA, Roberto Kant de. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. In: Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 13, nov. 1999.

LINDER, Douglas O. The Trial of Orenthal James Simpson: An Account. In: Famous Trials, 1995, powered by UMKC School of Law. Disponível em: <<https://famous-trials.com/simpson/1862-home>>. Acesso em 02 ago. 2022.

LIPPEL, Mayara Cristina Navarro; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de Código de Processo Penal (pls 156/2009). In: Quaestio Iuris, vol. 09, nº. 03, Rio de Janeiro, 2016. pp. 1737-1758. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20135>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

LIPPKE, Richard L. Adjudication Error, Finality, and Asymmetry in the Criminal Law. In: Canadian Journal of Law and Jurisprudence, v. 26, nº. 2, jul/2013. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

LISSAMAN, Clare. Birmingham Six 'were in the wrong place at the wrong time'. BBC News, England, 14 march 2011. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/uk-england-12664938>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

LO DICO, Francesco. Caso Tortora, dopo trent'anni le scuse del pm. In: La repubblica, Napoli, 27 giugno 2014. Disponível em: <http://napoli.repubblica.it/cronaca/2014/06/27/news/caso_tortora_il_pm_si_scusa-90140762/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 26, v. 143, mai-18. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20180143.4&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=e&eid=6b55ac43f609eb50ab82fd5b2ce24e97&eat=%5Bbid%3D%22%22%5D&pg=&sl=&nvgS=false&tmp=654>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

_____. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. O problema da “verdade” no processo penal. cap. 3. In: Verdade e prova no Processo Penal – Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. PEREIRA, Flávio Cardoso (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES, João Batista. O Ônus da Prova no Processo Penal. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, julho-dezembro de 1978, n.s 11-12.

_____; MORAIS, Paulo Heber de. A prova penal. 2. ed. Copola, 1994.

LUPU, Salvatore. Historiador italiano destrincha a máfia. Alessandro Greco. Folha de S. Paulo ilustrada. São Paulo, sábado, 13 de julho de 2002. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1307200221.htm>>. Acesso em: 28 set. 2020.

_____. Storia della máfia. História da Máfia das origens aos nossos dias. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2002.

MACCORMICK, Neil. La congruenza nella giustificazione giuridica. In: La Regola del caso; materiali sul ragionamento giuridico. Mario Bessone e Riccardo Guastini. Cedam, Milão, 1995.

MACIEIRA, Antônio. Do Júri criminal. Lisboa: Imprensa Nacional, 1914.

MADRID. Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1988/05/25/3>>. Acesso em: 25 de set. 2020.

_____. Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/06/30/7>>. Acesso em: 25 de set. 2020.

_____. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10>>. Acesso em: 25 de set. 2020.

_____. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/11/25/15>>. Acesso em: 25 de set. 2020.

MADURO, Flávio Mirza. Considerações sobre questões de direito probatório (em matéria penal). In: Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, vol. XII, Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, 2013, p. 194. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8677>>. Acessado em 19 de mar. 2020.

_____; MALAN, Diogo Rudge. Criminalidade econômico-financeira complexa, presunção de inocência e standard de prova. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 185/2021, nov/2021, p. 201-236.

_____. Prova pericial – em busca de um novo paradigma. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2016.

_____. Processo Justo: o ônus da prova à luz dos Princípios da Presunção de Inocência e do In Dubio pro Reo. In: Revista eletrônica de direito processual – Periódico semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, volume V, Rio de Janeiro: 2010, p. 548. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/23103/16456>>. Acesso em: 05 mai 2020.

_____. Reflexões sobre a avaliação da prova pericial. In: BASTOS, M.; COUTINHO DE AMORIM, P. S. M. (Org.). Tributo a Afrânio Jardim: escritos e estudos. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

MAIER, Julio B. J. ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho? In: Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho? nº 1, Buenos Aires, Di Plácido, 2000.

MALAN, Diogo. Sobre a condenação sem julgamento prevista no projeto de reforma do CPP (PLS nº. 156/09). In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 17, nº 207, fevereiro/2010. Disponível em: <<http://arquivo.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim207.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das Provas em Matéria Criminal. 2. ed. Tradução de J. Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica, 1927.

MANCUSO, Davide. Biografia di Pio La Torre. In: Centro di Studi ed Iniziative Culturali Pio La Torre Onlus. Disponível em: <http://www.piolatorre.it/page/pio_la_torre_biografia.asp>. Acesso em: 30 set. 2020.

MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano. v. 3. 6. ed. Torino: Unione tipografico-editrice torinese.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Precedentes obrigatórios. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. v. II. Campinas: Millennium Editora, 2009.

_____. Instituições de direito processual civil. v. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis; A cultura inquisitiva mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. In: Revista Jurídica Cesumar, jul./dez. 2015, v. 15, n. 2.

MATIDA, Janaína. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP, edição 1, ano 1, 2019.

MCCORD, David. Primer for the nonmathematically inclined on mathematical evidence in criminal cases: People V. Collins And Beyond. In: Washington and Lee Law Review. v. 47, iss. 4, article 3, 1990.

MCCORMICK, Charles Tilford. et.al. McCormick on evidence. 4th. ed. 2. v. St.Paul, Minnesota: West Pb., 1992, p. 438, 2º vol.

MCGRATH, Declan. (1999). The accomplice corroboration warning. Irish Jurist (1966), v. 34, p. 170–201. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/44026470>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. CARLI, Carla Veríssimo de (organizadora). Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.

_____; MORIMOTO JUNIOR, Antônio et al. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; SALGADO, Daniel de Resende (Orgs.) In: A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

_____. Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

_____. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: Colaboração premiada. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. Provas ilícitas: limites à licitude probatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 2ª São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. A atuação do juiz na direção do processo). In: O Novo Processo Civil Brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil. Andrea Carla Barbosa et al. Luiz Fux (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Processo Penal. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. A proteção constitucional da vida privada. São Paulo: LED – Livraria e Editora de Direito, 1996.

MITTERMAIER, C.J.A. Tratado de la prueba en materia criminal. Exposicion comparada de los principios en material criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc. Traducido al castellano con un apendice sobre la legislacion criminal de España, relativa á la prueba. 2. ed. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislacion, 1857.

MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONNERAT, Carlos Fonseca. Inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro em face da criminalidade moderna: um estudo sobre a possibilidade do uso desse mecanismo de decisão no campo penal. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7591>>. Acesso em: 08 mai. 2020.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Direito Constitucional. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAIS, Felipe Soares Tavares. O ônus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro. In: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 81, set. 2016 – dez. 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 205: 11-22, jul./set. 1996.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado Democrático de Direito. In: Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Julgamento e ônus da prova. In: Temas de Direito Processual. 2ª série. Saraiva: São Paulo, 1980.

_____. Notas sobre Alguns Aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 94, n. 344, p. 95–110, out./dez., 1998.

_____. O juiz e a prova. In: Revista de Processo, São Paulo, ano 9, n. 35, p. 181. jul./set.1984.

_____. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, 2001. p. 17-18. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_11.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2022.

_____. O processo penal norte-americano e sua influência. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 12, p. 92, jul./dez. 2000.

_____. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1988.

MORELLO, Augusto Mario. Prueba, incongruencia, defensa en juicio (el respeto por los hechos). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. In: Revista CEJ, Brasília, v. 8, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2020.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Júri: crimes e processos. São Paulo: Atlas, 1999.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A prova por indício no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. 3ª ed.. Buenos Aires: Hammurabi, 2007

NAZZI, Stefano. Il giorno in cui arrestarono Enzo Tortora. In: Il post, 17 settembre 2010. Disponível em: <<https://www.ilpost.it/stefanonazzi/2010/09/17/il-giorno-in-cui-condannarono-enzo-tortora/>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____. La storia di Enzo Tortora. In: Il post, 30 settembre 2012. Disponível em: <<https://www.ilpost.it/2012/09/30/caso-enzo-tortora/7/>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

FENOLL, Jordi Nieva. Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. In: InDret, 3.2020, Universitat de Barcelona. p. 424. Disponível em: <<https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1549.pdf>>. Acesso em 03 ago. 2022. p. 422-423.

_____. Fundamentos de Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Euros Editores, 2012.

_____. Inteligência artificial y proceso judicial. Madrid: Marcial Pons, 2018.

_____. La duda en el proceso penal – proceso y derecho. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. La valoración de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010.

_____. VADELL, Llorenç Bujosa. *Nociones Preliminares de Derecho Procesal Penal*. Barcelona: Atelier Libros, 2016.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

NOBREGA, Rafael Estrela. *A releitura do princípio in dubio pro societate no rito especial do Júri*. In: *Revista Magister*, v. 16, n. 91, ago./set., 2019.

_____. *Acordo de Não Persecução Penal: Breve histórico e perspectivas atuais*.

_____. *Caminhos do Processo Penal cooperativo*. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. DINAMARCO, Candido Rangel; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FUX, Luiz. (coord.). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões processuais penais controvertidas*. 4. ed. São Paulo: Leud, 1995.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

NOVAES, Ana Maria Pires. *A argumentação como mecanismo discursivo: reflexões em torno da teoria da semiótica e da nova retórica*. In: FETZNER, Néli Luiza Cavalieri (Coord.). *Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Júri: princípios constitucionais*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8ª ed. ver. at. e ampl. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Manual de Processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUVOLONE, Pietro. *Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino*. In: *Rivista Di Diritto Processuale*, XXI, 1966, Padova.

OJEDA, Raúl Nuñez. *Argumentação em matéria de fatos e seu controle no processo penal*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. *Fundamentos de direito probatório em matéria penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 6. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

OLIVEIRA, Marcondes Pereira. Acordo de Não Persecução Penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 29, v. 178, abr/2021. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20210178.2&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b78000017821388f14901adb94#sl=p&eid=7f7d9cbdb2ef9acce410f62fb5df019&eat=&pg=I&psl=&nvgS=false&tmp=900>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

ORLANDI, Renzo. “Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista16/revista15.pdf>>. Acessado em 02 out. 2020.

PADOVANI, Tullio. Il Trafico delle indulgenze, “premio” e “corrispettivo” nella dinamica de La punibilità. In: Rivista italiana di diritto e procedura penale. Milano: Giuffrè, 1986.

PALMER, Jeff. Abolishing Plea Bargaining: An End to the Same Old Song and Dance. In: American Journal of Criminal Law; Austin, Vol. 26, Ed. 3, 1999. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

PARIZ, Angelo Aurélio Gonçalves. O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009.

PASCHOAL, Janaína Conceição. Breves apontamentos relativos ao instituto do “plea bargaining” no Direito Norte-Americano. In: Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, fasc. 23. São Paulo, 2001.

PASTORE, Baldassare. Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico. Milano: Giuffrè, 1996.

PATRÍCIO, Rui. O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português. Lisboa: AAFDUL, 2004.

PAZ, Isabel Sánchez García de. El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003. In: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, (07), 2005, p. 15. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2022.

PEDROSA, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Ed RT, 2005.

_____. Processo Penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

PEIRCE, C. S. Philosophical Writings of Peirce. Selected and edited with an introduction by Justus Buchler. New York: Dover Publications.

PEIXOTO, Ravi. Standards probatórios no Direito Processual Brasileiro. Salvador: Editora Juspodium, 2021.

PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça penal negociada: uma análise do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 28, v. 174, dez-20. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20200174.3&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=p&eid=6017f62f435b6f46241a037d6b33fee3&eat=&pg=I&psl=&nvgS=false&tmp=390>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. Delação premiada – Legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

_____. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). In: Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 27, jan./mar. 2009.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica. 2 ed. São Paulo: RT, 2004.

PIERUC CETTI, Claudio Roberto Marques. A moderna jurisdição constitucional e o princípio do devido processo legal. In: Processo Constitucional. FUX, Luiz. 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. v. 2. 3ed. Saraiva, 2016.

PONTE, Antônio Carlos da. Crimes Eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 3. ed. Campinas: Livraria do Advogado, 1999.

POSNER, Richard A. A economia da justiça. Evandro Ferreira e Silva (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2019.

_____. Direito, Pragmatismo e democracia. Teresa Dias Carnero (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Para além do direito. Evandro Ferreira e Silva (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais como garantia fundamental. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). Sistema penal e violência. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. Em torno da Jurisdição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Investigação pelo Ministério Público. In: VASCONCELOS, Eneas Romero de; MALRINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. Polícia e investigação no Brasil. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016b. 0. 327.

QUINTANAR DÍEZ, Manuel. La Justicia penal y los denominados “arrepentidos”. Madrid: Edersa, 1996.

RAMOS, André Tavares. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 43, n. 171, jul./set. 2006.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18. ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Provas atípicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 27, v. 161, nov./2019. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20190161.2&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=p&eid=82817a13050f4ca9f6ed852884e9e3c0&eat=&pg=RR-10.12&psl=&nvgS=false&tmp=27>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies. In: Revista Jurídica, n. 321, ano 52. Porto Alegre: Notadez, julho/2004.

RODRIGUEZ, Raul Cernevali; VAL, Ignacio Castillo. El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente. In: Revista Ius et Praxis, Año 17, n° 2, 2011, pp. 77 – 118 (p. 84). Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4096091>> Acesso em: 07 mai. 2020.

ROMA. Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1947-12-27&atto.codiceRedazionale=047U0001&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 02 out. 2020.

_____. Decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e

riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-10-31&atto.codiceRedazionale=090G0363&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Accesso em: 30 set. 2020.

_____. Decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447. Codice di Procedura Penale. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1988-10-24&atto.codiceRedazionale=088G0492&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.5314008341965828&title=lbl.dettaglioAtto>>. Accesso em: 28 set. 2020.

_____. Decreto-Legge 8 giugno 1992, n. 306. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1992-06-08&atto.codiceRedazionale=092G0353&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Accesso em: 07 out. 2020.

_____. Decreto-Legge 13 maggio 1991, n. 152. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-05-13&atto.codiceRedazionale=091G0191&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.9463843106264376&title=lbl.dettaglioAtto>>. Accesso em: 01 out 2020.

_____. Decreto-Legge 15 gennaio 1991, n. 8. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-01-15&atto.codiceRedazionale=091G0027&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Accesso em: 29 set 2020.

Decreto-Legge 15 dicembre 1979, n. 625. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1979-12-17&atto.codiceRedazionale=079U0625&tipoDettaglio=multivigenza&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=Atto%20multivigente&bloccoAggiornamentoBreadCrumb=true>>. Accesso em: 29 set. 2020.

_____. Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2011-09-28&atto.codiceRedazionale=011G0201&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Accesso em: 29 set. 2020.

_____. Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Sentenza 313/1990. Decisione del 26/06/1990. Pubblicazione in G. U. 04/07/1990 n. 27. Disponibile em:
<<https://www.cortecostituzionale.it>> Accesso em: 28 set. 2020.

_____. Legge 07 agosto 1992, n. 356. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1992-08-07&atto.codiceRedazionale=092G0398&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Accesso em 07 out. 2020.

_____. Legge 12 Giugno 2003, n. 134. Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2003-06-14&atto.codiceRedazionale=003G0162&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.5314008341965828&title=lbl.dettaglioAtto>>. Accesso em: 28 set. 2020.

_____. Legge 12 luglio 1991, n. 203. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-07-12&atto.codiceRedazionale=091G0250&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.9463843106264376&title=lbl.dettaglioAtto>>. Accesso em: 01 out 2020.

_____. Legge 13 settembre 1982, n. 646. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1982-09-14&atto.codiceRedazionale=082U0646&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Accesso em: 29 set. 2020.

_____. Legge 14 ottobre 1974, n. 497. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1974-10-22&atto.codiceRedazionale=074U0497&tipoDettaglio=multivigenza&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=Atto%20multivigente&bloccoAggiornamentoBreadCrumb=true>>. Accesso em: 29 set. 2020.

_____. Legge 15 marzo 1991, n. 82. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-03-16&atto.codiceRedazionale=091G0128&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.9463843106264376&title=lbl.dettaglioAtto>>. Accesso em: 29 set 2020.

_____. Legge 18 febbraio 1987, n. 34. Misure a favore di chi si dissocia dal terrorismo. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1987-02-21&atto.codiceRedazionale=087U0034&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.22722942204387886&title=lbl.dettaglioAtto>>. Accesso em: 29 set. 2020.

_____. Legge 27 dicembre 1956, n. 1423. Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralita'. Disponibile em:
<<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1956-12->

31&atto.codiceRedazionale=056U1423&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>. Acesso em: 29 set 2020.

_____. Legge 29 maggio 1982, n. 304. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1982-06-02&atto.codiceRedazionale=082U0304&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.5884475121548445&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Legge 30 dicembre 1980, n. 894. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1980-12-30&atto.codiceRedazionale=080U0894&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 29 set. 2020.

_____. Legge 31 maggio 1965, n. 575. Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1965-06-05&atto.codiceRedazionale=065U0575&atto.articolo.numero=0&qId=&tabID=0.6102483657953919&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 29 set 2020.

_____. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Codice Penale. Disponível em: <https://www.normattiva.it/atto/vediMenuHTML?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1930-10-26&atto.codiceRedazionale=030U1398¤tSearch=ricerca_avanzata_aggiornamenti>. Acesso em: 29 set. 2020.

ROSA, Alexandre M. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

RUA, Mónica María Bustamante. La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano. In: Opinión Jurídica, Vol. 9, No. 17, pp. 71-91 - ISSN 1692-2530, Enero-Junio de 2010/222 p. (p. 76) Medellín, Colombia. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3294142>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

_____; VELEZ, Diego Palomo. La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal: Una lectura desde Colombia y Chile. In Revista Ius et Praxis, Año 24, n° 3, 2018, pp. 651-692 (p. 684). Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6891053>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

SALVADOR NETTO, Allamiro Velludo. Plea bargaining e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 27, v. 155, mai./2019. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20190155.4&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=p&eid=a739d516025e054655cbc8084afed0c4&eat=&pg=I&psl=&nvgS=false&tmp=264>>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – parte geral*. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

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

_____. *Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro*. In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, jan./abr. 2017. p. 162. Disponível em <file:///C:/Users/Administrativo/Downloads/Dialnet-ColaboracaoUnilateralPremiadaComoConsectarioLogico-5870980.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Prova judicial no cível e comercial*. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1961.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2022.

SCHIFFRIN, Leopoldo H. *Corsi e ricorsi de las garantías procesales penales en la Argentina*. In: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 8, Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005.

SENTENZA IV, 23 giugno 2000, nº 11.626. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 735 e ss., ano XLV, Milão, 2002.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

_____. *Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada – Lei nº 12.850/13*. In: *Associação Paulista do Ministério Público. Artigos 2013*. 1ª ed. São Paulo, 2014. p. 41-45.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Os efeitos do novo Código de Processo Civil no Direito Processual Penal*. In: *Direito Processual Contemporâneo – Estudos em homenagem a Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. 1.ed. PORTO, José Roberto Sotero de Mello; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribiero. (Coord.). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. v. II. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1993.

_____. Registro da prova em processo penal. Tribunal colectivo e recursos. In: Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. v. I. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes. Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SIMONS, Michael A. Retribution for Rats: Cooperation, Punishment, and Atonement. In VANDERBILT LAW REVIEW, v. 56, n. 01, jan 2003. Disponível em <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. Diritto processuale penale. v. I. Milano: Giuffrè, 1994.

SNAPE, John (compiled by). California Penal Code and Evidence Code 2014. Book 1 of 2, part 2, title 7, chapter 2, article 1096. California: Snape Legal Publishing, 2014.

SOLOMON-BRADY, Harvey. THE CITY'S SCARS - When did the IRA Birmingham pub bombings happen, how many were killed and why's there a new inquest? In: The Sun, United Kingdom, 22 mar 2019. Disponível em: <<https://www.thesun.co.uk/news/2277803/ira-birmingham-pub-bombings-new-inquest/>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

SOUZA, José Alberto Sartório de. Plea bargaining: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, fasc. 2. Belo Horizonte, dez. 1998.

SOUSA, Marllon. Plea Bargaining no Brasil: o processo penal por meio do equilíbrio entre o utilitarismo processual e os direitos fundamentais do réu. 2ª ed. Salvador: Juspodium, 2020.

SPRINGER, J. Fred. Burglary and Robbery Pela Bargaining in California: an organizational perspective. In: The Justice System Journal, volume 8, issue 2, 1983. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

STELLA, Federico. Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime, Terza edizione. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. Oltre ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolati della costituzione italiana. In: Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze. Milano: Giuffrè, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. Tribunal do Júri: símbolos e rituais. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

SUANNES, Adalto Alonso. O interrogatório judicial e o art. 153, §§15 e 16, da Constituição Federal. In: Revista dos Tribunais, n. 572, 1993.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no Processo Civil e Penal. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 35, n. 140, out./dez. 1998.

TARUFFO, Michele. A prova. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. Consideraciones sobre prueba y verdad. Derechos y Libertades. In: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, ano VII, jan.- dez. 2002.

_____. Funzione della Prova: la funzione dimostrativa. Sui confini: Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. LI, n. 2, 1997.

_____. La prueba. Madrid: Parcial Pons, 2008.

_____. La prueba de los hechos. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. Notas sobre a verdade no processo. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. Os poderes instrutórios das partes e do juiz na Europa. In: Processo Civil Comparado: Ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. In: Revista Forense, São Paulo, n. 355, maio-jun. 2001.

_____. Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. Nota de atualização do livro Curso de Direito Processual Penal. Salvador: JusPodivm, 2008.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no Direito Tributário. 3. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2011.

TONINI, Paolo. A prova no Processo Penal Italiano. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Curso de processo penal. v. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TORRES, Viegas. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal. Madrid: La Ley, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. v. 3. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRAUM, Anne R. Using outcomes to reframe guilty plea adjudication. In: Florida Law Review, Volume 66, Issue 2, Article 6, February 2015. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

TRIBE, Laurence H. A further critique of mathematical proof. In: Harvard Law Review, v. 84, n. 8, jun-1971.

_____. Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process. In: Harvard Law Review, Cambridge, v. 84, n. 6, 1971.

TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. MORO, Sérgio Fernando (Tradução). In: Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abr./jun. 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do Júri: Estudo sobre a mais democrática instituição brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

UNITED STATES OF AMERICA. Boykin v. Alabama, 395 U.S. 238 (1969), n. 642, Argued March 4, 1969, Decided June 2, 1969. In: Justia US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/238/>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

_____. COURT OF CRIMINAL APPEAL. Corroboration by previous offence. In: The Journal of Criminal Law, vol. 5, no. 1, Jan. 1941, pp. 46–49. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/002201834100500105>>. Acesso em: 04 abr. 2022.

_____. Federal Rules of Criminal Procedure. Disponível em: <<https://www.uscourts.gov/sites/default/files/rules-of-criminal-procedure.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

_____. Federal Rules of Evidence, 2020 edition. Disponível em: <<https://www.rulesofevidence.org/article-iv/rule-401/>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

_____. In: Findlaw for legal professionals. Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/422/590.html>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939), nº. 240, Argued November 14, 1939, decided December 11, 1939. In: Justia US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984), n. 82-1651, Argued January 18, 1984, Decided June 11, 1984. In: Justia US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25 (1970), n. 14, Argued November 17, 1969, Reargued October 14, 1970, Decided November 23, 1970. In: Justia US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/>>. Acesso em: 08 out. 2020.

