



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Diego Fernandes do Valle

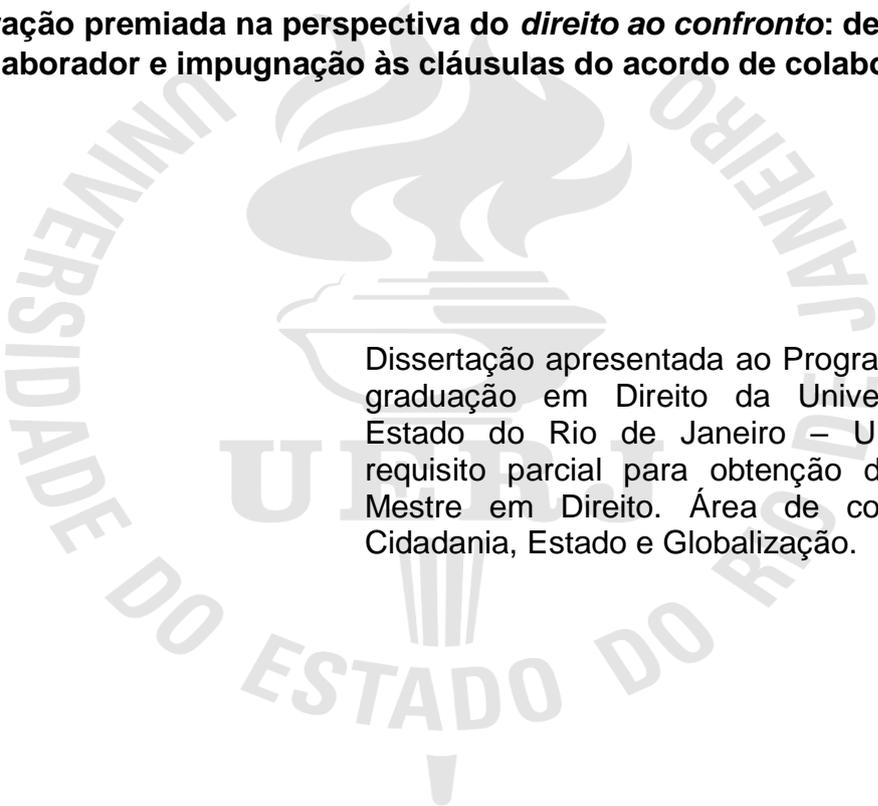
**A colaboração premiada na perspectiva do *direito ao confronto*:
declarações do colaborador e impugnação às cláusulas do acordo
de colaboração**

Rio de Janeiro

2019

Diego Fernandes do Valle

A colaboração premiada na perspectiva do *direito ao confronto*: declarações do colaborador e impugnação às cláusulas do acordo de colaboração



Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Diogo Rudge Malan

Rio de Janeiro

2019

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

V181

Valle, Diego Fernandes do.

A colaboração premiada na perspectiva do direito ao confronto:
declarações do colaborador e impugnação às cláusulas do acordo de
colaboração / Diego Fernandes do Valle. - 2019.
151 f.

Orientador: Prof. Dr. Diogo Rudge Malan.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Delação premiada (Processo penal) - Teses. 2. Cláusulas (Direito) –
Teses. 3. Jurisprudência – Teses. I. Malan, Diogo Rudge. II. Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.232

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

Diego Fernandes do Valle

A colaboração premiada na perspectiva do *direito ao confronto*: declarações do colaborador e impugnação às cláusulas do acordo de colaboração

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 21 de fevereiro de 2019.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Diogo Rudge Malan (Orientador)

Faculdade de Direito –UERJ

Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro

Faculdade de Direito –UERJ

Prof^a. Dr^a. Marta Cristina Cury Saad

Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2019

DEDICATÓRIA

À minha família, e especialmente aos meus queridos pais, Eliana e Júlio, que, suportando toda sorte de privações, propiciaram que, dez anos após a primeira aula na Faculdade de Direito da UCP, eu chegasse até aqui e sem os quais, eu nada seria.

À Thuca por toda bondade e carinho ímpares, ainda que eu não seja merecedor. No mais, tendo a certeza de que *nenhum homem é uma ilha*, e parafraseando Carl Sagan, dedico a todos aqueles que, *diante da vastidão do tempo e da imensidão do universo*, tive e tenho o prazer de compartilhar a existência.