_____. Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971), n. 70-98, Argued November 15, 1971, Decided December 20, 1971. In: Justia US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/>>. Acesso em: 28 abr. 2022.

_____. Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, n. 358, Argued December 12, 1919, Decided January 26, 1920. In: JUSTIA US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/#tab-opinion-1928437>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984), n. 82-1771, Argued January 17, 1984, Decided July 5, 1984. In: Justia US Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

_____. Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963), n. 36, Argued March 29 and April 2, 1962, Restored to calendar for reargument June 4, 1962, Reargued October 8, 1962, Decided January 14, 1963. In: JUSTIA Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

UNITED STATES SUPREME COURT. In re Winship. nº. 778. Decided: March 31, 1970. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=397&invol=358>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

VALLEJO, Manuel Jaén. *Los principios de la prueba en el proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015.

_____. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no Processo Penal Italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na Justiça Criminal. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, [s.l.], v. 15, jun. 2015. Semestral. Disponível em: <http://www.academia.edu/17052509/Barganha_no_Processo_Penal_Italiano_análise_crítica_do_patteggiamento_e_das_alternativas_procedimentais_na_justiça_criminal>. Acesso em: 28 set. 2020.

VERDE, Giovanni. Prova in generale: b) Teoria generale e diritto processuale civile. In: Enciclopedia del diritto. v. XXXVII, Milano: Giuffr , 1988.

VICTOR, Nathan. Aras prorroga Lava Jato e integra Gaeco   força-tarefa no Paraná. Poder 360. [S.l.], 07 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/lava-jato/aras-prorroga-lava-jato-e-integra-gaeco-a-forca-tarefa-no-parana/>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

VIRGINO, Paulo Quezado Jamile. Dela o premiada. Fortaleza: Gráfica e Editora Fortaleza, 2009.

VOLTAIRE. In: Zadig (ou la Destinée), capítulo 6, p. 53 (1749, reimpresso 1974).

WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba; investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Tradu o de Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o Estado Democrático de Direito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 27, v. 156, jun-19. Disponível em <<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fperiodical%2F92966206%2Fv20190156.4&titleStage=F&titleAcct=i0ad62b780000017821388f14901adb94#sl=p&eid=c756a7751c9b800b40fe5543c15f6f31&eat=&pg=I&psl=&nvgS=false&tmp=540>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

WELLS, Gary L.; MEMON, Amina; STEVEN, Penrod D. Eyewitness Evidence: Improving Its Probative Value. In: Psychological Science in the Public Interest, v. 7, n. 2, 2006, p. 48. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1111/j.1529-1006.2006.00027.x>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

WHITMAN, Peter A. Judicial Plea Bargaining. In: Stanford Law Review, vol. 19, n. 5, 1967, pp. 1082–1092. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1227602>. Acessado em 13 nov. 2020.

WINTER, Alex. BOMB ARREST Birmingham pub bombings – Man arrested in Belfast over murder of 21 people killed in 1974 IRA blast. In: The Sun, United Kingdom, 18 nov 2020. Disponível em: <<https://www.thesun.co.uk/news/13230863/birmingham-pub-bombings-arrested-belfast-murder-21/>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

WOLKART, Erik Navarro. Análise Econômica do Processo Civil como a economia, o direito, e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 1 . ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et.al. Direito penal brasileiro. Teoria Geral do Direito Penal. 1  volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. Direito penal humano e poder no século XXI. Trad.  lison Dias dos Santos e Jhonatas Péricles Oliveira. Salvador: EDUFBA, 2020.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Aplica o supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla fun o. Pro

futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal. DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Salvador: Juspodium, 2016.

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

ANEXO A - Jurisprudências ilustrativas dos elementos puros para recebimento da denúncia/queixa em casos genéricos

3. Quanto à alegada ausência de elementos válidos de autoria, cabe referir que não constitui mister da jurisdição superposta adiantar-se no exame do fundo da acusação discutida na causa principal, sob pena de violação da partição constitucional de competências. Premissa diversa, por não se confundir com a avaliação do fundo da controvérsia em si, é a constatação da ausência de elementos aptos a lastrearem a justa causa. 4. Tal reconhecimento, todavia, não pode ocorrer desassociado da reticência da jurisprudência, categórica ao ressaltar que "o trancamento da ação

penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos (i) de manifesta atipicidade da conduta; (ii) de presença de causa de extinção da punibilidade do paciente; ou (iii) de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas" (STF, HC 170.355 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2019, DJe 30/05/2019) - o que não é a hipótese dos autos. 5. O Juiz do conhecimento, nas informações que prestou para instruir este julgamento, esclareceu que há elementos de autoria e materialidade idôneos para a deflagração do processo-crime, notadamente ao ressaltar o depoimento do Corréu, o reconhecimento pessoal realizado pela testemunha ocular e o fato de outras testemunhas divergirem sobre o local em que o Paciente estava no momento em que a conduta criminosa ocorreu, além de concluir que a instrução é necessária para apurar-se, de forma exauriente, se o acusado participou da conduta - sem prejuízo de, ao final, eventualmente aplicar o princípio in dubio pro reo. 6. Denúncia lastreada em elementos válidos para a tipificação do crime em tese, ao demonstrar a suposta prática do fato delituoso, permitindo ao Réu, sem qualquer dificuldade, ter ciência da conduta ilícita que lhe foi imputada, de modo a garantir o livre exercício do contraditório e da ampla defesa, competindo ao Juiz Singular - natural da causa -, avaliar os elementos probatórios levados ao seu conhecimento. 7. "No momento do recebimento da denúncia o standard probatório [é] menos rigoroso" (STF, Inq 4.657, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 11/10/2018) - o que categoricamente impede, mormente nesta análise de cognição sumária, sobrepor-se à jurisdição de primeiro grau e, em substituição ao juízo competente para a instrução e julgamento do feito, reconhecer prontamente a ausência de elementos de autoria.¹¹⁹⁵

(...) o Agravante reitera as alegações do recurso ordinário e acrescenta que a conduta que lhe foi imputada (inserir o dedo na vagina da Vítima "deixa vestígios, sendo passível de comprovação por perícia médica" (fl. 212), motivo pelo qual a resposta negativa para conjunção carnal e outros atos libidinosos "acarreta ausência de materialidade do crime e, conseqüentemente, falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal" (ibidem). (...) 2. Para o recebimento da denúncia é desinfluyente que não tenha sido referido que as condutas ocorreram em contexto de alegada brincadeira, pois a peça é lastreada notadamente no depoimento de Vítima - de destacado valor jurídico -, que descreve a prática de atos que constituem elementos para a tipificação do crime em tese. A exordial acusatória demonstra adequadamente a suposta prática do fato delituoso, permitindo ao Réu, sem qualquer dificuldade, ter ciência da conduta ilícita que lhe foi imputada, de modo a garantir o livre exercício do contraditório e da ampla defesa.¹¹⁹⁶

Trata-se de agravo regimental no agravo em recurso especial interposto por O A S C B - denunciado pela prática, em tese, da conduta descrita no art. 147, caput, do Código Penal, na forma do art. 7º, inciso II, da Lei n. 11.340/2006 (...) 2. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido que se a queixa, fundada em elementos suficientes, permite a adequação típica, ela não é inepta e nem peca pela falta de justa causa (RHC 47.192/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 05/08/2015). Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que [p]ara recebimento da denúncia, não é necessária análise exauriente das provas colhidas durante a fase inquisitorial, devendo o juízo processante avaliar os requisitos do art. 41 do CPP, examinando a validade formal da peça e a presença de

¹¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 617.542/MG, Ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, 22/03/2022, DJe 28/03/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=148011499&num_registro=202002620834&data=20220328&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 09 jul. 2022.

¹¹⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RHC 160542/SP (2022/0043559-4), Ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 08/03/2022, DJe 14/03/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2144080&num_registro=202200435594&data=20220314&peticao_numero=202200120149&formato=PDF>. Acesso em 09 jul. 2022.

indícios suficientes de autoria e de materialidade (AgRg no RHC 136.322/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 26/11/2021) (...) Cumpre destacar que a denúncia nada mais é que uma proposta de acusação, cuja viabilidade depende do atendimento dos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, consistentes na individualização da conduta do acusado e na exposição dos elementos indispensáveis à constatação da conduta, em tese, criminosa, permitindo o exercício das garantias constitucionais inerentes ao processo penal. Assim, para dar início à persecução criminal, exige-se que a peça acusatória apresente prova da materialidade e indícios suficientes da autoria delitiva, sempre sujeita à efetiva comprovação no curso da relação jurídica processual por ela inaugurada. (...) De modo semelhante, este Superior Tribunal de Justiça também possui entendimento no sentido que se a queixa, fundada em elementos suficientes, permite a adequação típica, ela não é inepta e nem peca pela falta de justa causa (RHC 47.192/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 05/08/2015).¹¹⁹⁷

5. Se, por um lado, o standard probatório exigido para a condenação é baseado em juízo de certeza que exclua qualquer dúvida razoável quanto à autoria delitiva, por outro lado, para o início de uma investigação, exige-se um juízo de mera possibilidade. A justa causa para o oferecimento da denúncia, a seu turno, situa-se entre esses dois standards e é baseada em um juízo de probabilidade de que o acusado seja o autor ou participe do delito. 6. No caso dos autos, é manifesta a ausência de justa causa para o exercício da ação penal, porque o único indício de autoria existente em desfavor do acusado decorre de um reconhecimento fotográfico absolutamente inválido, feito em desconformidade com o rito legal e no qual a vítima afirmou que, apesar de o réu ter características muito semelhantes às do criminoso, não tinha condições de afirmar que foi ele o autor do roubo. A rigor, portanto, nem sequer houve efetivo reconhecimento. Além disso, houve evidente induzimento na realização do ato, uma vez que, depois de não ter reconhecido nenhum suspeito na primeira oportunidade em que ouvida, quinze dias depois a vítima foi chamada novamente à delegacia para reconhecer especificamente o denunciado. (...) Se, por um lado, o standard probatório exigido para a condenação é baseado em juízo de certeza que exclua qualquer dúvida razoável quanto à autoria delitiva, por outro lado, para o início de uma investigação, exige-se um juízo de mera possibilidade. A justa causa para o oferecimento da denúncia, a seu turno, situa-se entre esses dois standards e é baseada em um juízo de probabilidade de que o acusado seja o autor ou participe do delito. (...) Não ignoro, naturalmente, que, conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o trancamento do processo em habeas corpus, por ser medida excepcional, somente é cabível quando ficarem demonstradas, de maneira inequívoca e a um primeiro olhar, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas da materialidade do crime e de indícios de autoria ou a existência de causa extintiva da punibilidade. No caso dos autos, todavia, é manifesta a ausência de justa causa para o exercício da ação penal, porque o único indício de autoria existente em desfavor do acusado decorre de um reconhecimento fotográfico absolutamente inválido, feito em desconformidade com o rito legal e no qual a vítima afirmou que, apesar de o réu ter características muito semelhantes às do criminoso, não tinha condições de afirmar que foi ele o autor do roubo. Assim, ainda que eventualmente seja possível (juízo de possibilidade), não há como afirmar a existência de probabilidade de que o denunciado seja o autor do delito de roubo.¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 2035697/SC (2021/0400889-2), Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 15/03/2022, DJe 18/03/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=147471306&n_um_registro=202104008892&data=20220318&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 09 jul. 2022.

¹¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC nº 734.709/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, j. 07/06/2022, DJe 10/06/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201028631&dt_publicacao=10/06/2022>. Acesso em: 09 jul. 2022.

1. O trancamento do inquérito policial, assim como da ação penal, é medida excepcional, só sendo admitida quando dos autos emergirem, de plano, e sem a necessidade de exame aprofundado e exauriente das provas, a atipicidade da conduta, a existência de causa de extinção da punibilidade e a ausência de indícios de autoria e de provas sobre a materialidade do delito. (...) 3. A inicial acusatória demonstra a materialidade e indícios suficientes da autoria, destacando que o recorrente deixou de recolher o ICMS referente à omissão de receita tributável. Dessa forma, há que ser reconhecida a justa causa para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público e seu recebimento pela autoridade Judiciária.¹¹⁹⁹

A denúncia está amparada em extensa investigação, com colheita de elementos probatórios via quebra de sigilos, que indicam o recebimento pelo paciente de altas quantias de empresa, por meio da qual a organização criminosa aplicava estelionato contra consumidores. Por isso, não se acolhe o pedido de trancamento do feito por ausência de justa causa.¹²⁰⁰

2. A denúncia narra o suposto conluio delitivo descoberto na Câmara de Vereadores de Natal e, em seguida, traz a individualização da conduta de cada um dos Acusados, apresentando os elementos para a tipificação do crime em tese e demonstra o envolvimento do Recorrente com o fato delituoso, permitindo-lhe, sem nenhuma dificuldade, ter ciência da conduta ilícita que lhe foi imputada, de modo a garantir o livre exercício do contraditório e da ampla defesa. 3. A peça acusatória relata que o Acusado, Vereador, teria indicado "servidora fantasma" para cargo comissionado, cuja lotação se daria em seu próprio Gabinete, a fim de desviar os salários pagos à custa do erário. Menciona, inclusive, a relação de proximidade entre a servidora nomeada e a filha do Recorrente, que teria solicitado àquela a abertura de uma conta corrente para possibilitar o recebimento de uma mesada paga pelo parlamentar denunciado, o que indica o suposto modus operandi do peculato-desvio. 4. Não há falar em falta de justa causa para a persecução penal, tampouco atipicidade, porque há nos autos diversos elementos indiciários da suposta participação do Recorrente no esquema espúrio investigado, a saber: a) o relato da própria servidora indicada pelo Acusado, informando que jamais prestou serviços à Câmara de Vereadores e que recebeu pedido da filha do parlamentar para abertura de conta corrente com a finalidade de recebimento de uma mesada; b) a lista encontrada fortuitamente correlacionando os servidores nomeados para cargo em comissão com o respectivo "padrinho" e c) os documentos funcionais relativos ao pagamento dos salários. Portanto, é inegável que o conjunto probatório angariado perante o Juízo processante é suficiente para o início da ação penal, cujo reexame aprofundado é vedado na via do habeas corpus.¹²⁰¹

ANEXO B – Jurisprudência ilustrativa para recebimento da denúncia/queixa do delatado a partir das declarações do delator

Senhor Presidente, louvo as manifestações das partes, dos tribunais, e, mais uma vez, o alentado, aprofundado, vigoroso voto trazido pelo eminente Ministro Luiz Edson

¹¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RHC 162800/DF. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, j. 24/05/2022, DJe 27/05/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=151319636&num_registro=202200899976&data=20220527&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 09 jul. 2022.

¹²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 712608/SP, Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, 05/04/2022, DJe 08/04/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=147845922&num_registro=202103978405&data=20220408&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 09 jul. 2022.

¹²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 126378/RN, Ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, j. 29/03/2022, DJe 04/04/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=148621165&num_registro=202001018282&data=20220404&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 09 jul. 2022.

Fachin. Eu acompanho Sua Excelência na parte em que Sua Excelência está a rejeitar a denúncia. Porém, peço vênia ao eminente Relator para ir na linha em que já tenho votado aqui. Todos sabem, aqueles que acompanham esta Turma, que temos tido divergência quanto à qualidade dos elementos corroboradores das colaborações premiadas apresentadas. O eminente Ministro Edson Fachin, coerente com as manifestações, os votos que tem trazido, entendeu suficientes aqueles elementos aqui apontados. E eu peço vênia a Sua Excelência para, também coerente com votos anteriores, divergir de Sua Excelência. Aponto doutrina jurídica ao longo de meu voto - não vou fazer a leitura dele, porque já aduzi, em outros votos por mim proferidos, citados no voto que trago e que farei juntar. Diante da quantidade de feitos, é necessário, penso, otimizarmos o tempo. Eu anoto, então, que essa teoria jurídica vai exatamente no sentido de meu posicionamento, da necessidade de termos, para a corroboração, elementos concretos. É evidente que o eminente Relator destaca elementos outros além das palavras dos colaboradores. Contudo, de minha óptica, esses elementos - quais sejam, por exemplo, documentos unilateralmente produzidos pelos próprios colaboradores, ou elementos de viagem, ou de reuniões que não se traduzem em dados concretos - não são suficientes para se abrir a persecução penal. Eu discorro sobre todos esses elementos ao longo de meu voto e concluo que, de minha óptica, eles não comprovam a materialidade dos delitos imputados aos acusados. Quando muito, possibilitam inferências e ilações no sentido de que os acusados mantinham algum contato ou que fizeram deslocamentos mencionados pelos colaboradores. De meu ponto de vista, todos esses elementos - aqui estou só destacando um trecho, há outros elementos que coloco em meu voto - não bastam para tornar estreme de dúvida a materialidade especificamente das condutas criminosas imputadas aos denunciados. E eu, como já tenho votado, desde que me tornei juiz, entendo que esse momento do recebimento da denúncia é o momento em que temos que fazer um escrutínio, como fez o eminente Relator; mas o eminente Relator tem uma óptica diferenciada. Por tais razões, voto da seguinte forma, Senhor Presidente: acompanho o Relator, como já me manifestei, para afastar as preliminares. Segundo, acompanho o Relator no sentido de rejeitar as imputações contidas no subitem 4-B da denúncia, relativas aos supostos recebimentos de vantagem indevida por meio da celebração de contratos, supostamente fictícios de prestação de serviços com banca de advocacia para posterior repasse ao real destinatário, tocantes a *Ciro Nogueira Lima Filho*, *Fernando de Oliveira Hughes Filho*, *Sidney Sá Neves* e *Ricardo Ribeiro Pessoa*, com fundamento no art. 395, III, do CPP. E, pedindo vênia, as mais respeitadas vênicas ao eminente Relator, divirjo de Sua Excelência pelas razões que sumariamente declinei, mas que estão mais alentadamente colocadas em meu voto, para rejeitar também as imputações contidas no subitem 4-A da denúncia, referente à solicitação e à aceitação de recebimento de vantagem indevida, bem como pagamento desdobrado em repasses em espécie quanto aos acusados *Ciro Nogueira Lima Filho*, *Fernando Mesquita de Carvalho Filho* e *Ricardo Ribeiro Pessoa*, com fundamento no art. 395, III, do CPP. É um resumo de meu voto, Senhor Presidente. É como voto.¹²⁰²

ANEXO C – Voto vencido proferido pelo Min. Edson Fachin no Inquérito 3994/DF, julgado em 18/12/2017. Jurisprudência ilustrativa a respeito dos elementos de corroboração para recebimento da denúncia/queixa em face do delatado

MÉRITO DA FASE DE DENÚNCIA: 19. Cumpre, agora, apontar premissas comuns a qualquer deliberação de recebimento da denúncia. (...) À luz dessas premissas é que se analisam os elementos probatórios que dão suporte às imputações. A materialidade e os indícios de autoria, elementos

¹²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inq. 4074/DF, relator Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, j. 14/08/2018. p. 17/10/2018. Dje Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748451691>>. Acesso em 19 jul. 2022.

básicos para o recebimento da denúncia, encontram-se presentes a partir do substrato trazido com o caderno indiciário. A inicial acusatória, em seu núcleo, atribui a Benedito de Lira e Arthur Lira as condutas tipificadas no art. 317, § 1º, do Código Penal c/c 327, § 2º, do Código Penal e no art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/1998; ao acusado Ricardo Pessoa atribui, além dessa última infração penal, o crime do art. 333, parágrafo único, do Código Penal, tudo na forma dos arts. 29 e 69 do Código Penal. (...) Os elementos apresentados pela acusação indicam, no entanto, que mesmo antes da alteração no comando do Partido Progressista, os denunciados Benedito de Lira e Arthur Lira já teriam envolvimento no sistema de corrupção instaurado na Diretoria de Abastecimento da Petrobras. **Nesse sentido, foram destacados registros de entrada (a) de Benedito de Lira na sede da Petrobras, em 8.4.2011, com propósito de visitar Paulo Roberto Costa (Informação Policial 54/2015, fls. 1.000- 1.018); e (b) de Arthur Lira em escritório de Alberto Youssef, nas datas de 16.6.2010, 3.2.2011, 24.2.2011 e 7.7.2011 (Informação Policial 46/2015, fls. 997-999), com suposta finalidade de receber valores em espécie.** Sob esse panorama, a Procuradoria-Geral da República sustenta que o repasse de vantagens indevidas oriundas da Petrobras ao Senador Benedito de Lira e ao Deputado Federal Arthur Lira teria se dado das seguintes maneiras. (...) **20.** O primeiro repasse de valores espúrios direcionados aos parlamentares acusados relatados na denúncia teria ocorrido em meados de 2010, quando a cúpula do Partido Progressista teria autorizado Alberto Youssef a que se utilizasse de recursos oriundos de crimes de corrupção passiva cometidos no âmbito da Diretoria de Abastecimento da Petrobras para custear gastos da campanha ao Senado de Benedito de Lira, então deputado federal. (...) **Recibos assinados pelo próprio Benedito de Lira (fls. 958 e 961) apontam que, de fato, a CONSTRAN S/A Construções e Comércio, teria realizado duas doações eleitorais ao acusado, nos valores de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) cada, em 23.7.2010 e 27.8.2010. Nesse sentido são também os documentos de transferência bancárias juntados às fls. 957 e 960. (...) Nos meses subsequentes à realização da citada doação eleitoral, consta dos autos que teriam sido realizadas 4 (quatro) doações à campanha de Arthur Lira para Deputado Federal pela própria campanha de Benedito de Lira ao Senado. As doações, nos montantes de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), R\$ 100.000,00 (cem mil reais), R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e R\$ 100.000,00 (cem mil reais), teriam sido feitas nas datas de, respectivamente, 14.9.2010, 28.9.2010, 6.10.2010 e 11.10.2010 (fl. 964).** (...) Ao contrário do que argumentam os parlamentares acusados, a realização dessas operações por meio de doações eleitorais declaradas ao Tribunal Superior Eleitoral não é suficiente para legitimar os valores repassados. Para fins de verificação do crime de corrupção passiva, é irrelevante que a vantagem indevida tenha sido paga na forma de doação oficial; importa, sim, se os pagamentos se deram em razão do exercício da função pública, o que no caso, segundo apontam os elementos probatórios carreados aos autos, teria ocorrido. Como visto, a questão que se coloca a partir das incontroversas doações eleitorais é a probabilidade (porque se está em juízo de recebimento de denúncia) da tese segundo a qual elas não se destinavam a patrocinar ideologias partidárias compartilhadas, mas se traduziam em contrapartidas financeiras ilícitas pela viabilização do acerto de preços e divisão de obras da Petrobras, por um cartel de empresas, dentre as quais a que estava sob a presidência de Ricardo Pessoa, possibilitada por atos do diretor da área de abastecimento daquela estatal, gerando lucro à primeira em detrimento da segunda. Em que pese a natural dificuldade de haver provas documentais ou mesmo testemunhais (de não colaboradores), nesse tipo de crime, porque as circunstâncias em que envolvidos tais delitos de corrupção normalmente são de conversas e de acertos privados, não escritos, **entendo que no presente caso há elementos probatórios suficientes para esta fase de recebimento de denúncia.** Além dos convergentes relatos dos

colaboradores acerca do fato alegadamente típico, desde a reunião no Rio de Janeiro em que teria sido autorizada a utilização de crédito de recursos do “caixa de propina” do PP em benefício de Benedito de Lira até a escolha da UTC (CONSTRAN) como a empresa que repassaria tais recursos por meio de doações oficiais, há elementos materiais convincentes, considerado este primeiro olhar, próprio da fase de recebimento de denúncia, atestando que o denunciado Arthur de Lira não só conhecia Alberto Youssef como lhe encontrava com certa frequência, no seu escritório em São Paulo, apesar da distância entre essa e as cidades profissional e residencial do denunciado Arthur Lira e de seu genitor, Benedito de Lira. **Há, exatamente no período de captação de recursos de campanha (meados de 2010), pelo menos um registro de visita de Arthur Lira ao escritório de Alberto Youssef, o que demonstra inequivocamente que se conheciam. Ademais, houve, ainda mais três visitas já ano seguinte, em 2011, em relação às quais se imputam retiradas em espécie. Embora neste primeiro fato se trate de doações eleitorais, anteriores às mencionadas visitas de 2011, não há como negar que elas corroboram, nessa fase, a assertiva do relacionamento entre eles.** A propósito, a defesa não nega tais visitas, mas as justifica sem trazer aos autos quaisquer elementos que confirmem plausibilidade à versão por ela deduzida. Diante da mera alegação de motivo para lá ter estado por tantas vezes, em pequeno período de tempo, sobretudo considerando a diversidade de domicílios já citada, deve ser objeto de instrução probatória, pois não há elementos probatórios suficientes de convicção que permitam afastar de plano (acolhendo a defensiva, portanto) a versão acusatória; mas o contrário, por ora, considerando a fase processual. (...) **21.** Narra-se na denúncia que ainda no ano de 2010 Arthur Lira teria solicitado a Alberto Youssef o pagamento de dívidas de sua campanha eleitoral à Câmara dos Deputados e da campanha de seu pai, Benedito de Lira, ao Senado, com um agiota, de nome Eduardo Freire Bezerra Leite. Para atender ao pedido, Alberto Youssef teria se utilizado de recursos oriundos do sistema criminoso instaurado na Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Além do depoimento já transcrito, em que Ricardo Ribeiro Pessoa relembra o teor da suposta conversa por ele mantida com Benedito de Lira dando conta de tais fatos, há mais informações prestadas por outro colaborador envolvido nos fatos. (...) **Os fatos narrados nos depoimentos supratranscritos são suficientemente corroborados pelos elementos probatórios materiais e testemunhais acostados com a denúncia e colhidos durante a instrução, considerada a fase processual de recebimento de denúncia. A Informação 039/2015 da Secretaria de Pesquisa e Análise da Procuradoria-Geral da República – SPEA/PGR (fls. 80-92) destaca a realização de duas transferências bancárias entre empresas controladas por Alberto Youssef, a MO Consultoria Comercial e Laudos Estatísticos Ltda. e a Empreiteira Rigidez Ltda., de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) cada, à Câmara e Vasconcelos – Locação e Terraplanagem Ltda. – ME, nas datas de 22.12.2010 e 7.1.2011. Conforme depoimentos constantes dos autos, Eduardo Freire Bezerra Leite teria indicado a Câmara e Vasconcelos a Arthur Lira como a empresa que deveria receber os pagamentos de Alberto Youssef, (...) Além das incontestadas transferências, exatamente como narrado por Alberto Youssef e do testemunho supracitado, que indica expressamente Arthur Lira como o tomador do empréstimo e dá diversas justificativas para o referido mútuo, há registros materiais desta transação, no controle informal alimentado por Rafael Lopez, das operações realizadas a partir das empresas de fachada controladas por Alberto Youssef por meio de interposta pessoa, Waldomiro de Oliveira, a quem o principal auxiliar de Alberto Youssef apelidara de “pescador” para fins de codificar seus registros. (...) Da referida planilha consta o registro do repasse de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no dia 22.12.2010 – data da primeira transferência à Câmara e Vasconcelos –, da qual teria sido beneficiada pessoa identificada como “Band Bn” (fl. 842). Indagado a respeito dessas anotações, o colaborador esclareceu que “sempre**

utilizava a expressão ‘Band’, que significa bandido, seguida da inicial, para se referir a algum político” (fl. 1.179). (...) Tais transferências e a ligação entre Arthur Lira e Eduardo Bezerra Leite são incontrovertidos, pois o denunciado não nega tais fatos, apenas para eles apresenta outra versão, por ora carente de verossimilhança, já que desprovida de quaisquer elementos probatórios, os quais são indispensáveis à eventual exclusão de plano da imputação, nesta fase. No entanto, como dito, a versão acusatória, por ora, merece trânsito. (...) **Os registros na contabilidade de Alberto Youssef apresentados demonstram que as transferências bancárias à empresa Câmara e Vasconcelos teriam tido por objetivo beneficiar ao menos um dos parlamentares acusados, se não ambos.** Há nos autos, é certo, depoimento de Pedro Corrêa (fls. 900-902) no sentido de que o empréstimo perante Eduardo Freire Bezerra Leite teria sido obtido por Arthur Lira em favor daquele. No entanto, essa questão deve ser melhor esclarecida no curso da ação penal, pois, repita-se, não foram trazidos quais elementos probatórios aos autos no sentido da versão do denunciado; ao contrário: há elementos no sentido da versão acusatória, sobretudo considerando a anotação realizada na planilha de Rafael Ângulo Lopez, que refere mesma transação (com identidade de data, destinatário e valor) como beneficiando Benedito de Lira.

22. O Ministério Público aduz que Arthur Lira e Benedito de Lira também teriam recebido vantagens indevidas por meio do repasse de valores em espécie. (...) **As anotações, segundo declarações de Paulo Roberto Costa, representariam as quantias repassadas ao Partido Progressista e ao Senador Benedito de Lira, realizadas a partir de planilhas de controle dos repasses de valores espúrios encontrada pelo colaborador em escritório de Alberto Youssef.** (...) As anotações constantes na agenda de Paulo Roberto Costa retiradas do controle mantido por Alberto Youssef foram por ambos referidas, em seus depoimentos. **Além disso, é relevante notar que elas se encontravam em agenda que foi apreendida nos autos do processo 5049557-14.2013.404.7000/PR (Operação Bidone), ou seja, no início das investigações que deram origem à cognominada Lavajato, no ano de 2014 e antes, portanto, de Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef terem se tornado colaboradores, o que afasta de plano a possibilidade de esta prova contra seu proprietário ter sido por ele produzida após o acordo de colaboração firmado. Portanto, o documento consiste em registro material relevante, considerando as circunstâncias de modo e de tempo seu conhecimento: busca e apreensão ocorrida antes dos acordos de colaboração indicam com bastante segurança, dada a fase em que se encontra o feito, não se tratar de documento com chance de ter sido “fabricado” ou “produzido” por um dos colaboradores a fim de amparar eventual conteúdo de duas declarações.** Afastada, nessa fase, tal possibilidade, prepondera a força probante do documento, de forma suficiente a corroborar as afirmações de ambos os colaboradores. **Assoma-se a esta prova material outro elemento probatório com forte carga de convencimento, por se tratar de registro documentado por meio de sistema eletrônico de controle de entradas e saídas, pela portaria principal, do prédio onde se localizava um dos escritórios de Alberto Youssef, já referida em tópico anterior, como indicativa da relação entre eles.** (...) **Posto esse cenário, há pelo menos uma visita registrada de Arthur Lira em 2010 - ano eleitoral e em que teriam se intensificado os repasses – ao escritório de Alberto Youssef. Além deste registro, datado de 16.6.2010, foram verificados ao menos mais três, já em 2011, também corroborando a versão de Alberto Youssef no sentido de que repasses ocorreram em 2010 e em 2011 para financiar a campanha dos denunciados, inclusive em relação a dívidas delas.** (...) **Todos esses elementos materiais são aptos – porque não desconstituídos por outros elementos de estatura probatória suficiente – a corroborar, nesta fase, as declarações de Alberto Youssef no sentido de valores destinados a Benedito de Lira teriam sido repassados pelo colaborador, na sede da JPJPAP Assessoria e Participações S/C Ltda.** (...) Em face

disso, entendo deva ser recebida a denúncia também por este fato, em relação a Arthur Lira e a Benedito de Lira. (...) **Essa lógica parte de elementos materiais (registros nas contabilidades de Rafael Ângulo Lopez e Paulo Roberto Costa) que corroboram o conteúdo convergente dos depoimentos em colaboração premiada de Alberto Youssef, Paulo Roberto Costa, Rafael Ângulo Lopez e Ricardo Ribeiro Pessoa.** (...) Assim, pelo material probatório até agora carreado aos autos, deve ser recebida a denúncia com relação a ambos, pois não afastadas as versões acusatórias de forma convincente, na medida em que por ora se trata de meras alegações, não tendo sido carreadas provas de mesma estatura em comparação às apresentadas pela acusação, até esta fase, hipótese de instrução probatória necessária pela presença de justa causa. Como dito, não é suficiente para ensejar a rejeição da denúncia a alegação dos acusados de que os valores recebidos pelos parlamentares não teriam sido pagos com vistas à prática de um ato de ofício específico de sua atribuição. Isso porque, da análise até agora procedida nos fatos examinados, verifica-se que as vantagens indevidas supostamente repassadas aos acusados teriam sido contabilizadas por Alberto Youssef no controle de vantagens indevidas ao Partido Progressista. Há plausibilidade, em face de registros materiais, na tese de que os valores tenham se originado, assim, direta ou indiretamente, de caixa formado por recursos pagos por empreiteiras para garantir a realização de contratos no âmbito da Diretoria de Abastecimento da Petrobras, então controlada politicamente pela agremiação partidária. Igualmente, há elementos probatórios suficientes a conferir plausibilidade à tese de que os denunciados participaram ativa, voluntária e conscientemente, não sendo suficiente para afastar as imputações meras alegações de desconhecimento de origem ilícita dos valores ou mesmo do “sistema criminoso” alegadamente montado na diretoria de abastecimento da Petrobras, se tais alegações não possuem mínimo suporte probatório que embase a rejeição, de plano, dos crimes. (...) **23.** Como último fato alegadamente típico imputado, consta da exordial acusatória que o Deputado Federal Arthur Lira teria, em 10.10.2011, na sede da UTC Engenharia S/A em São Paulo, solicitado diretamente a Ricardo Pessoa o pagamento de vantagem indevida, no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o que teria ocorrido por meio do repasse de valores em espécie ao parlamentar, por Walmir Pinheiro Santana. (...) Posto esse panorama, mesmo que se tome como premissa teórica a convergência de versões entre colaboradores como elemento suficiente para o convencimento necessário ao juízo de recebimento de denúncia, no caso dos autos, há fragilidade na versão de ambos os colaboradores, que não foi corroborada por Alberto Youssef ou mesmo por outros elementos probatórios. Nesse sentido, ainda que se considerasse factível a presença de Arthur Lira na sede da UTC, o alegado pagamento de R\$ 1.000.000,00 em espécie carece, na hipótese, de mais elementos de convencimento, motivo pelo qual rejeito a denúncia em relação a Arthur Lira e Ricardo Ribeiro Pessoa quanto a esta imputação. **(grifos no original)**¹²⁰³

ANEXO D – Votos vencidos proferidos, respectivamente, pelo Min. Edson Fachin e pela Min. Carmem Lúcia, no Habeas Corpus 169.119, julgado em 02/04/2019. Jurisprudência

¹²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3994/DF relator Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, j. 18/12/2017, Dje 06/04/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14602908>>. Acesso em 10 jul. 2022.

ilustrativa a respeito dos elementos de corroboração para decretação/manutenção de prisão preventiva em face de delatado ¹²⁰⁴

Senhor Presidente, eminentes Pares, eminente Ministro Gilmar Mendes, que supera, no caso, a Súmula 691 e concede a ordem de habeas corpus de ofício. Cumprimento, também, tal como fez Sua Excelência, a Senhora Subprocuradora-Geral da República, Doutora Cláudia Sampaio Marques; e me permito, também, cumprimentar, de modo especial, Professor Nilo Batista, a quem toda nossa geração aprendeu a admirar e a respeitar como um exemplo de pensamento que nunca se vergou, nos momentos mais difíceis deste País, e sempre se pôs de pé em todas essas circunstâncias. Portanto, de modo especial, saúdo o ilustre professor. E também me permito, Senhor Presidente, registrar que, do ponto de vista humano, é exemplar e de merecer, ao menos, a minha associação ao drama humano que Sua Senhoria fez referência da tribuna em circunstâncias como aqui se presentifica com a imposição de prisão cautelar dessa natureza. Na hipótese, do ponto de vista da dogmática penal e do processo penal, que está a se cuidar aqui, é se se trata ou não de um conjunto de circunstâncias que podem levar à superação da Súmula 691. Com a correção e - obviamente, nem poderia ser diferente - o eminente Ministro-Relator, ao início do seu voto, assentou que esta súmula, por evidente, não revogada, um verbete vigente nesse Supremo Tribunal Federal, traria, de início o não conhecimento desta impetração. Sua Excelência, nada obstante, entende que é hipótese em que se abre uma daquelas circunstâncias, que são admitidas por este mesmo Tribunal, para a concessão da ordem de ofício. Como não raro se passa num colegiado, as mesmas circunstâncias não têm sempre o mesmo juízo de valor, portanto, sobre essa circunstância, o juízo de valor que sobre ela projeto, pedindo vênias ao eminente Ministro-Relator e às teses que aqui foram sustentados, é de ordem diversa. Ou seja, a superação da Súmula 691 carrega, no presente caso, uma circunstância adicional, que é a seguinte. A liminar, nesta hipótese, restou indeferida, no habeas que foi impetrado no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em 20 de fevereiro de 2019, e esse indeferimento restou publicado em 26 de fevereiro, sendo objeto de decisão no Superior Tribunal de Justiça, e, em decisão monocrática, o eminente Ministro Rogério Schietti também não acolheu a impetração, e desta decisão não houve interposição de agravo regimental. Portanto, estamos, aqui, a tratar de uma circunstância em que, em face da decisão monocrática de ministro do Superior Tribunal de Justiça, não houve recurso àquele colegiado, a defesa diretamente veio, em 18 de março corrente, e impetrou o respectivo habeas neste Supremo Tribunal Federal. Sobre essa circunstância, o que tem assentado a compreensão não unânime - evidente que não se trata de compreensão unânime -, mas a compreensão majoritária da Primeira e da Segunda Turma. Eis o que restou posto, com a sua maestria de sempre, pelo nosso eminente Decano, o Ministro Celso de Mello, no Habeas Corpus 167.719, em sede de agravo regimental. Disse Sua Excelência: "IMPETRAÇÃO DEDUZIDA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR DA UNIÃO - HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL EM EXAME - DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA POR AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO - RESSALVA DA POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR DESTA CAUSA," - é o que assentou Sua Excelência o nosso Decano - "QUE ENTENDE CABÍVEL O 'WRIT' EM CASOS COMO ESTE - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO. RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO." E o texto da ementa é este: "É incognoscível o remédio constitucional de 'habeas corpus', quando impetrado, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal, contra decisão monocrática proferida por Ministro de Tribunal Superior da União, pois a admissibilidade desse 'writ' supõe a existência de

¹²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 169.119/RJ, relator Min. Gilmar Mendes, j. 02/04/2019. p. 03/08/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753367925>>. Acesso em 18 ago. 2022.

juízo colegiado emanado de qualquer das Cortes Superiores. Precedentes. Ressalva da posição pessoal do Relator" - é o que acentua o eminente Ministro Decano - "desta causa." Esta percepção - obviamente, nem poderia deixar de ser assim - foi reiterada por Sua Excelência em numerosos outros precedentes, como no Habeas Corpus 156.854, em que ressaltou a sua posição pessoal e assentou que a admissibilidade do mandado de segurança supõe a existência de julgamento colegiado emanado de qualquer das cortes superiores. Pois bem, neste presente caso, portanto, nós não temos e não teremos julgamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, eis que lá não restou impetrado o agravo regimental, logo a impetração aqui teria esse efeito substitutivo do agravo regimental que lá não restou interposto, ou propiciaria a solução que o eminente Ministro-Relator está a trazer à colação: não conhecer da impetração, mas, nada obstante, diante dos argumentos que Sua Excelência traz à colação, restaria a possibilidade, que tem sido admitida por este Supremo Tribunal Federal em casos de ilegalidade flagrante e teratologia, o deferimento da ordem de ofício. Portanto, Senhor Presidente, do ponto de vista da preliminar, entendo ser a hipótese de não conhecimento da impetração. No entanto, se essa preliminar for afastada, adianto, desde logo, a percepção em face da qual, neste caso, sobre as eventuais circunstâncias, ou seja, a teratologia e flagrante ilegalidade, há pelo menos duas manifestações, uma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e outra do eminente Ministro Rogério Schietti, em sentido diverso ao que propõe Sua Excelência o eminente Ministro-Relator. Ao indeferir a liminar, o Desembargador Federal Paulo Espírito Santo assentou que estão presentes indícios robustos acerca da participação do paciente em atos ilícitos, e quando preenchidos os requisitos e pressupostos que a autorizem, como, na espécie, a ausência de estado de flagrância, de contemporaneidade, não é óbice para a decretação da preventiva. A seu turno, na decisão, deixou assentado o eminente Ministro Schietti, o seguinte: "O édito prisional, ao menos em exame perfunctório, não possui vício de fundamentação e não é teratológico. O Juiz de primeiro grau indicou indícios razoáveis de autoria delitiva (palavras dos colaboradores, documentos, depoimentos etc.) e para evidenciar a periculosidade do réu, destacou a densidade lesiva de graves crimes, supostamente reiterados por anos, por meio de intrincada organização criminosa, com profissionalismo e sofisticação. A autoridade explicou a importância de não tratar os casos de corrupção como crimes menores, de gravidade ímpar porque possuem enorme potencial para atingir, com severidade, um número incontável de pessoas. Assinalou que novos fatos sinalizam, com maior segurança, a periculosidade do paciente, não obstante a concessão de liberdade provisória em outra ação, na qual responde pela prática de fatos similares." É o que cito da menção feita por Sua Excelência o eminente Ministro Rogério Schietti. Portanto, Senhor Presidente, do ponto de vista do mérito, nada obstante as observações que fiz ao início e que são genuínas, o caso presente não é diverso de circunstâncias similares que, em meu modo de ver, temos apreciado. Mantenho-me coerente com aquilo que tenho examinado, para reconhecer, em determinados casos, manifesta ilegalidade ou teratologia, o que, à luz dessas citações que faço e dos elementos que foram trazidos aos autos e que pude verificar, por não entender presentes as circunstâncias que levariam o afastamento da Súmula 691. Cito como precedente o HC 137.234. Em sede desse habeas corpus, o eminente e saudoso Ministro Teori Zavascki assentou: "A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a necessidade de interromper a atuação de organização criminosa constitui fundamentação idônea para a decretação de custódia preventiva." Também assim se postam os Habeas Corpus 136.298, da relatoria de nosso eminente Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski; Habeas Corpus 136.935, de relatoria do nosso eminente Presidente do Tribunal, Ministro Dias Toffoli; o Habeas Corpus 149.726, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio e também o Habeas Corpus 95.024, de relatoria da eminente Ministra Cármen Lúcia. Há diversos outros precedentes. Concluo o voto, Senhor Presidente, registrando que o dissenso é próprio de juízos de realidades distintos que se projetam sobre circunstâncias que são valoradas pela ordem normativa à luz de uma imprescindível hermenêutica que não colhe, nem poderia colher, exceto em percepções totalitárias, a mesma conclusão. Por isso, pedindo todas as vênias a Sua Excelência o Ministro-Relator, não conheço do habeas corpus e não acompanho o deferimento de ofício, não

afastando, portanto, a Súmula 691, no caso. Adentrando-se, eventualmente, o mérito, caso conhecido o habeas corpus, voto pela denegação da ordem. É como voto, Senhor Presidente.

Quero dizer, Presidente, que me chamaram muito a atenção, da exposição feita no relato apresentado na petição inicial, alguns excertos do decreto de prisão que foram aqui realçados pelo Ministro Gilmar Mendes, Relator, e que realmente trazem enorme preocupação quanto à forma de se decretar uma prisão, especialmente em um caso em que já havia sido antes devidamente decretada, ou indevidamente decretada, porque houve depois o relaxamento, mas com a superveniência de uma nova decisão judicial. Neste caso, portanto, alguns dos excertos traduziam para mim uma enorme preocupação, especialmente a circunstância de que não teriam sido trazidos elementos suficientes para que houvesse comprovação da tentativa do paciente de destruir arquivos e documentos e, enfim, novidades, como foi aqui apresentado da tribuna. O que, no entanto, com a vênia do Ministro-Relator, levame, neste caso, a acompanhar a divergência, depois da análise feita, é a circunstância de que os elementos também trazidos, especialmente na manifestação do Ministério Público, são no sentido de que aqui se teria algo que a jurisprudência deste Tribunal tem acolhido como sendo apropriado e fundante de um decreto de prisão hígido, que seria a circunstância a ser examinada, até porque é contra indeferimento de medida liminar no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de mérito naquele Tribunal, de se ter a comprovação, que teria sido superveniente, quanto à posição do paciente na organização, a gravidade, portanto, daí decorrente, que a nossa jurisprudência acolhe como sendo um fundamento suficiente para que, comprovadamente, no exame do mérito que será feito ter-se o cumprimento da legislação no caso, não se teria portanto a teratologia que foi alegada. Reitero que alguns dos excertos somente com a contestação dos fatos apresentados pelo Ministério Público é que me levam a manter a Súmula 691, no caso, aplicando-se no sentido de que há de se aguardar o julgamento no Superior Tribunal do exame de mérito. E, portanto, a superação da Súmula aqui, que levaria ao imediato julgamento, como apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, faria com que nós tivéssemos que não apenas superar a Súmula, mas já, de pronto, examinar estes elementos que não têm aqui uma definição, também na minha compreensão, tal como agora afirmado pelo Ministro Fachin, com inteireza suficiente para que eu me animasse a superar súmula e conceder, ainda que de ofício, porque também não conheceria. Esses dados que foram acrescentados pelo Ministério Público, que estão de acordo com a jurisprudência do Supremo, no sentido de que a participação em um evento que pode ser considerado como de organização criminosa levaria realmente a considerar a gravidade suficiente para a comprovação de aplicação da legislação. (...) estou acompanhando a divergência, inaugurada pelo Ministro Edson Fachin. É como voto.