AGRADECIMENTOS

Produzir um trabalho acadêmico, a toda evidência, não é tarefa simples. Porém, não menos complexo é o ato de agradecer. Isto porque, apesar de todas as vicissitudes, a vida nos presenteia, a todo o momento, com coisas e pessoas boas. Portanto, o risco de cometer alguma injustiça aqui – ainda que culposa – é considerável.

Feitas as ressalvas, passo a sistematizar os agradecimentos.

Aos meus pais, aos quais também dedico esta dissertação, e demais membros da minha família que, há mais de dez anos, angariaram esforços sobre-humanos para que eu pudesse chegar até aqui; minha avó Nadir; meus tios Beto, Lila e Mari; meu irmão Welerson, e, até seus últimos dias na Terra, meu avô Daniel.

O iminente título de mestre em Direito se deve, em boa parte, aos que contribuíram com minha formação acadêmica na querida Universidade Católica de Petrópolis. Impossível sonegar as lições jurídicas, e de vida, do *Doctor Honoris Causa* Francisco Marcos Rohlling, ferrenho Civilista. Passados dez anos, ainda me recordo de suas aulas de Introdução ao Direito e, principalmente, das suas lições de vida; que o tempo seja gentil comigo, assim como tem sido com o mestre Rohling. Agradeço à cordialidade do professor Júlio Francisco, uma *enciclopédia ambulante*, sempre disposto a conversar sobre os mais variados temas. A antropologia é fascinante e devo os primeiros contados ao professor Marco Aurélio Gonçalves Ferreira, meu orientador de monografia que aceitou o desafio de pesquisar sobre um tema desprovido de qualquer fonte bibliográfica, mas que me conduziu a uma pesquisa empírica relevante para o tema da *justiça de transição*, de igual modo agradeço ao Professor Daniel Machado pelas primeiras lições de Filosofia do Direito, lá no seu grupo de pesquisa. Já os professores Cadu e Guilene me introduziram no mundo do Direito/Processo Penal e de lá nunca saí.

Ainda sobre Cadu e Guilene, devo a eles os meus primeiros passos na advocacia e serei eternamente grato ao voto de confiança que me deram, quando eu nem sequer uma petição de juntada sabia fazer. Mas não é só. Toda minha gratidão à Christiane Advocat, por me acolher em seu escritório, onde Felipe Carvalho, meu irmão de afeto, com toda paciência do mundo, me ensinou a fazer a primeira petição de juntada. De igual modo, impossível não lembrar com alegria dos cafés da manhã,

das conversas, dos conselhos, e, sobretudo, do carinho da secretária, Adriana, que assim como os demais me acolheu tão bem naquele escritório.

De igual modo, agradeço aos professores da PPGD, em especial Marco Antônio Rodrigues e Flávia Hill, por me acolherem tão bem, apesar de todas as minhas dificuldades, nas disciplinas voltadas ao Processo Civil. Por fim, minha gratidão ao Professor Grandinetti pelo empenho em apresentar uma visão interdisciplinar do Direito.

Prosseguindo, receio que as mais belas e eruditas palavras sejam insuficientes para agradecer por toda a confiança e todo o carinho depositado por Flávio Mirza, meu parâmetro profissional e pessoal. Certa vez, em Petrópolis, nos corredores da UCP, Flávio me ensinou uma lição que carregarei até meus derradeiros lampejos de lucidez: *“a gente vem nesse mundo para ajudar as pessoas”*.

Ao Diogo Rudge Malan, um dos maiores estudiosos do Processo Penal e uma das figuras mais eruditas que conheço, agradeço a honra de ser seu orientando (*ainda que distante do rol dos mais brilhantes*). Foi um prazer compartilhar essa trajetória ao seu lado que, assim como Flávio, é meu parâmetro profissional e, ao ensejo, Sir Isaac Newton certa vez escreveu a Robert Hooke: *“If I have seen further it is by standing on the shoulders of Giants”*.

Agradeço ainda à professora Marta Saad, das Arcadas, por engrandecer este trabalho com sua participação na banca examinadora.

Meus agradecimentos a Pedro de Albuquerque e Sá pelos dois anos de parceria profissional e por toda compreensão e apoio, moral e logístico, nos momentos em que estive ausente para me dedicar a este trabalho.