ANEXO E – Voto da relatora Min. Maria Isabel Gallotti no AgRg no Inquérito nº 1.190/DF (2017/0142021-0), julgado em 15/09/2021. Jurisprudência ilustrativa a respeito dos elementos de corroboração para decretação de medidas cautelares reais em face de delatado

Para o exame da controvérsia, transcrevo da decisão agravada (fls. 567-577 do apenso 1):

“01. Trata-se de representação exarada pelo DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL, na qual se requer a MEDIDA CAUTELAR ASSECURATÓRIA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS, nos termos em que aduz o artigo 125 e seguintes do Código de Processo Penal, bem como artigo 4º, § 4º da Lei 9613/98. 02. Denota-se, por meio da representação, que o Inquérito 1190/STJ foi instaurado junto a este Superior Tribunal de Justiça, a pedido do Ministério Público Federal, tendo como base os acordos de colaboração premiada do presidente e executivos da Empresa JBS, nos quais há relatos que indicam o envolvimento do

Governador do Mato Grosso do Sul, R A, em organização criminosa voltada para a prática de crimes contra a administração pública. 03. Observa-se, então, que Presidentes e executivos do Grupo JBS celebraram acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal em 03/05/2017, relatando pagamento de vantagens indevidas para diversas autoridades das esferas federal, estadual e municipal, sendo a avença submetida ao c. Supremo Tribunal Federal e homologada pela c. Suprema Corte, em 11/05/2017. 04. Pontua a Autoridade Policial que os depoimentos foram divididos em termos e anexos, que correspondem a diversos fatos criminosos, em relação aos quais o Procurador-Geral da República requereu abertura de inquéritos junto ao c. Supremo Tribunal Federal, a fim de investigar as autoridades com prerrogativa de foro perante aquela e. Corte, bem como requereu o envio para outras instâncias dos anexos relativos a investigados sem a referida prerrogativa naquele c. Tribunal Supremo. 05. Destaca, no ponto, que os fatos investigados no Inquérito 1190/DF são relativos a Governador de Estado e que a abertura desse procedimento se voltou à apuração da participação do Governador do Mato Grosso do Sul, R A, em esquema de recebimento de vantagem indevida pago pelo Grupo J&F em troca de concessão de créditos tributários. 06. Para tanto, destaca a Autoridade Policial que: “Em período compreendido entre os anos de 2014 a 2016, no Estado do Mato Grosso do Sul, o Governador R A, utilizando do seu cargo como Chefe do Poder Executivo, em comunhão de desígnios e com a intermediação de seu filho R DE S E S, além de empresários e agentes públicos do alto escalão do governo estadual, recebeu vantagens indevidas repassadas pela Empresa JBS, e, em contra partida, praticou atos de ofício relacionados à celebração de Termos de Acordos de Regime Especial – TAREs que concediam benefícios fiscais à referida empresa. Como contrapartida à influência do Governador, a Empresa JBS pagava propina entre 20% e 30% do que deixava de recolher aos cofres públicos em decorrência dos TAREs. O repasse dos valores eram realizados pela JBS por meio de três formas distintas, entrega de dinheiro em espécie, pagamento de notas fiscais 'frias' emitidas por pecuaristas e empresas do ramo frigorífico contra a JBS sem a devida contrapartida e por meio de doações eleitorais oficiais. Em um segundo momento, as pessoas físicas e jurídicas utilizadas como intermediárias no recebimento da propina repassavam os valores para o Governador R A por meio de entregas de valores em espécie e contratos simulados, viabilizando assim o branqueamento de capitais obtidos por meio da conduta criminosa”. (fls. 05) 07. Aduz que, de acordo com as declarações prestadas pelos colaboradores J B, W B, V A B, D A DE C e F C DE O, integrantes da Empresa JBS, foi possível identificar a existência de um suposto esquema ilícito de pagamento de vantagens indevidas aos gestores do Mato Grosso do Sul, originado no ano de 2003 e com sobrevida até a atual gestão de R A. 08. Assevera, por meio dos depoimentos das testemunhas U A S DA S, F G, É H D e de L U DO R R, assim como os documentos trazidos pelos aludidos colaboradores e a confirmação por parte do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA, que as notas fiscais apresentadas para pagamento pela JBS são ideologicamente falsas, corroboraram, de forma segura e convincente, as afirmações dos colaboradores. 09. Detalha a atuação de suposta organização criminosa calcada na celebração de acordos de benefícios fiscais, por meio dos quais o Governador R A, em troca das benesses tributárias estaduais concedidas, recebia, em tese, percentual de vantagem indevida, entre 20% a 30%, sobre o valor do crédito apurado pela JBS. 10. Nesse diapasão, foram descritas as três formas de operacionalização da captação das vantagens indevidas, a fim de garantir a dissimulação da origem dos recursos criminosos direcionados ao Governador R A, sendo que a primeira delas era perpetrada através de doações eleitorais no ano de 2014, a segunda pautada na utilização de notas fiscais fraudulentas, emitidas, preponderantemente, pela Empresa B C DE C, no ano de 2015, e por pecuaristas, no ano de 2016 e a

terceira via de simulação de trânsito de valores criminosos, foram apontados pagamentos realizados através de entregas em espécie a emissário indicado por R S E S, filho do Governador R A, ocorridos tanto na cidade de São Paulo/SP, quanto no Rio de Janeiro/RJ. 11. Além de narrar a vinculações financeiras, familiares/pessoais e políticas entre os representados, com aferição de diversas movimentações suspeitas de valores pelo Conselho de Controle de Atividade Financeiras – COAF, gravitando em torno do objeto da presente investigação, concluiu a Autoridade Policial que consolidada está uma organização criminosa, com atuação estruturada e divisão de tarefas para a obtenção de vantagens econômicas por meio da prática dos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva e lavagem de dinheiro. 12. Por fim, visando-se traçar ainda mais o caminho percorrido pelos valores entregues em espécie e aqueles pagos por meio das notas fiscais, até seu destinatário final, qual seja o Governador R A, bem como demais integrantes da organização criminosa, representa a Autoridade Policial pelas medidas cautelares de restrição de liberdade e busca e apreensão. 13. Instado a se manifestar, postulou o Ministério Público Federal pelo deferimento dos pedidos e decretação das medidas. É o relatório. Decido. DO BLOQUEIO, O SEQUESTRO E A REPATRIAÇÃO DE EVENTUAIS QUANTIAS: 14. O sequestro é medida assecuratória cujo deferimento acarreta a indisponibilidade dos bens móveis ou imóveis adquiridos pelo agente como proveito da infração penal ou produto indireto (fructus sceleris), cuja finalidade precípua é garantir a reparação do dano causado pelo delito e a perda do produto ou proveito auferido pelo agente com a prática do crime, evitando-se, pois, benefício decorrente da própria torpeza. 15. Destaca o artigo 4º da Lei 9613/98, que “O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes”. 16. Em seu § 4º, ressalta o legislador que “Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas”. 17. Sabe-se que as dificuldades de enquadramento teórico das medidas cautelares patrimoniais, como o sequestro e o arresto, no âmbito do processo penal, são afirmadas por doutrina, ao reconhecer que “o Código de Processo Penal não empregou a palavra seqüestro em seu sentido estrito e técnico; deu-lhe compreensão demasiadamente grande, fazendo entrar nela não apenas o que tradicionalmente se costuma denominar seqüestro, mas também outros institutos afins e, especialmente, o arresto”, ressaltando, ainda, que “a confusão não foi apenas terminológica”, porquanto “misturam-se, por vezes, no mesmo instituto coisas que são próprias do seqüestro com outras que são peculiares ao arresto” (REsp 1.585.781-RS, Quinta Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe 01/8/2016). 18. Como se observa, essa alteração legislativa parece ampliar o conceito de sequestro para estendê-lo também a quaisquer valores e/ou direitos, desde que constituam proveito ou produto do crime, ainda mais, tanto poderão ser apreendidos os bens produto do crime antecedente, quanto o do delito de lavagem em apuração e/ou processo. 19. No ponto, como amplamente demonstrado, faz-se presente não somente a materialidade, como também fortes indícios de autoria delitiva, sendo certo, ademais, que a não intervenção direcionada à respectiva constrição, poderá, em alto grau de probabilidade, ocasionar a perda dos valores aventados pela Autoridade Policial e ratificados pelo Ministério Público Federal. 20. Como bem destaca a Autoridade Policial: “Os termos de depoimentos dos colaboradores JOESLEY BATISTA, WESLEY BATISTA e VALDIR APARECIDO BONI, DEMILTON ANTONIO DE CASTRO,

FLORISVALDO CAETANO DE OLIVEIRA, bem como das testemunhas URGELMAR ARTHUR STORNI DA SILVA, FLÁVIO GERODETTI, ÉRICA HENNA D'ADDIO e de LUCIANA UBALDINA DO REGO RIBEIRO, todos da empresa JBS, assim como os documentos por eles apresentados, principalmente notas fiscais e comprovantes de pagamentos, evidenciam de forma segura e convincente, a existência de um esquema ilícito de pagamento de propinas aos sucessivos governadores eleitos do Estado Mato Grosso do Sul, com origem informada que remontaria ao ano de 2003, e com continuidade no Governo atual de R A, foco da presente investigação. Tal suspeita torna-se mais clara com a confirmação por parte do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA de que as notas fiscais apresentadas para pagamento pela JBS são ideologicamente falsas. Conforme mencionado no início desta representação e evidenciado nos seus diversos capítulos, a atuação da organização criminoso tinha por base a celebração de acordos de benefícios fiscais, por meio dos quais, o Governador daquele Estado, em troca das benesses tributárias concedidas, supostamente recebia um percentual de propina incidente sobre o valor do crédito apurado pelas empresas. No caso da JBS, este percentual era de 20% ou 30%. Os acordos entre a JBS e o Governo do Mato Grosso Sul, que teriam dado azo ao referido esquema, foram apresentados pelos colaboradores, e se encontram devidamente acostados aos autos. O conjunto probatório apresentado pelos colaboradores acerca de tal esquema, alicerçado, diga-se de passagem, em elementos de convicção harmônicos e coerentes entre si, não deixa dúvidas sobre como se dava a dinâmica de sua operacionalização, as modalidades ou formas de dissimulação utilizadas para o pagamento de propina, os valores repassados, as datas em que ocorreram e principais envolvidos. Neste cenário investigativo, o que ainda resta pendente de conhecimento e esclarecimentos adicionais – LACUNA DA INVESTIGAÇÃO, é a forma de destinação subsequente dos valores pagos supostamente a título de propina pela JBS em benefício do Governador R A, após serem depositados ou transferidos para conta de pecuaristas ou para a empresa BURITI COMÉRCIO DE CARNES LTDA. No mesmo sentido, não se sabe, em detalhes, como os valores recebidos em espécie foram revertidos em proveito do Governador, após entregas ao seu emissário, nas cidades do Rio de Janeiro/RJ e em São Paulo/SP. Em relação ao modus operandi do esquema, entretanto, restou evidenciado, conforme os capítulos 4.2, 4.3, 4.4 e 4.5 desta representação, a utilização de três vias básicas para a dissimulação do pagamento de propina ao Governador R A, dentre as quais, destacando-se, aquela realizada ainda durante o pleito eleitoral de 2014, por meio da formalização de doação eleitoral oficial a sua então campanha política. (Capítulo 4.4) Sobre essa estratégia, calha considerar inclusive que o adiantamento de valores nesse caso, ficou condicionado à promessa de manutenção dos acordos de benefícios fiscais em vigor, e mediante ajuste prévio de que seriam abatidos posteriormente do percentual de propina a ser pago. Situação esta que, de fato, veio a ser concretizada em 2015, conforme narrativa dos colaboradores e documentos apresentados. No caso específico, valendo considerar, a propósito, documento comprobatório com os lançamentos dos valores das respectivas doações na “conta corrente da propina”, espécie de sistema de controle mantido pela JBS em relação aos valores pagos nessa condição ao Governo do Mato Grosso do Sul. A segunda forma de dissimulação verificada, e também mais usual, se dava através da utilização de notas fiscais fraudulentas, emitidas, no caso, preponderantemente, pela empresa BURITI COMÉRCIO DE CARNES LTDA, no ano de 2015, e por pecuaristas, no ano de 2016. (Capítulos 4.2 e 4.3) Como terceiro recurso, verificou-se os pagamentos realizados através de entregas em espécie a emissário indicado pelo filho do Governador, ocorridas tanto na cidade de São Paulo/SP, quanto no Rio de Janeiro/RJ. (Capítulo 4.5) Buscou-se ainda, a demonstração dos vínculos existentes entre o Governador R A e os pecuaristas responsáveis pela emissão das notas falsas utilizadas para o

pagamento de propina, no ano de 2016. No mesmo sentido, procedeu-se em relação aos operadores do esquema. (Capítulos 4.6 e 4.9) Em tópico próprio, foram destacados também, os apontamentos relevantes dos colaboradores e funcionários da JBS acerca de reuniões diretamente relacionados aos fatos sob investigação, algumas ocorridas na Sede da JBS em São Paulo/SP, com a presença do próprio Governador R A ou operadores, e outras, realizadas no Gabinete deste, no Palácio do Governo, em Campo Grande/MS, com a presença de um dos delatores. (Capítulo 4.7) Considerando-se os registros de passagem aéreas apresentados por VALDIR APARECIDO BONI, elaborou-se diagrama representativo das suas viagens a Campo Grande/MS, correlacionando-as com notas fiscais supostamente entregues pelo Governador R A, no ano de 2016, utilizadas para dissimulação do pagamento de propina naquele ano. De igual modo, fez-se diagrama representativo das viagens de FLORISVALDO CAETANO DE OLIVEIRA, a cidade do Rio de Janeiro, no ano de 2015, realizadas com a finalidade de fazer a entrega de valores em espécie a ANTÔNIO CELSO CORTEZ, emissário do Governador. Ambas as situações corroboram dois pontos importantes da investigação. O primeiro, relativo a narrativa de VALDIR APARECIDO BONI, no sentido de que, na operacionalização do esquema em 2016, ele próprio se deslocava até Campo Grande/MS, com o fim de buscar das mãos do Governador R A, em seu Gabinete, no Palácio do Governo, as notas fiscais falsas utilizadas para dissimulação de pagamentos naquele ano. O segundo ponto, refere-se a afirmativa de WESLEY BATISTA, de que parte dos valores da propina acertada foram pagas em espécie com entregas realizadas por FLORISVALDO, tanto na cidade do Rio de Janeiro quanto em São Paulo. No diagrama elaborado, verifica-se que as datas dos registros de passagem apresentados por FLORISVALDO coincidem substancialmente com as datas das entregas informadas em planilha apresentada pelo colaborador, corroborando-se assim, a narrativa deste. Na continuidade, com base em RIF da empresa BURITI COMÉRCIO DE CARNES LTDA, apontou-se diversas ocorrências de movimentações atípicas em sua conta e de empresas relacionadas, muitas com indicativos de lavagem de dinheiro. (Capítulo 4.8) Posteriormente, foram apresentados os indícios de participação de JOSÉ RICARDO GUITTI GUIMARRO, vulgo “POLACO”, ANTÔNIO CELSO CORTEZ, JOÃO ROBERTO BAIRD e IVANILDO DA CUNHA MIRANDA, como operadores ou intermediários do esquema sob investigação. (Capítulo 4.9) Ao ensejo, demonstrou-se ainda, em tópico subsequente, os elementos indiciários quanto ao envolvimento de R S E S, filho do Governador R A, destacando-se, a propósito, sua participação na indicação do emissário ANTÔNIO CELSO CORTEZ. No capítulo 4.13 foram detalhadas informações contidas no bojo da Operação Lama Asfáltica demonstrando a participação de investigados que tiveram atuação no esquema criminoso tanto no Governo de ANDRÉ PUCCINELLI como no Governo de R A, dando a entender que o esquema investigado no presente inquérito não passa de continuidade do esquema desvendado na Operação Lama Asfáltica. Importante destacar ainda, os indícios de atuação violenta da organização criminosa investigada, extraídos do PIC 06.2017.000002334-8 - 30ª MP MS, no qual ficou comprovada a participação de membros dessa organização no planejamento de um homicídio contra JOSÉ RICARDO GUITTI GUIMARRO, ex-integrante do grupo. O que se pode perceber pelas informações contidas nos autos do INQ 1190 STJ é que estamos diante de uma organização criminosa, na qual os investigados atuaram de forma estruturada e com divisão clara de suas tarefas para a obtenção de vantagens econômicas por meio da prática dos crimes de CORRUPÇÃO ATIVA, CORRUPÇÃO PASSIVA e LAVAGEM DE DINHEIRO. No vértice dessa organização criminosa possivelmente está o Governador do Mato Grosso do Sul R A. Este, com auxílio de seu filho RODRIGO DE SOUZA E SILVA, e utilizando-se do cargo de chefe do executivo estadual, negociou a

concessão dos benefícios fiscais em troca do pagamento de propinas. Após a formalização dos termos de benefícios para a empresa JBS a operacionalização dos pagamentos ficava por conta de RODRIGO DE SOUZA E SILVA, IVANILDO DA CUNHA MIRANDA, JOÃO ROBERTO BAIRD, ANTÔNIO CELSO CORTEZ e JOSÉ RICARDO GUITTI GAMARRO. Além do recebimento de valores em espécie e por meio de doações eleitorais oficiais, a maior parte da transferência de valores foi feita pela JBS por meio de pagamentos de notas fiscais. Como forma de dissimular e ocultar essa transferência de valores, as pessoas jurídicas AGROPECUARIA DUAS IRMAS LTDA e BURITI COMERCIO DE CARNES LTDA, bem como os pecuaristas ELVIO RODRIGUES; FRANCISCO CARLOS FREIRE DE OLIVEIRA; IVANILDO DA CUNHA MIRANDA; JOSE ROBERTO TEIXEIRA; MARCIO CAMPOS MONTEIRO; MILTRO RODRIGUES PEREIRA; NELSON CINTRA RIBEIRO; OSVANE APARECIDO RAMOS; RUBENS MASSAHIRO MATSUDA; e ZELITO ALVES RIBEIRO, emitiam notas fiscais ideologicamente falsas para dar aspecto de legalidade à saída dos valores das contas da JBS. De alguma maneira, ainda desconhecida pela equipe de investigação, os valores entregues em espécie e aqueles pagos por meio das notas fiscais, possivelmente chegavam à esfera patrimonial do Governador e, uma parte menor, seria destinada para os demais integrantes da organização criminosa. Todo esse esquema deixa clara a existência de três núcleos atuantes na organização criminosa: a liderança e coordenação, possivelmente integrada por R A e seu filho R S E S, o núcleo dos operadores, composto por IVANILDO DA CUNHA MIRANDA, JOÃO ROBERTO BAIRD, ANTÔNIO CELSO CORTEZ e JOSÉ RICARDO GUITTI GAMARRO e o Núcleo dos que expediram as notas fiscais para possibilitar a lavagem do dinheiro (fls. 115-v/117-v)". 21. Assevera, ainda, que: **“No ano de 2012, por meio da Lei nº 12.694/12, diversos dispositivos penais e processuais penais foram alterados a fim de adequar a legislação brasileira à estratégia internacional de repressão ao crime organizado e à lavagem de capitais. Uma das mudanças introduzidas pela novel legislação foi a possibilidade de que medidas assecuratórias possam alcançar não apenas o produto direto do crime, como também bens e valores equivalentes ao dano causado, conforme nova redação do art. 91, II, §2º do Código Penal. É preciso levar em consideração que a razão de existir das organizações criminosas é a busca pelo enriquecimento rápido e em grande escala. Por conseguinte, a estratégia mundial de enfrentamento à corrupção e à lavagem de dinheiro está diretamente ligada ao asfixiamento financeiro das organizações criminosas. Por esta razão, a eficiência da persecução criminal vai além da eventual imposição de pena privativa de liberdade aos investigados e busca também viabilizar o retorno aos cofres públicos das cifras milionárias que foram desviadas. Neste cenário, visando o completo dismantelamento do esquema criminoso no Estado do Mato Grosso do Sul, torna-se essencial também a adoção de medidas assecuratórias que visem, ao mesmo tempo, o asfixiamento financeiro da organização criminosa e a garantia de ressarcimento ao erário em caso de condenação pelos crimes ora imputados, consoante previsão contida no art. 4º da Lei nº 9.613/06, in verbis: “Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) Conforme já exaustivamente abordado no decorrer desta representação, a atuação da organização criminosa gerou o prejuízo de aproximadamente 209.750.000,00 (duzentos e nove milhões e setecentos**

e cinquenta mil reais), tendo por base aquilo que o Estado do Mato Grosso do Sul deixou de arrecadas em virtude da celebração dos termos de benefícios fiscais. Os colaboradores relatam que os pagamentos realizados pela empresa JBS em decorrência dos benefícios fiscais obtidos tiveram como destinatário final o Governador R A. Por meio das notas fiscais e comprovantes de pagamento apresentados, o Governador teria obtido como proveito das ações criminosas o valor de R\$ 67.791.309,00 (sessenta e sete milhões, setecentos e noventa e um mil e trezentos e nove reais). É certo que para a consumação dos delitos sob investigação o destinatário final dos valores contou com auxílio de intermediários e operadores, além de pecuaristas e empresários que emitiram notas fiscais ideologicamente falsas. Na atual fase da investigação, não é possível individualizar os valores auferidos por cada um dos integrantes da organização criminosa, sendo possível afirmar tão somente, pelos relatos dos colaboradores, que o grande beneficiário do esquema criminoso, possivelmente seria o Governador R A. É certo que para a consumação dos delitos sob investigação o destinatário final dos valores contou com auxílio de intermediários e operadores, além de pecuaristas e empresários que emitiram notas fiscais ideologicamente falsas. **No capítulo 4.11.2. (Das transações imobiliárias realizadas por R A) e 4.13.2 (Informações da Operação Lama Asfáltica relacionadas a IVANILDO DA CUNHA MIRANDA) ficou demonstrado a realização de transações imobiliárias suspeitas realizadas entre R A e outras pessoas citadas na investigação, bem como transações imobiliárias entre familiares do Governador realizadas em período concomitantes à ocorrência dos fatos investigados. Esses negócios imobiliários apontam que uma forma possível para o ingresso do proveito do crime na esfera patrimonial de R A seria a aquisição de imóveis urbanos e rurais. Nessa linha, e diante da magnitude do prejuízo causado ao erário, esta autoridade de polícia judiciária entende que deve ser aplicada a medida assecuratória de sequestro dos bens imóveis de R A, devendo a medida abranger também a pessoa jurídica pertencente à família do investigado, AGROPECUÁRIA TAQUARUÇU, bem como os demais familiares, FATIMA ALVES DE SOUZA SILVA, RODRIGO SOUSA E SILVA, TIAGO SOUZA E SILVA e RAFAEL SOUZA E SILVA, os quais tiveram imóveis transferidos para seus nomes (fls.117-v/119)”.**