Há ainda outros tantos amigos.

Tradicionalmente, Compay Segundo, na ontológica Guajira Guantanamera, incorpora os seguintes versos de autoria de José Martí (Versos sencillos XLIV):

“Tiene el leopardo un abrigo
En su monte seco y pardo:
Yo tengo más que el leopardo
porque tengo un buen amigo.”

Eu, agraciado que sou, não tenho só *um bom amigo*, mas inúmeros. Julgo temerário agradecer nominalmente a todos nestas mal traçadas linhas. A despeito disso e correndo o risco de cometer uma injustiça, em virtude de algum lapso,

agradeço o carinho, o apoio e a compreensão dos queridos Frederico Gazolla, Thuany, Thaís Correa, Anna Luiza, Márcia, Uelinton e Vivi; Thais de Freitas; João Pitzer; Elizeu; Rafael Pepe, Felipe Gonçalves, Eduardo Damian e Livia Villas Boas (amigos que o Mestrado me deu); Diogo Fernandes; Breno Figueiredo; Elaine Marques; Anderson Pinto; Jéssica; Jailsa; Thayana; Vivian e tantos outros.

Ainda que não seja usual, uma menção à minha gatinha, que me fez companhia ao longo da redação desta dissertação, ora cochilando ao meu lado, ora rasgando as folhas dos textos...

Last but not least, um agradecimento especial à Viviane Castro pelo irretocável trabalho de revisão ortográfica, ao Frederico Gazolla pelos colóquios e pelas dicas atinentes às normas da ABNT e, à Talita Cabral, pela normatização e revisão final.

“O mundo é bão, Sebastião!”

Petrópolis, Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro, verão de 2019.

[...] Eu sou a favor de um recrudescimento das qualidades individuais, diante de qualquer instituição e também da instituição política. Tem governo, eu sou contra. Tem partido, eu sou contra. Eu não quero pertencer a partido, igreja, escola, a nenhum grupo institucional. Se eu pertenço a algum é por estrita obrigação da qual eu não posso fugir. Nós, os homens desse tempo, estamos humilhados pelas injunções do poder. Eu não quero poder nenhum. O poder é corruptor. Por natureza, o poder é avarento.

Antônio Carlos Belchior, em entrevista à Revista Música (1979).

RESUMO

DO VALLE, Diego Fernandes. **A colaboração premiada na perspectiva do *direito ao confronto***: declarações do colaborador e impugnação às cláusulas do acordo de colaboração. 2019. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Esta dissertação tem como tema o estudo da colaboração premiada sob a ótica do *direito ao confronto*. Os objetivos principais são analisar os institutos do *direito ao confronto* e colaboração premiada para, então, se verificar a possibilidade/direito do corréu delatado de confrontar o colaborador/delator premiado que presta declarações incriminadoras contra aquele. Deste modo, a abordagem teórica tem início com o estudo do *direito ao confronto*, traçando suas origens históricas, natureza jurídica e conteúdo, dentre outros. Com isso, é lícito concluir que o *direito ao confronto* ostenta *status* de norma materialmente constitucional. Em seguida, o estudo se volta ao instituto da colaboração premiada, traçando suas origens históricas, natureza jurídica, previsão legal, legitimados a celebrar o acordo de colaboração e natureza jurídica do depoimento do colaborador. Por fim, à luz do conteúdo do *direito ao confronto* e de sua natureza de direito fundamental, a dissertação conclui pela plena aplicabilidade do instituto em sede de depoimentos incriminadores prestados na forma de *colaboração premiada*, além de permitir impugnação às cláusulas do *acordo de colaboração*.

Palavras-chave: Direito ao confronto. Colaboração premiada. Depoimento incriminador. Impugnação às cláusulas do acordo de colaboração.