22. O Ministério Público Federal, por sua vez, registrou que (fls. 291/294): “42. Num cenário de desenfreada corrupção, é dever do titular da ação penal postular pela indisponibilidade de bens móveis e imóveis dos investigados, como autorizam os art. 125 do CPP e o art. 4º da Lei nº 9.613/98, para aplacar os proveitos dos crimes, vez que a quebra de sigilo, as colaborações premiadas, a prova documental e as interceptações telefônicas demonstram à saciedade a existência de materialidade e indícios de autoria. 43. De toda sorte, a constrição de bens, direitos ou valores que sejam instrumento, produto ou proveito do crime de lavagem pode recair no patrimônio do investigado ou de interposta pessoa (laranjas), a fim de garantir a sua responsabilização plena, incluindo o prejuízo causado, bem como as despesas processuais e o valor provável das penas pecuniárias. 44. Para seu deferimento, não se exige maior rigor probatório na comprovação da suspeita e da vinculação do patrimônio à origem ilícita, bastando indícios suficientes da origem ilícita dos bens, em atenção ao princípio do in dubio pro societate, ao passo que o perigo da demora é presumido de modo absoluto, não se exigindo qualquer tipo de demonstração de dilapidação patrimonial, como expõe Renato Marcão: “De acordo com as graduações de probabilidade que o indício fornece e com a verossimilhança que dele se extrai, na medida em que se afasta da simples probabilidade, é possível distinguir meros indícios de indícios veementes, conforme sua substância probatória. Para o deferimento da medida, não se exige prova robusta; é suficiente a demonstração de indícios veementes, sérios, a indicar que determinado bem foi adquirido com proveito obtido com a prática

delitiva. Exemplo: são sequestráveis o apartamento, as joias e veículos adquiridos com dinheiro roubado (CP, art. 157) ou proveniente de corrupção passiva (CP, art. 317). Os dois primeiros requisitos representam o *fumus boni juris*, mas, por estarmos diante de medida acatulatoria, é indispensável a presença do *periculum in mora*; é preciso estar “evidenciado que a medida se faz urgente, sob pena de ineficácia, e tanto isso é exato que, se for determinada na fase de inquérito, a ação penal deverá ser ajuizada no prazo de sessenta dias, contados de sua efetivação, sob pena de levantamento do sequestro.” 45. Na mesma direção, caminha jurisprudência pátria: “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO JUDICIAL. SEQUESTRO E ARRESTO DE BENS. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso, a teor do disposto no art. 5º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (Súmula 267/STF). II - A jurisprudência desta eg. Corte, contudo, tem afastado, em hipóteses excepcionais, essa orientação, em casos de decisões judiciais teratológicas ou flagrantemente ilegais. III - Ausência de teratologia da r. decisão que mantém a indisponibilidade de contas bancárias que, segundo a denúncia, seriam destinadas ao depósito de valores advindos do crime de lavagem de dinheiro. (Precedentes). IV - Indisponibilidade de bens que encontra amparo no art. 4º, caput e § 2º, da Lei nº 9.613/98, com as alterações da Lei nº 12.683/12. V - Ademais, a questão alusiva ao alcance da constrição já foi apreciada em outro writ, sendo que, naquela oportunidade, a segurança foi parcialmente concedida, "para determinar a liberação dos ativos que não se inserem nos itens da denúncia". VI - O crime de lavagem de dinheiro é apurado de forma autônoma em relação ao crime antecedente (no caso, fraude em licitação), não sendo a hipótese de se quantificar o proveito econômico obtido no que diz respeito aos fatos apurados no processo antecessor (art. 2º, II, da Lei nº 9.613/98). Recurso ordinário desprovido.” (Grifou-se) 46. As provas colhidas até o momento indicam, em cognição sumária, que os investigados R A, FATIMA ALVES DE SOUZA SILVA, R S E S, RAFAEL SOUZA E SILVA, TIAGO SOUZA E SILVA integram, supostamente, um grupo criminoso dedicado, há quase meia década, à prática de crimes contra a administração pública e de lavagem de dinheiro. Existe uma verdadeira vocação profissional ao crime, com estrutura complexa, tracejando um estilo de vida criminoso dos investigados, que merece resposta efetiva por parte do sistema de defesa social. 47. Diante da expressiva movimentação financeira, que alça o provável montante em vantagens indevidas de R\$ 67.791.308,48 (sessenta e sete milhões, setecentos e noventa e um mil, trezentos e oito reais e quarenta e oito centavos), percebidas, em tese, por R A, FATIMA ALVES DE SOUZA SILVA, R S E S, RAFAEL SOUZA E SILVA, TIAGO SOUZA E SILVA e da AGROPECUÁRIA TAQUARUÇU, investigada circundada pelos mesmos, inegável são os danos causados à sociedade, que fica privada de ter investimentos na saúde e educação, para irrigação criminosa do patrimônio deles, sendo certo que é o crime de lavagem de dinheiro que propicia a continuidade da prática dos demais delitos, uma vez que, sem a reciclagem do produto, não tem o crime como prosperar. 48. Obstada a lavagem de capitais, inviabilizada fica a continuidade da prática dos crimes antecedentes aludidos, razão pela qual urge interromper o fluxo financeiro propiciado pelos investigados R A, FATIMA ALVES DE SOUZA SILVA, R S E S, RAFAEL SOUZA E SILVA, TIAGO SOUZA E SILVA e AGROPECUÁRIA TAQUARUÇU, com o sequestro dos imóveis, por meio da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB e automóveis, via RENAJUD, além do bloqueio via BACENJUD/SUSEP de todos os valores existentes em nome deles, que, somados, devem ir até o limite de R\$ 277.541.309,00 (duzentos e setenta e sete milhões, quinhentos e quarenta e um mil, trezentos e nove reais)”. 23.

Nesses termos, com fulcro nos arts. 125 e seguintes do CPP e art. 4º da

Lei nº 9.613/06, defiro o pedido em tela, a fim de determinar o sequestro de imóveis via CENTRAL NACIONAL DE INDISPONIBILIDADE DE BENS - CNIB, das seguintes pessoas físicas e jurídicas, para que seja decretada a indisponibilidade de ativos, no patamar de R\$ 277.541.309,00 (duzentos e setenta e sete milhões, quinhentos e quarenta e um mil, trezentos e nove reais), dos investigados R A SILVA (CPF 286.339.381-20), FATIMA ALVES DE SOUZA SILVA (CPF 698.484.911-04), R S E S (CPF 017.351.341-71), RAFAEL SOUZA E SILVA (CPF 005.391.611-52), TIAGO SOUZA E SILVA (CPF 005.447.771-90), e AGROPECUÁRIA TAQUARUÇU LTDA (CNPJ 26.344.320/0001-52), com sua implementação a ser instrumentalizada NO DIA 12/09/2018. 23.1. Em caso de impossibilidade de efetuar-se o bloqueio e sequestro por meio eletrônico do sistema CNIB, expeça-se, com urgência, ofício ao em. Desembargador Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, encaminhando a ordem judicial e solicitando que a mesma seja redistribuída aos em. Magistrados Corregedores dos respectivos Foros das comarcas daquele Estados e estes, por sua vez, a encaminhem aos Cartórios de Registro de Imóveis de suas circunscrições, para que seja averbado o sequestro nas respectivas matrículas imobiliárias, decorrendo a indisponibilidade dos bens eventualmente encontrados em nome das pessoas acima referidas, ressaltando-se que se trata de medida que corre em segredo de Justiça e consignando que, no caso de serem encontrados bens em nome dos investigados e praticados os respectivos atos registrários, os oficiais de registro deverão informar diretamente a este relator Relator com cópias dos atos, sendo desnecessária a comunicação em caso de não haverem bens em seus nomes. 23.2. Diligencie-se pelo meio eletrônico (BACENJUD), a indisponibilidade de dinheiro em depósito ou aplicação financeira dos investigados, até o limite acima indicado. 23.3. Diligencie-se pelo meio eletrônico (RENAJUD), a indisponibilidade de veículos automotores de propriedade dos acusados, até o limite acima indicado. 23.4. Expeça-se ofício à SUSEP, para que circularize, entre as instituições sujeitas à sua supervisão, ordem de indisponibilidade de todos os ativos existentes em nome dos investigados, tais como apólices de seguro, PGBL, VGBL etc., até o limite acima indicado. 24. Diligências necessárias.”

Sustentam os agravantes a nulidade da decisão agravada, por ausência de fundamentação, porquanto não estaria demonstrada a imprescindibilidade da medida assecuratória, seja pela origem ilícita dos bens constritos, seja pelo risco concreto de dilapidação patrimonial. Com efeito, as medidas cautelares patrimoniais, previstas nos arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal, bem como no art. 4º, § 4º, da Lei n. 9.613/98, destinam-se a garantir, em caso de condenação (Código Penal, art. 91, §§ 1º e 2º), tanto a perda do proveito ou produto do crime, como o ressarcimento dos danos causados (danos ex delicto) e o pagamento de pena de multa, custas processuais e demais obrigações pecuniárias impostas. Por constituírem restrição ao direito constitucional de propriedade do investigado ou acusado, exigem a efetiva demonstração da prova de existência do crime e dos indícios de autoria (fumus comissi delicti) e da urgência ou perigo da demora (periculum in mora), pela possibilidade de que os bens se percam no curso do processo, observando-se, ainda, os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade estrita. Ademais, a medida assecuratória de indisponibilidade de bens prevista no art. 4º, § 4º, da Lei n. 9.613/98 permite a constrição de quaisquer bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente do crime ou para pagamento de prestação pecuniária, pena de multa e custas processuais. Desnecessário, pois, verificar se têm origem lícita ou ilícita ou se foram adquiridos antes ou depois da infração penal. Com efeito, a ilicitude dos bens não é condição para que se lhes decrete a indisponibilidade, haja vista, sobretudo, o teor do art. 91, inciso II, alínea b, §§ 1º e 2º, do Código Penal, que admitem medidas assecuratórias abrangentes de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime para posterior decretação de perda. Acresça-se que as medidas cautelares patrimoniais constituem instrumento frequentemente necessário para conter as operações de organizações criminosas, sobretudo em crimes como o

de lavagem de dinheiro, por meio de sua asfixia econômica e interrupção de suas atividades. Sobre a matéria, as observações de Renato Brasileiro:

“Se, até bem pouco tempo atrás, essas medidas assecuratórias de natureza patrimonial eram pensadas apenas para garantir os interesses da União no confisco e do ofendido quanto ao ressarcimento civil do dano, hoje, no entanto, há uma crescente mudança de mentalidade, que passa a tratar essas medidas como importante instrumento de combate à movimentação financeira proporcionada por algumas infrações penais (v.g, lavagem de capitais, crimes contra o sistema financeiro nacional, etc.), nos quais é de todo irrelevante a prisão de um agente se não houver a recuperação dos ativos ilícitos. Tendo em conta que o dinheiro é a alma da organização criminosa, o rastreamento (follow the money) e confisco desses bens que têm origem em crimes e contravenções penais é o primeiro passo para uma política criminal eficiente nesse setor. Com efeito, o eficaz combate a certos crimes, notadamente aqueles praticados por organizações criminosas, passa invariavelmente pelo confisco do dinheiro e dos bens que possuem, pelos seguintes motivos: a) o confisco dos bens e valores promove a asfixia econômica de certos crimes; b) a insuficiência e ineficiência das penas privativas de liberdade; c) a capacidade de controle das organizações criminosas do interior dos estabelecimentos penitenciários; d) fungibilidade dos membros das organizações criminosas, que podem ser substituídos por outros com facilidade em determinados contextos; e) a possibilidade de investimento ou guarda de valores para uso após o cumprimento da pena; f) regime legal deficiente de acompanhamento da execução da pena; g) a inutilidade da prisão para a reinserção social da elite social ou econômica; h) a possibilidade de deixar a salvo dos efeitos da condenação bens transferidos a terceiros (familiares, comparsas, procuradores etc.) durante o processo; i) os membros da organização podem ser substituídos, mas a obtenção de dinheiro é algo lento e difícil. Daí a conclusão de que um dos meios mais eficientes para a repressão de certos delitos passa pela recuperação de ativos ilícitos, sendo imperiosa a criação de uma nova cultura, uma nova mentalidade, que, sem deixar de lado as penas privativas de liberdade, passe a dar maior importância às medidas cautelares de natureza patrimonial e ao confisco dos valores espúrios.” (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único, 4ª ed. rev., atual. e ampl., Salvador: JUSPODIVM, 2016, pág. 396, grifou-se).

No caso em apreço, a representação do Departamento de Polícia Federal, com os elementos que a subsidiaram, dentre eles o conteúdo das colaborações premiadas celebradas por Presidentes e Executivos do Grupo J&F com o MPF e **documentos corroborativos**, indica, fartamente, a relevância dos fatos imputados na denúncia já oferecida a propósito da existência de organização criminosa, com atuação no estado do Mato Grosso do Sul, que articulava esquema de recebimento de vantagens indevidas, que teve origem no ano 2003, pagas pelo Grupo J&F ao Chefe do Executivo R A, em troca de concessão de créditos tributários por meio de Termos de Acordos de Regime Especial – TARES. Para o recebimento das verbas ilícitas, evidenciou-se a existência dos seguintes mecanismos empregados pela organização criminosa: a) doações eleitorais feitas pela Empresa JBS no ano de 2014; b) emissão de notas fiscais fraudulentas pela empresa BURITI COMÉRCIO DE CARNES LTDA, em 2015, e por pecuaristas, em 2016; c) transferência dos recursos ao destinatário por meio da celebração de contratos simulados e entregas em espécie a emissário indicado pelo filho de Reinado Azambuja em São Paulo/SP e Rio de Janeiro/RJ. Secundando o conteúdo das colaborações, verificou-se a coerência entre as datas de geração de bilhetes de viagem em nome dos emissários a quem se destinariam os valores ilícitos pagos em espécie, a data de elaboração de notas frias e o registro de planilhas apresentadas pelos colaboradores. Os relatórios do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) apontam a existência de movimentação atípica e de provável lavagem de dinheiro nas operações financeiras

da empresa BURITI COMÉRCIO DE CARNES LTDA. O caráter fraudulento das notas fiscais emitidas foi confirmado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), corroborando o depoimento dos colaboradores. Os elementos de cognição apontam, portanto, para a existência de organização criminosa, com atuação estruturada e divisão de tarefas, para a obtenção de vantagens econômicas por meio da prática dos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva e lavagem de dinheiro. E, ainda, existe a real probabilidade de que, caso os bens permaneçam inteiramente disponíveis para os acusados, sejam ocultados e dilapidados, e não restem, na hipótese de eventual condenação, meios suficientes para arcar com a responsabilidade pecuniária – ressarcimento dos danos, pagamento de pena de multa, custas processuais e demais obrigações pecuniárias e perda do produto do crime. A menção a uma "lacuna de investigação" na representação, referindo-se apenas a certos aspectos das operações financeiras ilícitas apuradas, que ainda não foram inteiramente esclarecidos, não pode ser interpretada como o reconhecimento da inexistência de crime, pois os elementos de cognição que compõem os presentes autos, em seu conjunto, são suficientes para demonstrarem a materialidade e os indícios de autoria delitiva. Os elementos de informação colhidos no curso do procedimento preenchem os requisitos para manutenção da medida assecuratória, que se mostra, na espécie, necessária, adequada e proporcional às circunstâncias concretas relatadas nos autos. Os agravantes, no ponto, afirmam que a empresa JBS aderiu a plano de recuperação de ativos fiscais do estado do Mato Grosso do Sul, obrigando-se a ressarcir essa unidade federada em R\$ 450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões de reais), razão pela qual não se justificaria a constrição dos R\$ 277.541.309,00 (duzentos e setenta e sete milhões, quinhentos e quarenta e um mil, trezentos e nove reais), visto que eventuais prejuízos causados ao erário estariam sendo ressarcidos pelo grupo investigado. Ocorre que, conforme se constata da representação deduzida pela Polícia Federal (fls. 24 e 26 do apenso 1), o valor bloqueado R\$ 277.541.309,00 (duzentos e setenta e sete milhões, quinhentos e quarenta e um mil, trezentos e nove reais) corresponde ao que o estado do Mato Grosso do Sul deixou de arrecadar, em tese, pela concessão indevida de benefícios tributários ao Grupo J&F (R\$ 209.750.000,00) e também ao valor supostamente pago a título de propina para viabilizar a execução da empreitada delituosa (R\$ 67.791.309,48), transcrevo:

Observa-se na sua parte central, conforme já explanado, que o pagamento de propina para REINALDO AZAMBUJA, se deu por três formas de dissimulação básica, que são: 1) Através de doações eleitorais oficiais, ainda em 2014, no montante de R\$10 milhões de reais; 2) Por meio de notas fiscais fraudulentas, nos montantes de R\$12.903,691,03 (BURITI COMÉRCIO DE CARNES LTDA) e R\$ 32.757.618,45 (PECUARISTAS); e, 3) Por intermédio de entregas em espécie, nos montantes de R\$ 12.130.000,00, perfazendo um total de R\$ 67.791.309,48 (sessenta e sete milhões, setecentos e noventa e um mil, trezentos e nove reais e quarenta e oito centavos). (fls. 24 do apenso 1) (...) Assim, somando-se os créditos tributários auferidos pela JBS nos dois primeiros anos do Governo de REINALDO AZAMBUJA, constata-se ser equivalente ao montante de R\$ 209.750.000,00. Este seria, em tese, o quanto de ICMS que deixou de ser recolhido aos cofres do referido Estado. (fls. 26 do apenso 1)

Nesta feita, não assiste razão aos agravantes, porquanto o valor bloqueado encontra-se especificado e justificado nos autos, não havendo obscuridade nos critérios de estimativa que possa causar prejuízo ao exercício da ampla defesa. O argumento de que os valores subtraídos ao erário estadual estariam sendo compostos pela JBS, no âmbito de plano de recuperação de ativos fiscais, de forma que não se justificaria o bloqueio do patrimônio dos Agravantes para o mesmo fim, igualmente não deve ser acolhido, pois não se tem notícia de que a avença tenha sido integralmente cumprida - fato negado pelo MPF à fl. e-STJ 6.693) - acrescentando o Ministério Público:

"Agrega-se, ainda, que consoante teor do ofício nº 367/ GAB/SEFAZ/2020, de 20 de março de 2020, no sentido de que as regras do programa de

incentivo ao qual a JBS aderiu davam **“às empresas que não tinha cumprido integralmente as condições socioeconômicas estabelecidas para, em razão do cenário que atravessa o país, restabelecer essas condições, mediante o recolhimento de um percentual do incentivo fruído, pelo prazo de 26 meses”**, não apenas fragiliza o adimplemento do acordo como a restauração do patrimônio público. Nota-se que o ajuste traz valores reduzidos para fins de ressarcimento ao erário. Então, não merece prosperar a argumentação deduzida pelos agravantes. Por último, deixar ao alvedrio do Poder Executivo do Mato Grosso do Sul a recomposição do dano ao erário, mormente quando ao Chefe do Poder Executivo é imputada a liderança da organização criminosa é, no mínimo, temerário.

Assiste razão ao MPF, pois as medidas assecuratórias de reparação ao erário em caso de condenação devem ter em conta o pleno e cabal ressarcimento do prejuízo. Defendem, ainda, os Agravantes, que as matrículas dos imóveis entregues à Autoridade Policial se referem a bens que estão em domínio da família há mais de três gerações, recebidos como herança, não podendo ser tratados como objeto de atividade ilícita, porquanto integravam o patrimônio do primeiro agravante antes de ele ingressar na vida pública. Argumentam, ainda, que não se pode conceber que a constituição de pessoa jurídica, com integralização do patrimônio do primeiro Agravante, em empresa na qual figurem como sócios os próprios Agravantes, inclusive com participação majoritária, seja considerada ocultação de patrimônio. Sustentam os Agravantes que, com relação às propriedades adquiridas depois, inclusive em nome dos filhos do primeiro Agravante, são de origem lícita, porquanto foi comprovado o depósito em conta corrente do alienante e apresentados os recibos de pagamento, pelo que não podem ser objeto de constrição. Pois bem. Nesse ponto também não lhes assiste razão, pois a medida assecuratória de indisponibilidade de bens prevista no art. 4º, § 4º, da Lei n. 9.613/98 pode alcançar quaisquer bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente do crime ou para pagamento de prestação pecuniária, pena de multa e custas processuais, sendo desnecessário, pois, verificar se têm origem lícita ou ilícita ou se foram adquiridos antes ou depois da infração penal. No que se refere a empresa AGROPECUÁRIA TAQUARUÇU (em cujo patrimônio foram incorporadas as Fazenda Taquaruçu, Indiana e Marabá), por exemplo, verifica-se que 99% do capital social pertence ao primeiro Agravante e o restante do capital está dividido entre os demais Agravantes, conforme ressalta o Ministério Público Federal às fls. 6683-6696:

Em primeira análise, quando se verifica a composição societária da empresa AGROPECUÁRIA TAQUARUÇU a prevalência do capital social pertence a REINALDO AZAMBUJA (99%) e o percentual restante é dividido entre os demais agravantes, o que sugere a utilização da empresa familiar para dissuadir os ganhos espúrios que são descritos na denúncia. Ressalta-se que todos os agravantes são sócios da referida empresa, o que, como será explicado adiante, busca não apenas promover uma blindagem, como também uma verdadeira confusão patrimonial para dificultar a efetividade de medidas assecuratórias.

Com efeito, além de no presente caso estar configurada latente confusão patrimonial entre os bens do primeiro agravante, seus familiares e da pessoa jurídica, o que, por si só, justificaria a manutenção da medida assecuratória, a ilicitude dos bens, como já visto, não é condição para que se lhes decrete a indisponibilidade, tendo em conta o art. 91, alínea b, § 2º, do Código Penal, segundo o qual as medidas assecuratórias podem abranger igualmente bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime para posterior decretação de perda.

Nesse sentido, a doutrina de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

4-E. Confisco de bens lícitos como forma de compensação: a medida assecuratória de sequestro tem por finalidade apreender o produto ou o

proveito do crime; entretanto, por vez, o agente do delito oculta tais bens (móveis ou imóveis), inclusive desviando-se ao exterior. A inviabilidade de localizá-los levou à alteração da lei, propiciando ao Estado sequestrar bens lícitos do criminoso como forma de compensação. Portanto, tornando-se indisponíveis os valores encontrados, ainda que lícitos, obriga-se o condenado a optar entre perdê-los ou indicar o paradeiro dos valores desviados. Exemplo: o sentenciado desvia a quantia de quinhentos mil reais, transferindo-a para o exterior. Assim sendo, pode o Estado providenciar o sequestro de um imóvel do réu - de valor equivalente - como forma de compensação. 4-F. Sequestro: é a medida assecutória adequada para tornar indisponíveis os bens móveis e imóveis, que representam o produto ou o proveito do crime. Por isso, deve-se utilizá-la para captar os valores lícitos do acusado, na medida em que serão posteriormente compensados." (Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal comentado/ Guilherme de Souza Nucci. - 21, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pág. 534.

Dessa forma, embora os agravantes FÁTIMA ALVES DE SOUZA SILVA, RAFAEL SOUZA E SILVA e TIAGO SOUZA E SILVA não tenham sido denunciados se faz pertinente a manutenção da indisponibilidade em relação a eles, mormente em se considerando a confusão patrimonial verificada no presente caso, inclusive admitida pelos Agravantes, ao afirmarem que imóveis foram comprados em nome dos filhos (e-STJ fls. 1.109). Ainda como assinalado pelo Ministério Público à fl. e-STJ 6.690, observo que o bloqueio patrimonial, conforme decisões constantes dos autos, foi liberado em relação a outras contas bancárias, viabilizando o desempenho da atividade econômica do grupo familiar. (...)

Assim, não há se falar em nulidade dos atos decisórios proferidos por este Superior Tribunal de Justiça, cabendo, por conseguinte, ao juízo natural a quem for distribuída a ação penal reexaminar a necessidade ou não de manutenção das medidas cautelares e demais decisões. Desse modo, tenho que os agravantes não deduziram argumentos aptos a desconstituir as razões da decisão agravada, a qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental. É o voto.¹²⁰⁵

ANEXO F – Jurisprudências ilustrativas a respeito dos elementos puros para decretação/manutenção de prisão preventiva em casos genéricos

No presente caso, não houve a devida compatibilização, em virtude da pequena quantidade de droga apreendida e das circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação, uma vez que a prisão preventiva foi decretada com base em acusação por tráfico ilícito de entorpecentes em decorrência da apreensão de cinco gramas de droga conhecida por crack. Ainda, a defesa juntou aos autos documento que certifica a ausência de registros criminais (Doc. 10 – fl. 47). (...) Diante do exposto, CONCEDO A ORDEM para revogar a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos do Processo 5004528- 33.2020.8.24.0006, em trâmite na Comarca de Barra Velha/SC, com a ressalva de que o Juízo competente fica autorizado a impor medidas cautelares diversas (CPP, art. 319).¹²⁰⁶

Revelam os autos que, em 15.12.2014, o paciente, conjuntamente com outro corréu, foi preso em flagrante pela suposta prática do delito de tráfico de

¹²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Inquérito nº 1.190 - DF (2017/0142021-0), relatora Min. Maria Isabel Gallotti, j. 15/09/2021, DJe 24/09/2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/cautelares-lavagem-dinheiro-podem.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

¹²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 195.907, relator Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, j. 08/03/2021, Dje 14/06/2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756132902>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/06. Naquela oportunidade, foram apreendidos 4,5g de cocaína (peso líquido), acondicionado em 14 “pinos”, e a quantia de R\$ 34,00 (trinta e quatro reais). (...) Ademais, a custódia cautelar, por sua característica de medida excepcional, exige demonstração inequívoca de sua necessidade, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação (HC 105.556/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 30.8.2013). Dessa forma, o decreto de prisão cautelar há de se apoiar nas circunstâncias fáticas do caso, no modo de execução e/ou na gravidade concreta do delito praticado, evidenciando que se o agente permanecer ou for solto irá colocar em risco a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, conforme art. 312 do Código de Processo Penal. (...) Nesse contexto, entendo que o juízo singular invocou circunstâncias genéricas e abstratas para fundamentar a necessidade de manutenção da prisão preventiva, em absoluto amparado o decreto prisional em justificativas concretas, em base empírica idônea. Ressalto, ainda, que a invocada quantidade de droga não é o único dado a ser considerado na avaliação da eventual necessidade da prisão cautelar, carecendo, de outra parte, os autos de outros elementos passíveis de valoração em desfavor da paciente. De todo modo, reputo adequada a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem fixadas pelo magistrado de primeiro grau e, nessa linha, a falta de fundamentação idônea à prisão cautelar no decreto prisional, tenho por imperativa a concessão da ordem de habeas corpus. Ante o exposto, supero excepcionalmente o óbice da Súmula nº 691/STF e concedo a ordem de habeas corpus (...)¹²⁰⁷

A custódia cautelar não pode ser imposta com base, essencialmente, na gravidade abstrata do delito, assentada a motivação em elementos inerentes ao próprio tipo penal. Cumpre ao Magistrado vincular seu decisum a fatores reais de cautelaridade, o que não ocorreu na espécie com relação ao paciente. 2. O delito em questão teria sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, existindo a possibilidade de, em caso de condenação, ser fixado regime inicial diverso do fechado. 3. Ordem concedida a fim de revogar a prisão preventiva do paciente, ressalvando ao Juízo de primeiro grau a possibilidade de decretação de nova prisão, caso apresentados elementos concretos, bem como admitida a aplicação de medidas cautelares. Liminar ratificada.¹²⁰⁸

Busca-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva da recorrente, acusada da suposta prática do crime de homicídio qualificado. A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, a restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da Constituição Federal). Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime, da presença de indícios suficientes da autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal (...) Embora a nova redação do referido dispositivo legal tenha acrescentado o novo pressuposto – demonstração do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado –,

¹²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 127167, relatora Min. Rosa Weber, j. 12/05/2015, DJe 25/06/2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8756148>>. Acesso em: 12 jul. 2022.

¹²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC nº 707.882/SP, relator Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28/06/2022, DJe 30/06/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103733009&dt_publicacao=30/06/2022>. Acesso em: 12 jul. 2022.

apenas explicitou entendimento já adotado pela jurisprudência pátria ao abordar a necessidade de existência de *periculum libertatis*. Portanto, caso a liberdade do acusado não represente perigo à ordem pública, econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, não se justifica a prisão (...) Exige-se, ainda, na linha inicialmente perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e agora normatizada a partir da edição da Lei n. 13.964/2019, que a decisão esteja pautada em motivação concreta de fatos novos ou contemporâneos, bem como demonstrado o lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revelem a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime (...) Como visto, a prisão preventiva foi mantida pelo Tribunal estadual em razão da elevada periculosidade da recorrente, evidenciada pelo excepcional modo como o crime foi praticado – a vítima (companheiro) foi atraída pela recorrente, quando, sumulando um assalto, foram surpreendidos por dois indivíduos, um deles encapuzado. Segundo o decreto, a vítima foi levada para o banheiro e, ajoelhada, foi executada com dois disparos de arma de fogo, um deles na nuca. A ora recorrente é suspeita de ser a mandante do crime, que teria motivação passional, tudo porque não aceitava o rompimento do relacionamento com a vítima. A propósito, "Se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam, pelo modus operandi, a periculosidade do agente ou o risco de reiteração delitiva, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria" (...) No caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para resguardar a ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Civil. Ademais, as circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal são insuficientes para a consecução do efeito almejado. Ou seja, tendo sido exposta de forma fundamentada e concreta a necessidade da prisão, revela-se incabível sua substituição por outras medidas cautelares mais brandas. Quanto ao tema, trago aos autos precedente do Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido: "[...]. Necessidade da prisão provisória justificada. Gravidade concreta dos delitos. As medidas cautelares alternativas diversas da prisão, previstas na Lei 12.403/2011, não se mostram suficientes a acautelar o meio social. [...]" (HC n. 123.172/MG, Relator Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 3/2/2015, DJe 19/2/2015). Em harmonia, esta Corte entende que é "indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a constrição se encontra justificada e mostra-se necessária, dada a potencialidade lesiva da infração indicando que providências mais brandas não seriam suficientes para garantir a ordem pública". (RHC n. 120.305/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).¹²⁰⁹

Para a imposição da prisão preventiva, o julgador deve examinar em cada caso basicamente três pressupostos: a) se a providência é admissível, diante da gravidade da infração, nos termos do art. 313 do Código de Processo Penal; b) se existe probabilidade de condenação, pela constatação dos requisitos probatórios mínimos indicados pela lei – prova da existência do crime e indício suficiente de autoria –, que constituem o mencionado *fumus boni iuris* (art. 312 do Código de Processo Penal, parte final); c) se ocorre, ainda, o perigo de que a liberdade do acusado possa comprometer a ordem pública ou a ordem econômica, prejudicar a regular realização da instrução do processo, ou frustrar a futura execução de uma pena que possa vir a ser imposta (art. 312, primeira parte do Código de Processo Penal). No caso, a

¹²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 165.966/RS, relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 21/06/2022, DJe 27/06/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201725655&dt_publicacao=27/06/2022>. Acesso em: 12 jul. 2022.

prisão cautelar decorre da necessidade de garantia da ordem pública, tendo em vista que o Agravante é apontado como figura que exerce posição de destaque no âmbito da organização criminosa. Nesse sentido, consta que o Recorrente foi identificado como um dos possíveis "responsáveis pela aquisição das drogas, pela contratação dos traficantes e pelo controle operacional da organização" (fl. 135; sem grifos no original. Assim sendo, a prisão preventiva é imprescindível para impedir a continuidade das práticas ilícitas fomentada pela organização criminosa. Imprescindível pontuar " que a prática da organização criminosa mais de uma oportunidade fora brevemente interrompida pela prisão de um de seus membros responsáveis diretamente pela venda do entorpecente. Entretanto, tais membros sempre foram prontamente substituídos, o que indica que a prisão dos responsáveis tão somente pela comercialização das substâncias não terá o condão de blindar a sociedade do risco elevadíssimo de reiteração criminosa apresentado pela referida organização" (fl. 135; sem grifos no original). Tais fatos indicam a convergência entre o entendimento expresso pelas instâncias de origem e a linha de compreensão adotada por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal. Afinal, "[a] necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva"(HC n. 95024/SP, PRIMEIRA TURMA, relatora. MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, DJe de 20/02/2009, sem grifos no original). (...) No mais, consta que na sentença o Agravante foi condenado como incurso nas sanções do art. 2.º, §3.º e §4.º, inciso II da Lei n. 12850/2013 e art. 333, parágrafo único do Código Penal, na forma do art. 69, caput, do Código Penal. Impôs-se ao Acusado a pena total de 11 (onze) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 41 (quarenta e um) dias multa, em regime inicial fechado (fl. 435). O Juízo de primeiro manteve a prisão preventiva. Para tanto, apontou que não houve nenhuma alteração do cenário fático apto a esvaziar a necessidade da custódia cautelar. Na verdade, reforçou que houve o incremento do risco, considerando a condição de foragido do Acusado. (...) Sobre o tema, estabelece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a manutenção da custódia cautelar no momento da sentença condenatória, em hipóteses em que o acusado permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não requer fundamentação exaustiva. Entende-se suficiente para a satisfação do art. 387, § 1.º, do Código de Processo Penal declinar que permanecem inalterados os motivos que levaram à decretação da medida extrema em um primeiro momento, desde que estejam, de fato, preenchidos os requisitos legais do art. 312 do mesmo diploma (AgRg no HC 723.082/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 22/03/2022). (...) Sobre o tema, estabelece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a manutenção da custódia cautelar no momento da sentença condenatória, em hipóteses em que o acusado permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não requer fundamentação exaustiva. Entende-se suficiente para a satisfação do art. 387, § 1.º, do Código de Processo Penal declinar que permanecem inalterados os motivos que levaram à decretação da medida extrema em um primeiro momento, desde que estejam, de fato, preenchidos os requisitos legais do art. 312 do mesmo diploma (AgRg no HC 723.082/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 22/03/2022).¹²¹⁰

¹²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 680841/PR, relatora Min. Laurita Vaz, j. 21/06/2022, DJe 27/06/2022. Disponível: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102222839&dt_publicacao=27/06/2022>. Acesso em: 12 jul. 2022.

ANEXO G – Jurisprudências ilustrativas a respeito dos elementos de corroboração para decretação de prisão preventiva em face de delatado

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. NECESSIDADE. ADEQUAÇÃO. PROPORCIONALIDADE ESTRITA. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO VERIFICADA. CONTEMPORANEIDADE DA MEDIDA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão vergastada por seus próprios fundamentos. II - A decretação de medidas cautelares pessoais condiciona-se à demonstração do fumus comissi delicti (prova de materialidade e indícios de autoria) e do periculum libertatis (necessidade, adequação e proporcionalidade estrita). III - Os elementos que instruem os autos evidenciam a significativa probabilidade de que o recorrente seja o autor dos crimes de corrupção passiva e de lavagem de capitais que lhe são imputados, tendo em vista o teor de colaboração premiada e documentos de corroboração anexos e outros elementos de informação coligidos no curso da investigação. IV - A necessidade das medidas constritivas diversas da prisão para resguardar a aplicação da lei penal e a instrução criminal caracteriza-se pelo risco concreto de fuga, evidenciado concretamente pelo pedido de demissão apresentado à Petrobras quando se divulgou a colaboração premiada de Carlos Henrique Nogueira Herz e pela disponibilidade de elevados recursos e existência de numerosos contatos no exterior. V - Esta Corte, em análise de prisões preventivas relacionadas à Operação Lava-Jato, tem entendido que a disponibilidade de recursos no exterior, avaliada conjuntamente com outros elementos dos autos, como na hipótese vertente, permite a prisão cautelar com o fim de assegurar a aplicação da lei penal. Logo, permitirá também a aplicação de medidas cautelares de natureza mais branda, não se entevendo, ressalte-se, a existência de outra medida menos invasiva para o resguardo dos bens tutelados. VI - Com relação ao requisito da adequação, tem-se que o recorrente é investigado pela prática, em tese, dos crimes de corrupção passiva e de lavagem de capitais, com indícios de transnacionalidade das operações. VII - A contemporaneidade das medidas cautelares deve ser aferida não tomando por base apenas a data dos fatos investigados, mas, igualmente, levando em conta a permanência de elementos que indicam que os riscos aos bens que se buscam resguardar com sua aplicação ainda existem. Nesse sentido, o pedido de exoneração da Petrobras foi feito ainda em fins de 2019 e o recorrente mantém recursos disponíveis no exterior, ao passo que as investigações ainda se encontram em curso. Logo, não há que se falar em ausência de contemporaneidade da medida. VIII - Feito o juízo de ponderação entre a medida imposta - restrição atenuada da liberdade de ir e vir - e os resultados que se buscam resguardar - efetividade da jurisdição penal brasileira e garantia da regularidade das investigações -, verifica-se que a determinação encontra-se em conformidade com a regra de proporcionalidade estrita. IX - O exame de eventuais questões concernentes à materialidade e à autoria delitiva, no quanto excederem os limites objetivos da cognição sumária, própria quer à decretação de medidas cautelares pessoais, quer à apreciação desta ação mandamental, não dispensa aprofundado revolvimento fático-probatório da matéria coligida nos autos até o presente momento, e, pois, mostra-se incompatível com a via estreita e célere do habeas corpus. Impõe-se, assim, que sua discussão seja reservada à instrução processual, que é seu âmbito natural. Agravo regimental desprovido.

Para o exame da controvérsia, transcrevo os fundamentos do decisum agravado, in verbis (fls. 349-362):

"2. No presente recurso, a Defesa sustenta, em síntese, a ausência dos pressupostos e fundamentos para a manutenção das medidas constritivas. Para o exame da controvérsia, transcrevo, inicialmente, os fundamentos do acórdão recorrido, in verbis (fls. 151-162):

"3. Segundo se extrai das decisões de primeiro grau e dos processos correlatos, E A DE A J era, à época dos fatos investigados, Gerente Executivo de Logística da Petrobras, posição subordinada a Paulo Roberto Costa e hierarquicamente superior a Dalmo Monteiro Silva, dois dos investigados que, dentre outros fatos, teriam recebido vantagens indevidas nos contratos de afretamento da Petrobras com armadores gregos. Embora a investigação mereça mais aprofundamento, deve-se firmar que a participação do paciente em atos ilícitos no âmbito da Petrobras não se extrai apenas da indicação pelo codinome "LOG". Ao contrário disso, há depoimentos claros que associam o paciente ao apelido, mas indicam claramente que E A DE A J (...) Nesse sentido, o depoimento de Carlos Roberto Martins Barbosa, também ex-funcionário da Petrobras, prestado em interrogatório na Ação Penal nº 5059754-52.2018.4.04.7000 (evento 785 daqueles autos). De destacar, segundo mencionado por Carlos Barbosa, que E A DE A J, dentre outros beneficiados, receberiam valores em moeda corrente (reais ou dólar), o que certamente dificultaria o rastreamento do dinheiro. Igualmente CARLOS HENRIQUE NOGUEIRA HERTZ, em colaboração premiada, confirmou ciência a respeito da identificação do paciente como "LOG/LOGÍSTICO". **Reforço tal compreensão** destacando que o paciente "foi copiado em diversas mensagens nas quais Henry Hoyer de Carvalho e Konstantinos Kotronakis, conjuntamente a outros investigados/acusados, trataram de detalhes de contratos de afretamento formalizados com a Petrobras". Seria ele "o responsável por assinar contratos de afretamento de interesse dos armadores gregos, bem como teria viajado juntamente com Paulo Roberto Costa, Konstantinos Kotronakis e Dalmo Monteiro para a feira naval Posidonia 2010, em Atenas, na Grécia". Pondere-se que o paciente é mencionado em fases pretéritas da "Operação Lava-Jato" em razão de quebras de sigilo telefônico envolvendo Paulo Roberto Costa João Cláudio Genú. Embora haja menção e a defesa questione a identificação do paciente pelo nome "AL", as quebras de sigilo, ao menos neste estágio, não destoam do restante do acervo colhido, sobretudo pelo seu relacionamento com Paulo Roberto Costa e outros personagens que mantinham negócios internacionais de afretamento no âmbito da Petrobras, inclusive compartilhando viagens ao exterior. Significa dizer, ainda que a defesa ressalte que inexistente prova de materialidade e autoria, tampouco imputação, tanto não se exige nesta fase inicial da investigação criminal. Não se há de aferir a robustez da prova, mas, de qualquer forma, é dizer que existem elementos suficientes neste momento para inferir o envolvimento do paciente no mínimo em contratações espúrias, até mesmo pela sua atribuição atinente a contratos de afretamento. 3.1. Há, ainda, elementos retirados do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico nº 5022797-86.2017.4.04.7000, cuja decisão segue parcialmente transcrita no ato ora impugnado. Das circunstâncias fáticas que levaram à decretação da quebra de sigilo do ora paciente, destaco:

Dentre os pagamentos, destacam-se sete transferências realizadas pela Seaview Shipbroking Ltd. e GB Maritime em favor de Dalmo Monteiro Silva, em contas mantidas por esse no exterior, e que totalizaram US\$ 132.478,49 e foram identificadas como sendo dívidas contraídas junto a "Humberto", em provável referência a Humberto Sampaio de Mesquita ("Humberto owes him above amount and asked to offset". "Rent Rio", "Rent Brazil"), fl. 8, anexo 132, e anexo 145, evento 1. Dalmo Monteiro Silva ocupou o cargo de gerente da Petrobras ligado à área de afretamento de navios, até se aposentar, em 05/09/2014, sendo responsável pela assinatura de contratos de afretamento. Mantinha algum tipo de relacionamento com Paulo Roberto Costa, tendo viajado, no período de 07/06/2010 a 11/06/2010, para a feira Posidonia 2010, em Atenas, na Grécia, acompanhado de Paulo Roberto Costa, E A DE A J e de Konstantino Kotronakis (anexo 139). Outro dado relevante é o fato de ter sido ele copiado em mensagem trocada em 08 de fevereiro de 2010, entre Konstantinos Kotronakis, E A DE A J e representante da

empresa Dynacom Tankers Management, na qual é apresentada à Petrobras proposta de afretamento TCP do navio South Sea. Como visto acima, referido navio constou do arquivo "Pauta Dabast 25-11- 09", em mídia apreendida com Othon Luiz Pinheiro, e na qual constava a anotação "falta aprovar", sendo que, ao final, houve a formalização do contrato de afretamento (anexo 137, evento 1). ... Há, portanto, causa provável para a quebra do sigilo telemático de E A DE A J. E A DE A J era Gerente Executivo de Logística da Petrobras, posição subordinada a Paulo Roberto Costa e hierarquicamente superior a Dalmo Monteiro Silva, dois dos investigados que supostamente teriam recebido vantagem indevida nos contratos de afretamento da Petrobras com os armadores gregos. Conforme visto acima, foi ele copiado em diversas mensagens nas quais Henry Hoyer de Carvalho e Konstantinos Kotronakis, conjuntamente a outros investigados, trataram de detalhes de contratos de afretamento formalizados com a Petrobras. Era ainda o responsável por assinar contratos de afretamento de interesse dos armadores gregos. Ainda, teria viajado juntamente com Paulo Roberto Costa Konstantinos Kotronakis, Dalmo Monteiro para a feira naval Posidonia 2010, em Atenas, na Grécia. Existentes, portanto, indícios de que E A DE A J teria participado do esquema ora investigado de práticas de atos de corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito da Petrobras. A medida é assim necessária para verificar se há mensagens armazenadas relativas ao objeto da investigação e que possam elucidar detalhes do esquema criminoso investigado e da extensão da participação de E A DE A J nele.

3. Ante o exposto, defiro o requerido e decreto a quebra do sigilo telemático sobre as mensagens e arquivos eletrônicos armazenados desde 03/04/2006 a 14/06/2017 nos seguintes endereços eletrônicos de E A DE A J, bem como dos dados de identificação do titular (...)

4. Ainda ante o exposto, defiro o requerido e decreto a quebra do sigilo telemático sobre os dados e material eletrônico armazenados em nuvem desde 03/04/2006 a 14/06/2017 pelo investigado nos seguintes endereços eletrônicos (...)

Nessa linha, não procedem as alegações de falta de lastro probatório para a decretação de medidas cautelares diversas. (...) 'Portanto, havendo fundada suspeita do envolvimento de E A DE A J nos crimes contra a Administração Pública acima indicados, a fim de garantir a aplicação da lei penal, defiro o requerido e lhe imponho, com base nos art. 282 e 319 do CPP: a) compromisso de comparecimento a todos os atos processuais a que chamado; b) entrega na Secretaria desta Vara de todos os passaportes que possuir em seu nome, brasileiro e estrangeiros, no prazo de 10 (dez) dias; c) proibição de deixar o País; d) proibição de contatos com os demais investigados; e) proibição de mudança de endereço sem autorização do Juízo. Há também elementos retirados do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico n.º 5022795-19.2017.4.04.7000, no qual foi decretada a quebra de sigilo bancário/fiscal de "E A DE A J" e da empresa "E A DE A J - ME (MC Confeccões)" (...)

4. Em síntese, ao menos por ora, há elementos suficientes, em cognição sumária, seja por depoimentos prestados - seja por provas materiais colhidas no curso de outros procedimentos -, de participação do paciente, ex-Diretor de Logística da Petrobras, em crimes relacionados a contratos de afretamento da estatal petrolífera. Não se há falar, por conseguinte, em ausência de lastro probatório mínimo a demonstrar a inadequação da medida e a decisão de primeiro grau pela qual foi indeferida a revogação das medidas cautelares não está maculada por ausência de fundamentação idônea. Calha referir que a imposição de medidas cautelares atende promoção ministerial, "especialmente no que se refere à saída do país, a fim que sejam asseguradas a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, relativamente a ele", notadamente pelas circunstâncias do pedido de demissão de paciente da Petrobras e a existência de contatos no exterior. Segundo o Ministério Público Federal (evento 16): 2.16. Efetivamente, conforme destacado na petição do Ministério Público Federal (evento 1 do processo originário), o paciente E A DE A J possui: (i) conexões no exterior com operadores financeiros e representantes de diversos shipbrokers e armadores suspeitos de envolvimento em crimes praticados em desfavor da PETROBRAS durante o período em que o investigado era empregado da estatal (AUTRAN trabalhou no escritório de Singapura e nos Estados Unidos); (ii) disponibilidade financeira no exterior.

2.17. Esses elementos constituem fundamentos suficientes, para justificarem a necessidade de imposição de medidas cautelares diversas da prisão com relação a

ele, a fim de garantir a aplicação da lei penal, a ordem pública, bem como assegurar a instrução criminal. Não se desconsidera que as medidas cautelares representam certo desconforto para o paciente. No entanto, considerando os motivos acima expostos, é desarrazoado supor que a proibição de deixar o país mostrar-se-ia mais gravosa que a prisão preventiva que poderia ser decretada pelo Juízo. [...] Nesse contexto, as medidas cautelares fixadas são compatíveis com a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal e proporcionais ao momento e ao direito à liberdade do paciente, pelo que não merece acolhida a insurgência. Ante o exposto, voto por denegar a ordem de habeas corpus." (fls. 151-162, grifou-se).

No decisum agravado, com efeito, conforme já consignado pelas instâncias ordinárias e de modo diverso do que o recorrente argumenta, consignei que a prova materialidade e os indícios de autoria fundam-se não apenas do teor das declarações pessoais fornecidas por Carlos Henrique Nogueira Herz no âmbito de sua colaboração premiada, como, também, fundam-se em documentos que integram os autos na origem, como planilhas eletrônicas que corroboram as informações prestadas; no depoimento dado por Carlos Roberto Martins Barbosa na Ação Penal n. 5059754-52.2018.4.04.7000/PR; nos diversos e-mails trocados pelo agravante com Henry Hoyer de Carvalho, Konstantinos Kotronakis e outros investigados que versam sobre os contratos de afretamento celebrados com a Petrobras e investigados; nas estreitas relações - consoante os elementos dos autos admite concluir - que o recorrente haveria mantido com Paulo Roberto Costa e Dalmo Monteiro; e, enfim, no pedido de exoneração encaminhado à Petrobras após a notícia da colaboração premiada de Carlos Herz e na disponibilidade de recursos no exterior. Tais circunstâncias, devidamente consideradas em seu conjunto, demonstram o risco à aplicação da lei penal e à instrução criminal que a ausência de condicionamentos ao status libertatis do recorrente pode com significativa probabilidade encerrar nesse momento. Assente-se, nesse passo, que o juízo próprio às medidas cautelares é de probabilidade e verossimilhança, as quais se aferem à luz dos elementos dos autos, e jamais de certeza, que só pode ser efetivamente alcançada ao término da instrução processual.¹²¹¹

ANEXO H – Ação Penal 470 (caso “Mensalão”) e a utilização do *standard* “além da dúvida razoável”

3. Dentre as provas e indícios que, em conjunto, conduziram ao juízo condenatório, destacam-se as várias reuniões mantidas entre os corréus no período dos fatos criminosos, associadas a datas de tomadas de empréstimos fraudulentos junto a instituições financeiras cujos dirigentes, a seu turno, reuniram-se com o organizador do esquema; a participação, nessas reuniões, do então Ministro-Chefe da Casa Civil, do publicitário encarregado de proceder à distribuição dos recursos e do tesoureiro do partido político executor das ordens de pagamento aos parlamentares corrompidos; os concomitantes repasses de dinheiro em espécie para esses parlamentares corrompidos, mediante atuação direta do ex-tesoureiro do Partido dos Trabalhadores e dos publicitários que, à época, foram contratados por órgãos e entidades públicas federais, dali desviando recursos que permitiram o abastecimento do esquema; existência de dezenas de “recibos”, meramente informais e destinados ao uso interno da quadrilha, por meio dos quais se logrou verificar a verdadeira destinação (pagamento de propina a parlamentares) do dinheiro sacado em espécie das contas bancárias das agências de publicidade envolvidas; declarações e depoimentos de corréus e de outras pessoas ouvidas no curso da ação penal, do inquérito e da chamada “CPMI dos Correios”; tudo isso, ao formar um sólido

¹²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 126.746 - PR (2020/0108496-3), relator Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 08/09/2020, DJe 15/09/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=112983615&n_um_registro=202001084963&data=20200915&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 14 jul. 2022.

contexto fático probatório, descrito no voto condutor, compõe o acervo de provas e indícios que, somados, revelaram, além de qualquer dúvida razoável, a procedência da acusação quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva. Ficaram, ainda, devidamente evidenciadas e individualizadas as funções desempenhadas por cada corréu na divisão de tarefas estabelecida pelo esquema criminoso, o que permitiu que se apontasse a responsabilidade de cada um. (...) O convencimento que, proveniente da prova, se mostra racionalmente seguro, para além da dúvida razoável, ostenta toda a certeza necessária à legitimação da sentença de condenação. (...) Certamente, o conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, ou quer exclusivamente por provas diretas ou exclusivamente por provas indiretas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o standard de prova próprio do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz fórmula anglo-saxã, acima de qualquer dúvida razoável. (...) Então – e para que fique bem claro – considerar e valorar indícios, no sentido técnico de prova indireta, não representa qualquer transigência em relação à presunção de inocência, pois as provas indiretas devem ser robustas, convincentes, aptas a afastar qualquer dúvida razoável quanto à materialidade e à autoria de um delito. (...) É certo que o Relator, em seu voto, indica a participação de Luiz Costa Pinto em reuniões com João Paulo Cunha e outros para discussão de estratégias eleitorais, o que, todavia, não desnatura a prestação de serviços, em sua essência, em prol da instituição. Reputo, pois, não provada acima de qualquer dúvida razoável a prática do peculato em relação a este ponto da acusação, ainda que acaso se pudesse cogitar de ilícito administrativo por desvio de finalidade do contrato. Afinal, os pagamentos à IFT tiveram causa, e, se tiveram causa, não houve peculato. (...) Nessa linha, reputo comprovada, acima de qualquer dúvida razoável, a responsabilidade criminal de Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz pelo crime de peculato no contrato com a Câmara dos Deputados e pelo crime de corrupção ativa consistente no pagamento de R\$ 50.000,00 a João Paulo Cunha. (...) A prova sintetizada é cabal, acima de qualquer dúvida razoável, da apropriação indevida dos recursos do Fundo Visanet pela DNA Propaganda. (...) Esses elementos probatórios já autorizariam conclusão também acima de qualquer dúvida razoável acerca da responsabilidade criminal, como autor, do acusado Henrique Pizzolato pelo crime de peculato envolvendo o Visanet. (...) Esses elementos probatórios já autorizariam conclusão também acima de qualquer dúvida razoável acerca da responsabilidade criminal, como autor, do acusado Henrique Pizzolato pelo crime de peculato envolvendo a apropriação do bônus de volume no montante apontado. (...) Tem-se, portanto, também quanto a este ponto da acusação, prova acima de qualquer dúvida razoável do crime de corrupção envolvendo o pagamento pela DNA Propaganda de R\$ 326.660,67 a Henrique Pizzolato. (...) Também aqui, nos moldes expostos, reputo comprovada acima de qualquer dúvida razoável a responsabilidade criminal desses três acusados pelo crime de peculato consistente na apropriação indevida dos recursos do Fundo Visanet e pelo crime de corrupção ativa representado pelo pagamento de R\$ 326.660,67 a Henrique Pizzolato. (...) Entendo que é o caso, porém, de reconhecer uma dúvida razoável em relação à acusada Ayanna Tenório Torres de Jesus, contratada pelo Banco Rural para reestruturação administrativa da instituição apenas em 12.04.2004 (fl. 45.773, vol. 216). (...) Em conclusão, restaram provadas acima de qualquer dúvida razoável a materialidade do crime de gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º, caput, da Lei nº 7.492/1986) e a autoria em relação a Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinicius Samarane. (...) Não há margem, portanto, para qualquer dúvida razoável quanto à procedência ilícita dos valores sacados em espécie nas contas das empresas de Marcos Valério, podendo ser apontados, considerados os limites da Acusação, como fontes os crimes de peculato de recursos do Visanet, do bônus de volume e da Câmara e os empréstimos fraudulentos obtidos junto ao Banco Rural mediante a prática do crime do art. 4º, caput, da Lei 7.492/1986. (...) No caso presente, as complexas operações financeiras realizadas envolvendo as contas das empresas de Marcos Valério, algumas sem justificativa econômica perceptível, a quantidade e o volume dos saques em espécie, a fraude na contabilização, as fraudes nos títulos de crédito e as fraudes nos registros e comunicações pelo Banco Rural evidenciam, sem qualquer margem para dúvida razoável, a presença do elemento subjetivo doloso, ou seja, a intenção de ocultação

ou de dissimulação das transações criminosas e da procedência ilícita dos valores envolvidos. (...) Também quanto a Ramon Hollerbach Cardoso e Cristiano de Mello Paz, sócios administradores da SMP&B e da Grafitti (Cristiano até 26.02.2004), reputo, nesse contexto, comprovada, acima de qualquer dúvida razoável, a responsabilidade criminal pelos crimes de lavagem objeto do capítulo IV da denúncia. (...) Nesse trilhar, reputo comprovada, acima de qualquer dúvida razoável, a responsabilidade criminal de Rogério Lanza Tolentino pelos crimes de lavagem dinheiro, com a delimitação acima. Simone Reis Lobo de Vasconcelos, por sua vez, era gerente financeira da SMP&B. Como exposto quando do exame da materialidade dos crimes, estava encarregada de viabilizar os repasses aos parlamentares federais e aos intermediários por estes enviados. Restou comprovado acima de qualquer dúvida razoável, por prova documental e prova oral, que figurou como responsável pelos saques em espécie nas contas em diversas ocasiões, com a subsequente entrega aos agentes públicos e aos intermediários destes. Ao exame dos capítulos seguintes da denúncia serão apontadas essas provas. (...) Também aqui reconheço a existência de dúvida razoável quanto à acusada Ayanna Tenório Torres de Jesus. Como enfatizado anteriormente, ela ingressou no Banco Rural apenas em 12.4.2004 (fl. 45.773, vol. 216), contratada para a reestruturação administrativa da instituição, com experiência na área de recursos humanos. (...) Já quanto a João Cláudio Genu, não tenho a mesma segurança em reconhecer o agir doloso. Estando ele em posição subordinada, inviável concluir, com a certeza necessária a uma condenação criminal, que informado o seu agir por dolo direto ou eventual, especificamente quanto à ciência da procedência criminosa dos valores recebidos e repassados aos parlamentares. Então, presente dúvida razoável, há de ser absolvido. (...) Portanto, é de concluir que existe prova acima de qualquer dúvida razoável da responsabilidade de José Dirceu e de José Genoíno, especialmente, considerando os limites da imputação e do recebimento da denúncia, nos repasses financeiros a parlamentares, a configurar o crime de corrupção ativa. (...) Então reputo comprovada, acima de qualquer dúvida razoável, a responsabilidade criminal de Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz pelos crimes de corrupção ativa dos agentes do PP, PL, PTB e do PMDB, assim como foram reputados responsáveis pelos crimes de corrupção ativa de Henrique Pizzolato e João Paulo Cunha, de lavagem e de peculato. Foram nove crimes de corrupção ativa, um em relação a cada parlamentar corrompido. (...) Então reputo comprovada, acima de qualquer dúvida razoável, a responsabilidade criminal de Rogério Lanza Tolentino pelos crimes de corrupção ativa dos parlamentares do PP. (...) Portanto, é de concluir que existe prova acima de qualquer dúvida razoável da responsabilidade de Delúbio Soares no esquema criminoso, especialmente, considerando os limites da imputação e do recebimento da denúncia, nos repasses financeiros aos parlamentares do PP, PL, PTB e do PMDB. (...) Por outro lado, restou provado, acima de qualquer dúvida razoável, incluída aqui a dupla confissão de Delúbio Soares e de Marcos Valério, o repasse, por solicitação do PT, de valores significativos a partir dos anos de 2003 e durante o ano de 2004 aos partidos que compunham essa base aliada, o PP, o PL, o PTB e parte do PMDB. (...) Portanto, é de concluir que existe prova acima de qualquer dúvida razoável da responsabilidade de José Dirceu no esquema criminoso, especialmente, considerando os limites da imputação e do recebimento da denúncia, nos repasses financeiros aos parlamentares do PP, PL, PTB e do PMDB. (...) Portanto, com relação a esse aspecto, vou fundamentar o meu juízo absolutório exatamente como o fiz com relação a alguns dos coacusados a que absolvi em outros segmentos. Segundo entendeu este Plenário, os crimes antecedentes a serem considerados, no caso, são os delitos contra o sistema financeiro nacional - gestão fraudulenta -, e contra a Administração Pública - peculato. E, com relação a esses delitos, que seriam os crimes antecedentes - todos sabemos que a lavagem é chamada de delito de segundo grau, ou por conexão, ou derivado, ela não prescinde do crime antecedente - não consigo visualizar, nos elementos de prova constantes dos autos, sequer indícios que afastem de mim uma dúvida razoável. Eu não consigo chegar a um juízo de certeza com relação ao conhecimento desses acusados - os três do PT (João Magno, Paulo Rocha e Luiz Carlos) e, ainda, Anderson Aduato-, para afirmar que tivessem ciência da ilicitude dos recursos a eles repassados. (...) Então há uma dúvida razoável de que teriam agido com dolo, mesmo que eventual, que

leva à absolvição de José Eduardo e de Zilmar Fernandes pelo crime de lavagem. (...) O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para “além da dúvida razoável” não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da “dúvida razoável” em “certeza absoluta”. (...) Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função persuasiva, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer “dúvida razoável” que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador. (...) 331. A despeito desse comportamento é de se concluir não serem as provas suficientes para a condenação da ré Geiza Dias dos Santos. A condenação em processo penal exige juízo de certeza, não bastando a ausência de dúvida razoável sobre a existência do fato imputado ao agente. (...) 357. No Estado de Direito, condenação de réu pela prática de um delito exige certeza processual do ocorrido, cabendo ao Ministério Público a prova, para além de dúvida razoável, das acusações formuladas na denúncia, não se admitindo a condenação por presunção ou suspeita. (...) Essa a consolidada jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal: “(...) AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. (...) 383. Quanto à necessidade de prova consistente para a condenação no processo penal, reitero o que afirmei em item anterior desse voto: “ (...) a condenação em processo penal exige juízo de certeza, não bastando a ausência de dúvida razoável sobre a existência do fato imputado ao agente. ... (...) Entendo que o eminente Relator demonstrou, com absoluta clareza, para além de qualquer dúvida razoável, que referidos acusados efetivamente cometeram os delitos cuja prática lhes foi atribuída. (...) Por isso mesmo, eu tenho que o advogado de defesa apresenta em seus memoriais - acho que nas alegações - que a sua condenação consistiria em condenação decorrente da sua condição no organograma, e não da sua atuação na entidade. Tenho que isso é realmente dúvida razoável de tudo que ela fez, de tudo que ela pontuou lá dentro, e considero que a condição é de absolvição por ausência de provas consistentes, cabais, que possam levar à consideração definitiva de que ela operou com consciência, vontade livre, voltada à prática desses atos tidos como fraudulentos, razão pela qual peço vênia no ponto ao Ministro-Relator, para, no item específico,, acompanhar o Ministro Revisor. (...) Em relação a essa possibilidade, José Paulo Baltazar Júnior e Sérgio Fernando Moro, em obra especializada sobre o tema, afirmam que (...) Interpretada dessa maneira, a regra é válida e compatível com as exigências de um Direito Penal liberal-democrático, segundo o qual deve prevalecer o princípio de que, em casos criminais, exige-se prova acima de qualquer dúvida razoável. (...) Desse modo, em face de dúvida razoável, imperioso aplicar o princípio do in dubio pro reo para absolver o réu. (...) Enfatize-se, portanto, uma vez mais, na linha desse magistério jurisprudencial, que as acusações penais jamais se presumem provadas, eis que o ônus da prova incumbe, exclusivamente, no que concerne aos fatos constitutivos do pedido, a quem formula a acusação penal (HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 84.580/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 94.157/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.): “- Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5).

Precedentes. (...) Dessarte, partindo-se da premissa de que à acusação cabe comprovar, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado, na dúvida a absolvição impõe-se, nos termos do princípio do favor rei ou in dubio pro reo. Inclusive, esse é o mandamento disposto no art. 386, VII, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, in verbis: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VII – não existir prova suficiente para a condenação”. (...) Dessarte, partindo da premissa de que à acusação cabe comprovar, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado, na dúvida, a absolvição se impõe, nos termos do princípio do favor rei ou in dubio pro reo. Inclusive, esse é o mandamento disposto no art. 386, VII, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, in verbis: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VII – não existir prova suficiente para a condenação”. (...) Assim, considero haver dúvida razoável quanto à relevância da atuação do ex-Ministro ANDERSON ADAUTO na concretização do pagamento da propina, que foi realizado pelo esquema criminoso tal qual já vinha sendo feito em relação ao parlamentar ROMEU QUEIROZ e aos demais anteriormente julgados. (...) Essas circunstâncias trazem à tona, a meu sentir, dúvida razoável sobre a autoria dos fatos imputados ao denunciado. (...) Valho-me novamente do magistério jurisprudencial da Corte, que já se manifestou no sentido de que “nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado (...) [E]m matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. (...) Cabe insistir na observação de que a mera invocação da teoria do domínio do fato não basta, só por si, para exonerar o Ministério Público do gravíssimo ônus de comprovar, para além de qualquer dúvida razoável, e sempre com apoio em prova idônea, lícitamente produzida sob a égide do contraditório, a culpabilidade do réu, pois – nunca é demais reafirmá-lo – o princípio do estado de inocência, em nosso ordenamento jurídico, qualifica-se, constitucionalmente, como insuprimível direito fundamental de qualquer pessoa, que jamais se presumirá culpada em face de acusação penal contra ela formulada, tal como esta Suprema Corte tem sempre proclamado (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.): (...) No que diz respeito a LUIZ CARLOS DA SILVA (PROFESSOR LUIZINHO), remanesce uma dúvida razoável quanto à conduta criminosa a ele atribuída. (...) Cotejando todos esses depoimentos, entendo haver uma dúvida razoável quanto à prática do crime de lavagem de dinheiro imputado ao réu PROFESSOR LUIZINHO. (...) Mas, com relação a esse aspecto, vou fundamentar o meu juízo absolutório exatamente como o fiz com relação a alguns dos corréus a que absolvi em outros segmentos. Digo que, neste caso, segundo entendeu este Plenário, os crimes antecedentes foram contra o Sistema Financeiro Nacional, gestão fraudulenta, e o outro seria o peculato, crime contra a Administração Pública. E, com relação a estes delitos, que seriam os crimes antecedentes - todos sabemos que a lavagem é chamada de “delito de segundo grau”, ou por conexão, ou derivado, ela não prescinde do crime antecedente - não consigo visualizar, nos elementos de prova constantes dos autos, sequer indícios que afastem dúvida razoável. Não consigo chegar a juízo de certeza com relação ao conhecimento dos três - dois parlamentares do PT (João Magno e Paulo Rocha) e, ainda, Anderson Adauto -, para afirmar que tivessem conhecimento de que os recursos que estavam sendo a eles repassados proviessem desses ilícitos. (...) Mas, por outro lado, entendo que há uma dúvida razoável sobre se DUDA MENDONÇA e ZILMAR FERNANDES tinham ou não conhecimento dos crimes antecedentes (descritos nos itens III, V e VI). (...) O Relator desta ação penal, Ministro JOAQUIM BARBOSA, em voto que fez distribuir aos pares, no tocante ao crime de lavagem de dinheiro pelos saques no Banco Rural, também chegou a mesma conclusão: “Entendo que há uma dúvida razoável sobre se DUDA MENDONÇA e ZILMAR FERNANDES tinham ou não conhecimento dos crimes antecedentes (descritos nos itens II, V e VI). (...) Então, quanto ao crime de lavagem de dinheiro, quer nas duas imputações, quer por uma, quer por outra, acompanho o Revisor. O

Relator explicou, no primeiro caso, dos cinco saques no Banco Rural, que, como foi também antes afirmado, foi ato do próprio Banco Rural, e, portanto, pelo sistema bancário. E, no segundo caso, em que o Ministro Relator, com muita percuciência, avisa que houve uso, não apenas do sistema do dólar-cabo, mas a passagem pelo Trade Link Bank, não foi esse o único meio e não há, portanto, a meu ver, prova eficaz, cabal, que não deixe dúvida razoável sobre o conhecimento por José Eduardo de Mendonça e da Zilmar Fernandes destas condições ilícitas, razão pela qual, deste crime, eu os absolvo, como absolvo, também, da imputação do crime de evasão de divisas. (...) Com as vênias devidas, não acompanho o raciocínio do eminente ministro Relator, no sentido de que há “dúvida razoável sobre se DUDA MENDONÇA e ZILMAR FERNADES tinham ou não conhecimento dos crimes antecedentes”. Mais adiante explico. (...) Aliás, considerando que JADER admitiu ter intermediado uma das transferências comprovadas nos autos, não se vislumbra qualquer motivação que pudesse autorizar dúvida razoável sobre sua versão. (...) Nesse sentido, partindo-se da premissa de que à acusação cabe comprovar, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado, na dúvida a absolvição se impõe, nos termos do princípio do favor rei ou in dubio pro reo.¹²¹²

ANEXO I – Ação Originária 2.093/RN e a utilização do *standard* “além da dúvida razoável” para casos de delação premiada

7. O Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram que o indevido cerceamento ao direito de realizar perguntas é causa de nulidade do processo. A ausência de advogados dos corréus ao interrogatório de acusado diverso, desde que devidamente intimados, não gera nulidade, pela faculdade da participação. Excepciona-se a regra da faculdade da participação quando há a imputação de crimes pelo interrogado aos demais réus, como nos casos de colaboração premiada. Mesmo com a declaração de nulidade das imputações constantes do interrogatório do delator, subsistem elementos de prova material e testemunhal suficientes, autônomos e independentes, para além de dúvida razoável, a sustentar a condenação do recorrente. Nulidade reconhecida, com base nos arts. 563 e 566 do CPP, apenas para declarar a imprestabilidade do interrogatório do delator em relação ao recorrente, sem determinação de repetição dos atos do processo, decisão tomada, no ponto, por maioria. (...)

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE E RELATORA)

7ª preliminar – ausência da defesa técnica durante o interrogatório de corréus

40. A defesa de Sérgio Roberto de Andrade Rebouças sustentou que o recorrente esteve desprovido de defesa técnica quando dos interrogatórios dos corréus Joumar Batista da Câmara (fls. 1.553-1.554), Antônio Patriota de Aguiar (fls. 1.557-1.558) e Jaelson de Lima (fls. 1.559- 1560), bem como do delator Elias Avelino dos Santos (fls. 1.555-1.556). (...) Porém, mesmo cientes de quando ocorreria o interrogatório dos corréus, não participaram do ato. (...) 41. (...) Assim, na espécie vertente, com todos os elementos que se tem, somente se pode concluir que os advogados dos recorrentes não participaram do ato de interrogatório dos corréus porque entenderam que a ausência era a estratégia defensiva adequada naquele momento, tendo participado, contudo, no mesmo dia e local, do interrogatório dos seus clientes. 42. Mesmo a estratégia de ausência, adotada pela defesa, não permite afirmar que os recorrentes ficaram indefesos quanto ao que fora dito no interrogatório dos outros

¹²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AP 470, relator Min. Joaquim Barbosa, j. 17/12/2012. p. 22/04/2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3678648>>. Acesso em 19 jul. 2022.

réus, pois tiveram a oportunidade de se manifestar sobre o assunto na fase das alegações finais, contudo, não deram relevância ao tema e sobre ele nada disseram. (...) 45. A sentença não se alicerçou apenas na delação do corréu Elias Avelino dos Santos para a condenação de Sérgio Roberto de Andrade Rebouças e Jaelson de Lima. A simples leitura do decreto condenatório deixa evidente que, mesmo desprezada a delação, várias outras provas foram utilizadas como fundamento, tais como busca e apreensão, perícia, quebra do sigilo bancário, interceptações telefônicas, documentos e depoimentos de testemunhas.

Tem-se da sentença:

“Além dessa transcrição acima, várias outras provam o envolvimento do acusado WELBERT MARINHO ACCIOLY com os acusados SÉRGIO, JOUMAR, JUSSIER, VALTER, ANTÔNIO PATRIOTA e JAELSON, sendo desnecessário repeti-las ante a extensão das conversas, as quais já se encontram reproduzidas no procedimento cautelar de interceptação telefônica e novamente colacionadas nas razões finais do Ministério Público. (...) 205. Limita-se o acusado SÉRGIO ANDRADE, vagamente, em alegar que não há provas suficientes de sua responsabilidade penal. Não é o que demonstramos linhas atrás! 206. É farto o conjunto probatório que pesa contra o acusado, seja prova documental (quebra de sigilo bancário e interceptação telefônica), busca e apreensão no escritório de SÉRGIO ROBERTO DE ANDRADE, prova pericial realizada no computador do acusado SÉRGIO ROBERTO DE ANDRADE etc., seja pela delação do acusado ELIAS AVELINO DOS SANTOS. Na verdade, o acusado SÉRGIO ROBERTO DE ANDRADE foi quem teve a maior participação nos delitos, tendo sido, quiçá, o autor intelectual deles, visto que planejou, articulou, combinou estratégias inclusive defensivas, e, ainda, buscou o máximo possível desfazer-se de provas” (fls. 2.401 e 2.427).

Portanto, *ad argumentandum tantum*, mesmo que se cogitasse em nulidade da prova e a sua conseqüente retirada dos autos, o que não é o caso, conforme densamente demonstrado acima, subsistiriam inúmeros outros elementos capazes de, por si sós, manter a higidez da sentença, conforme estabelece o art. 566 do Código de Processo Penal:

“Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”.

(...) 72. (...) O envolvimento dos recorrentes e seu grau de participação na empreitada criminoso também é corroborado pelas interceptações telefônicas, como neste trecho da conversa entre Sérgio Roberto de Andrade Rebouças e Valter Sandi de Oliveira Costa: (...) 74. (...) Corroborando a conversa telefônica interceptada, a prova documental demonstra o conluio criminoso entre os recorrentes Valter Sandi de Oliveira Costa e Joumar Batista da Câmara. (...) 77. Mais um elemento de prova a confirmar a materialidade do delito de peculato e o envolvimento de todos os recorrentes, é o depoimento do acusado Elias Avelino dos Santos, delator beneficiado na sentença com o perdão judicial, pois confessa a participação no crime e entrega os demais corréus, corroborando as condutas acima narradas: (...) 79. (...) Nesse ponto, como descrito pelo juiz sentenciante, tem-se a seguinte seqüência de atos: “a delação do acusado ELIAS AVLINO DOS SANTOS corrobora as provas obtidas na interceptação telefônica e na quebra de sigilo bancário, confirmando que realmente os acusados SÉRGIO ANDRADE, ROGÉRIO JUSSIER e JAELSON DE LIMA estiveram no Banco do Brasil para sacar a importância consignada no cheque (no valor de R\$ 899.024,00 - oitocentos e noventa e nove mil e vinte e quatro reais). (...) 82. Observe-se que o que se expôs na delação guardam conformidade com o conjunto de provas produzidas na investigação e confirmados na instrução do processo, a complementar o mosaico probatório e dar ao julgador certeza sobre a materialidade e a autoria dos fatos imputados aos réus.

A jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal admite a invocação da delação, desde que não constitua o fundamento exclusivo da condenação (HC

75.226, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19.9.1997; HC 71.813, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.2.1995; e RE 213.937, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.6.1999), conforme ocorre na espécie vertente.

Asseverou-se no último dos julgados mencionados:

“EMENTA: CRIMINAL. PROVA. CONDENAÇÃO. DELAÇÃO DE CO-RÉUS. INVOCAÇÃO DO ART, 5º, INCISOS LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO: AFRONTA INOCORRENTE. É certo que a delação, de forma isolada, não respalda decreto condenatório. Sucede, todavia, que, no contexto, está consentânea com as demais provas coligidas. Mostra-se, portanto, fundamentado o provimento judicial quando há referência a outras provas que respaldam a condenação”.

Igualmente, o Habeas Corpus 81.618, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ 28.6.2002:

“EMENTA: Habeas corpus. Pretendida declaração de nulidade da sentença condenatória, que estaria baseada apenas na delação feita por co-réu. Pretensão que encontra obstáculo no reconhecimento, pelo acórdão recorrido, de que não se está diante de uma condenação baseada exclusivamente nessa delação, mas que envolve outros elementos de prova, insuscetíveis de exame no âmbito restrito do habeas corpus”.

83. Ademais, o art. 155 do Código de Processo Penal estabelece ser possível a condenação com base em elementos informativos colhidos na investigação, desde que amparados e em consonância com as provas produzidas sob o crivo do contraditório. O conjunto probatório dos autos revela que os réus conheciam e estavam diretamente envolvidos com o esquema criminoso para a prática do peculato narrado na denúncia, o que conduz a suas condenações. 84. Irrefutável a materialidade e a autoria do crime de peculato, pois o conjunto de fatos, comprovados por documentos, testemunhas, indícios, perícias e delações, realça as circunstâncias configuradoras da infração penal. (...)

II – Do crime de falsificação de documento público

89. (...) Quanto aos acusados Sérgio Roberto de Andrade Rebouças e Rogério Jussier Ramalho, está demonstrado que eles tinham ciência de que o cheque seria falsificado por Jaelson de Lima e aderiram a sua conduta, comparecendo juntos à agência bancária, previamente acertados para sacar o valor, a fim de possibilitar a divisão do produto do crime, o que efetivamente ocorreu, conforme demonstrado no tópico anterior. Nesse sentido do curso de pessoas, é o depoimento de Elias Avelino dos Santos: (...) Corroborando esse depoimento as declarações da testemunha José Robson de Araújo Braulino: (...)

O Senhor Ministro Edson Fachin:

1- SERGIO ROBERTO DE ANDRADE REBOUÇAS

(...) As interceptações telefônicas corroboram a farta prova já existente nos autos desde a concepção, execução e atos tendentes a impedir a investigação, chegando a combinar os depoimentos com os demais réus, culminando em o contato com o ex-Governador. (...) No volume 53, encontra-se outra prova que corrobora a autoria e a materialidade dos delitos perpetrados por Sérgio Roberto (documentos encontrados no escritório de Sérgio Roberto): (...) Sua presença nas dependências do Banco do Brasil no momento do saque do cheque é comprovada inicialmente pelo acusado ELIAS AVELINO DOS SANTOS em seu interrogatório (fls. 1555/1556) e corroborada pelo depoimento da testemunha JOSÉ ROBSON DE ARAÚJO BRAULINO (fls. 1765/1766), o qual reconheceu expressamente o recorrente SÉRGIO ROBERTO DE ANDRADE REBOUÇAS como sendo uma das pessoas que compareceram ao banco para sacar o cheque. (...) Nesse ponto, além de

mencionar que a delação do acusado Elias Avelino corroborava as provas obtidas na interceptação telefônica e na quebra de sigilo bancário, o magistrado sentenciante deu relevo ao fato de que a presença de Sérgio Andrade na agência bancária para sacar o valor correspondente ao cheque foi confirmada em juízo pela testemunha José Robson Araújo Braulino (fls. 165/176) (...)

2- JOURNAL BATISTA CÂMARA: (Coordenador Financeiro Detran/RN) (...) Nas interceptações encontramos a corroboração das provas orais e documentais trazidas aos autos: (...)

3 – ROGÉRIO JUSSIER RAMALHO (Coordenador de Educação Detran/RN) (...) Some-se, ainda, ao fato de que a responsabilidade do apelante ROGÉRIO JUSSIER RAMALHO pelo desfalque nos cofres públicos não emerge apenas dos esclarecimentos prestados pelo réu delator, como quer fazer crer a defesa, senão do cotejo das diversas outras provas apontadas anteriormente, sendo certo que o conteúdo do interrogatório de ELIAS AVELINO DOS SANTOS apenas corroborou as evidências já coletadas, conforme a narrativa expandida acima. (...)

4 - VALTER SANDI DE OLIVEIRA COSTA (Diretor-Geral do Detran/RN) (...) Sem razão o apelo. A farta prova documental, corroborada pelas interceptações telefônicas e ainda o depoimento do réu Elias Avelino dos Santos afastam de forma irretorquível a presunção de validade que poderia beneficiar o apelante Valter. (...)

5 - ANTONIO PATRIOTA AGUIAR (...) A ilicitude está justamente em expedir o memorando que deu início ao processo licitatório que tinha como objetivo o desvio de recursos públicos. Sem o citado memorando a compra dos livros não teria ocorrido. E mais. Não haveria base para as demais autoridades envolvidas efetuarem os pagamentos. As interceptações apenas corroboram o que já se apurara a partir dos documentos. (...) Relativamente ao delito de inexigibilidade de licitação não há prova acima da dúvida razoável, quanto à conduta, com dolo específico, no sentido de atingir finalidade ilícita com a dispensa indevida da licitação. Quanto à formação do juízo de fato, oportuno o magistério de Danilo Knijnik ao salientar a necessidade do juiz adotar um modelo de constatação peculiar a cada direito em análise, que, no processo penal, deve ser a exigência de prova além da dúvida razoável, eis que o subjacente interesse da sociedade é de barrar quase que totalmente o risco de um erro. (KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário, p. 45, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.45).

6 - WELBERT MARINHO ACCIOLY (...) O peculato está caracterizado. Houve o efetivo recebimento indevido de valor em recompensa ao parecer pela inexigibilidade de licitação que possibilitou a prática do crime. O julgado desta Corte (MS 24073, rel. Min. Carlos Velloso) não se aplica eis não trata de hipótese de procurador que recebe ilicitamente dinheiro público em troca de parecer jurídico. Não se cuida no caso, de simples criminalização do parecer. No caso a conduta consistiu em se apropriar de recursos públicos. Quanto a esta prova, acima de qualquer dúvida, se alega que é ilícita a quebra do seu sigilo bancário por afetar terceiros que não figuram na relação processual. Tal alegação não merece acolhida. A quebra de sigilo foi autorizada judicialmente e resta evidenciado que o estratagema utilizado foi o depósito do produto do crime na conta da cônjuge do recorrente. O levantamento do sigilo foi deferido pela autoridade judicial.

7 - JAEALSON BALBINO DA COSTA LIMA (...) Quanto à questão meritória, as provas trazidas aos autos revelam a intensa participação de Jaelson na prática das condutas delituosas. Embora Jaelson tenha se apresentado como representante da Editora Kalimera no curso da instrução verificou-se que Jaelson era assessor do réu Sérgio Roberto Andrade Rebouças. Em duas ligações telefônicas Sérgio reconhece que deu dinheiro a Jaelson (por alegado empréstimo) e que Jaelson “trabalhava em seu gabinete” na Câmara de Vereadores de Paranaminim. Veja-se o conteúdo de algumas interceptações: (...) A defesa alega a sentença se embasa apenas na colaboração premiada do Sr. Elias Avelino dos Santos, sócio-proprietário da

Livraria e Papelaria Confiança Ltda. (...) A fita-detache de fl. 378 do Processo n. 001.07.202485-3 em apenso, relativa ao ao Terminal de Caixa nº 18.711, do Banco do Brasil S/A - Ag. 281, onde foi descontado o cheque comprova os depósitos na conta bancária de JAELSON DE LIMA, foram feitos numa sequência ininterrupta de operações bancárias, antecedidas primeiramente pelo pagamento do cheque. A referida fita-detache evidencia também que o terminal de caixa foi aberto e encerrado exclusivamente para a realização destas operações. Estas constatações demonstram que indubitavelmente os depósitos foram feitos com os recursos provenientes do saque do cheque do DETRAN. O réu Elias Avelino dos Santos, interrogado em juízo confessou: (...) As interceptações telefônicas devidamente autorizadas pelo juiz instrutor também corroboram a tese de recebimento de valores por Jaelson: (...) Desta feita, depreende-se que houve dispensa implícita da testemunha sobredita, não podendo a defesa se valer de sua própria inércia para inquirir todo o processo. Acrescente-se, que sua alegação no presente momento processual. (...)

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski

(...) Visto isso, penso, com a devida vênia, não ser válido o argumento no sentido de que, mesmo desprezada a delação do corréu Elias Avelino, subsistiriam elementos no acervo probatório para a condenação, eis que a sentença teria se fundando em outras evidências, suficientes, por si só, para amparar o desfecho desfavorável ao réu. Isso porque, além de constituir a falta de defensor nulidade absoluta (art. 564, III, c, CPP), no caso, o prejuízo do réu ficou plenamente evidenciado, na medida em que o juiz sentenciante atribuiu especial relevo ao depoimento do colaborador para afirmar a culpabilidade dos acusados. Confira-se, pois, os trechos da sentença recorrida abaixo transcritos: “ (...) 179. A delação fornecida pelo acusado ELIAS AVELINO DOS SANTOS possui relevante valor probatório e contribuiu decisivamente para o fortalecimento das demais provas e, em especial, para o descortino do esquema criminoso entre os acusados, sobretudo, para a prática dos crimes de peculato e inexigibilidade indevida de licitação. (...) 181. Através de ELIAS AVELINO DOS SANTOS, restaram mais robustas as provas que indicavam a participação dos acusados SÉRGIO ANDRADE, JAELSON DE LIMA e ROGÉRIO JUSSIER. (...) 183. De vital importância, inclusive, a delação referente à partilha do produto do crime entre os acusados que estiveram na agência bancária, o que foi corroborado posteriormente pela quebra de sigilo bancário e pelas interceptações telefônicas” (fls. 134/135 e 164/165, doc. eletrônico 99 - grifei).

IV - Do Mérito a) Do crime de peculato (art. 312, § 1º, do Código Penal) (...) A participação de Jaelson de Lima, a seu turno, foi minuciosamente detalhada no depoimento, em juízo, de Elias Avelino dos Santos. Confira-se: (...) Ademais, consta da “fita detalhe” do terminal nº 18.711 do Banco do Brasil que, logo após os depósitos efetuados nas contas de Katya Medeiros Caldas Accioly (então esposa do corréu Welbert Marinho Accioly), Elias Avelino dos Santos e outro, houve o recebimento da quantia de R\$ 19.271,00 na conta do recorrente Jaelson de Lima, em seguida ao saque do cheque de R\$ 899.024,00, de titularidade do DETRAN/RN, corroborando o depoimento supratranscrito. (...) Por fim, Welbert Marinho Accioly (...) Com efeito, das informações colhidas no procedimento de quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico (fls. 1184/1193, Apenso IV, vol. 1) e conforme ofício remetido pelo Banco do Brasil no mesmo procedimento, ficou evidenciado que os recursos depositados na conta corrente de Kátia Maria Medeiros Caldas Accioly eram oriundos do desvio de R\$ 899.024,00, por sua vez decorrentes da licitação superfaturada realizada no DETRAN/RN. Parte dessa quantia foi repassada para a conta da esposa do acusado Welbert Marinho e aos demais acusados, ainda na Agência do Banco do Brasil nº 2870-3, após o horário de expediente bancário, em terminal aberto exclusivamente para tais transações, perfazendo uma sequência quase ininterrupta de operações, conforme apontado na Fita Detalhe do Terminal nº 18.711 da Agência nº 2870-3 do Banco do Brasil. Tais elementos corroboram a versão apresentada pelo corréu Elias Avelino dos Santos. Além disso, o conteúdo das interceptações telefônicas, relativos a conversas entre Welbert Marinho Accioly

e outro, revelam a participação desse apelante no delito, conforme bem explicitado no voto da Relatora.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes:

(...) Há outro fundamento relevante. Ainda que com a declaração de nulidade do interrogatório do colaborador ELIAS AVELINO, ou seja, mesmo que se considere a ineficácia absoluta do depoimento prestado em juízo para produzir efeitos sobre a esfera jurídica do recorrente SÉRGIO ANDRADE, o que atende plenamente ao interesse da defesa, verifica-se a existência de provas autônomas e independentes, para além de qualquer dúvida razoável, que sustentam a condenação. (...) Desta feita, mesmo com a declaração de nulidade das imputações constantes do interrogatório do delator, subsistem elementos de prova material e testemunhal suficientes, autônomos e independentes, para além da dúvida razoável, que sustentam a condenação do recorrente SÉRGIO ANDRADE. (...) Nessa linha, restou claro pelas provas dos autos, para além de qualquer dúvida razoável, que o recorrente recebeu aproximadamente R\$ 40.000,00 em depósito realizado na conta-corrente de sua ex-esposa. Destaque-se que o recorrente não conseguiu contrapor as provas produzidas pela acusação, de modo a comprovar a alegada origem lícita dos recursos, nos termos do art. 156 do CPP.¹²¹³

ANEXO J – Voto do Min. Celso de Mello na Ação Penal 1.003/DF, a respeito de documentos unilaterais

Sobre o registro “1,0 PB”, inscrito – entre outras anotações similares – no referido documento (fls. 74), Paulo Roberto Costa foi textual ao esclarecer-lhe o sentido, revelando que se tratava da representação numérica do valor, em milhões de reais, efetivamente pago ao então Ministro de Estado Paulo Bernardo Silva, para a campanha eleitoral de Gleisi Hoffmann ao Senado (fls. 58). Disse, ainda, que copiou tal informação “de uma tabela que se encontrava no escritório de Alberto Youssef”, operador financeiro do Partido Progressista, a fim de se municiar para as futuras cobranças de dinheiro a ele dirigidas por agentes políticos. Falta consistência, de outro lado, à alegação da defesa de que a anotação particular emanada do próprio delator não configura fonte diversa de prova e, portanto, não pode servir, por si só, como instrumento de certificação do depoimento por ele prestado. Ora, o documento sob escrutínio foi apreendido, na época (em 25/03/2014), à revelia do ainda investigado Paulo Roberto Costa cujo acordo de colaboração só viria a ser pactuado com o Ministério Público mais de 05 (cinco) meses depois, sendo certo, por relevante, que a primeira declaração do ex-Diretor de Abastecimento da Petrobras, na qualidade de agente colaborador, apenas ocorreu em 29 de agosto de 2014 (fls. 06). Vale observar, por extremamente relevante, que esta colenda Turma, no julgamento final da AP 996/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN, reconheceu a plena legitimidade jurídica dos elementos informativos e demais anotações constantes dessa mesma agenda que foi apreendida em poder de Paulo Roberto Costa, por considerar que essas anotações particulares emanadas do próprio agente colaborador (Paulo Roberto Costa) qualificam-se como fonte probatória autônoma, em razão do que não incide sobre tais escritos a norma vedatória fundada no art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/2013.¹²¹⁴

¹²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Originária 2.093/RN, relatora Min. Carmem Lúcia, j. 03/09/2019. p. 10/10/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751113046>>. Acesso em 19 jul. 2022.

¹²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 1.003/DF, relator Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Dias Toffoli, j. 16/08/2018, DJe 06/12/2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748804145>>. Acesso em 1º set. 2022.

ANEXO K - Voto do Min. Celso de Mello na Ação Penal 996/DF, a respeito de documentos unilaterais

Cabe registrar, finalmente, que, em 25 de março de 2014, foi apreendida, no cumprimento de ordem de busca e apreensão emitida nos autos do IPL 1041/2012-SR/DPF/PR (Operação BIDONE), a agenda de Paulo Roberto Costa (Relatório de Análise Polícia Judiciária nº 232/2015 – fls. 427), da qual consta a anotação referente ao pagamento de 4 milhões de reais de propina ao Deputado Federal Nelson Meurer. Sobre o registro “4,0 Nel”, inscrito – entre outras anotações similares – no referido documento (fls. 81), Paulo Roberto Costa foi textual ao esclarecer-lhe o sentido, revelando que se tratava da representação numérica do valor da propina, em milhões de reais, efetivamente entregue ao parlamentar Nelson Meurer, no ano eleitoral de 2010. Disse, ainda, que copiou tal informação “de uma tabela que se encontrava no escritório de Alberto Youssef”, operador financeiro do Partido Progressista, a fim de se municiar para as futuras cobranças de dinheiro ilícito a ele dirigidas pelos agentes políticos, notadamente aqueles filiados a essa agremiação partidária (fls. 1.002/1.003). Não custa recordar, por relevante, o teor do testemunho, prestado em juízo, pelo igualmente colaborador Alberto Youssef, quando afirmou que parte desses quatro milhões de reais, provindos do esquema de corrupção instaurado no âmbito da Diretoria de Abastecimento da Petrobras, foi destinada ao réu Nelson Meurer por meio de doações eleitorais de caráter oficial, tendo afirmado, ademais, que o parlamentar tinha total consciência da origem ilícita do dinheiro (fls. 2.825v./2.826v.). Falta consistência, de outro lado, à alegação da defesa de que a anotação particular emanada do próprio delator não configura fonte diversa de prova e, portanto, não pode servir, por si só, como instrumento de certificação do depoimento oral por ele prestado. Ora, o documento sob escrutínio foi apreendido, na época (em 25/03/2014), à revelia do ainda investigado Paulo Roberto Costa cujo acordo de colaboração só viria a ser pactuado com o Ministério Público mais de 05 (cinco) meses depois sendo certo, por relevante, que a primeira declaração do ex-Diretor de Abastecimento da Petrobras, na qualidade de agente colaborador, apenas ocorreu em 29 de agosto de 2014 (fls. 06). Tal contexto autoriza, portanto, atribuir-se elevado valor probatório ao documento em questão e que, conjugado com os demais suportes de corroboração já mencionados, legitima a formulação de decreto condenatório referente à imputação penal descrita no item n. 4.3, “ b”, da denúncia. Desse modo, o cotejo das provas mencionadas permite concluir, com absoluta segurança, que o réu Nelson Meurer, de fato, recebeu, no ano de 2010, a vantagem indevida de R\$ 500.00,00 (quinhentos mil reais), por meio de 02 (duas) doações eleitorais de caráter oficial, em troca de seu apoio à manutenção de Paulo Roberto Costa na Diretoria de Abastecimento da Petrobras, o que perfaz, com exatidão, a fórmula típica inscrita no art. 317, “caput”, e § 1º, do Código Penal.¹²¹⁵

¹²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 996/DF, relator Min. Edson Fachin, j. 29/05/2018, DJe 08/02/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749110646>>. Acessado em 19 set. 2022.