ABSTRACT

DO VALLE, Diego Fernandes. **The plea agreement in the right to *confrontation perspective***: incriminating testimony and opposition to the clauses of the plea agreement contract. 2019. 151f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

This dissertation aims to study the plea agreement in the right to confrontation perspective. The main objectives are to analyze the institutes of the right to confrontation and the plea agreement, and then to verify the possibility / right of the defendant to confront the immunized witness' incriminating testimony. In this way, the theoretical approach begins with the study of the right to confrontation, tracing its historical origins, legal nature and content, among others. With this, it is permissible to conclude that the right to confrontation has a status of a materially constitutional norm. Then, the study turns to the institute of the plea agreement, tracing its historical origins, legal nature, legal bases, standing to celebrate the plea agreement contract and legal nature of the immunized witness' testimony. Finally, in the light of the content of the right to the confrontation and its nature of fundamental right, the dissertation concludes for the full applicability of the institute in incriminating testimony provided in the form of plea agreement, in addition to allowing challenge to the clauses of the plea agreement contract.

Keywords: Right to confrontation. Plea agreement. Incriminating testimony.

Opposition to the clauses of the plea agreement contract.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1.	O DIREITO AO CONFRONTO	16
1.1	Origens históricas	16
1.2	Natureza jurídica e conteúdo	21
1.3	Distinção	28
1.3.1	<u>O direito ao confronto e o contraditório e a ampla defesa</u>	28
1.3.2	<u>O direito ao confronto e o exame cruzado (Cross-Examination)</u>	34
1.3.3	<u>O direito ao confronto e o testemunho indireto (Hearsay Evidence)</u>	38
1.4	O direito ao confronto na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América	45
1.4.1	<u>Ohio v. Roberts (1980) – redução da <i>confrontation clause</i> a uma regra de exclusão probatória</u>	45
1.4.2	<u>Crawford v. Washington (2004) – a mudança de paradigma</u>	47
1.4.3	<u>Melendez Diaz v. Massachusetts (2009) – direito a confrontar o perito judicial</u>	49
1.4.4	<u>Michigan v. Bryant (2011) – relativização da <i>confrontation clause</i></u>	50
1.5	O direito ao confronto na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	51
1.5.1	<u>Castillo Petruzzi e outros v. Peru (1999) – julgamento por Tribunal Militar</u>	52
1.5.2	<u>Lori Berenson Mejía v. Peru (2004) – julgamento por tribunal militar e de jurisdição comum</u>	54
1.5.3	<u>Norín Catrimán e outros v. Chile (2014) – testemunhas com identidade preservada e utilização de medidas compensatórias</u>	55
1.6	O direito ao confronto na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos	61
1.6.1	<u>Unterpertinger v. Austria (1986) – primeiro julgamento por alegada violação ao <i>direito ao confronto</i></u>	62
1.6.2	<u>Isgró v. Italia (1991) – utilização de declarações extrajudiciais e ausência de violação à cláusula de confronto</u>	63
1.6.3	<u>Lucá v. Italia (2001) – aplicação da <i>sole or decisive rule</i></u>	65

1.6.4	<u>Al-Khawaja e Tahery v. Reino Unido (2011) – sole or decisive rule: atrito entre o TEDH e suprema corte do Reino Unido.....</u>	67
1.7	O direito ao confronto no Ordenamento Pátrio.....	71
1.7.1	<u>A equivocada leitura do direito ao confronto realizada pela doutrina e jurisprudência.....</u>	78
2	A COLABORAÇÃO PREMIADA.....	82
2.1	Definição.....	82
2.2	Breve relato histórico e previsão legal.....	83
2.3	Gêneros e espécies.....	86
2.4	Natureza Jurídica: Probatória e Processual.....	88
2.5	Valor probatório.....	95
2.6	Sujeitos Envoltos no Acordo de Colaboração.....	102
2.7	Fases do acordo de colaboração premiada.....	109
2.8	Natureza jurídica do depoimento do colaborador.....	112
3	PROBLEMAS RELACIONADOS AO EXERCÍCIO DO DIREITO AO CONFRONTO NO ÂMBITO DA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	115
3.1	O sigilo até o oferecimento da denúncia (art. 7º, §3º da Lei 12.850 de 2013).....	115
3.2	O acesso ao registro audiovisual das declarações extrajudiciais do colaborador (art. 4º, §13º da Lei 12.850 de 2013).....	119
3.3	O direito assegurado ao colaborador de depor sem contato visual com delatado (art. 5º, inciso IV da Lei 12.850 de 2013)	120
3.3.1	<u>A regra de ponderação de ROBERT ALEXY aplicada ao direito do colaborador de depor sem contato visual com delatado.....</u>	121
3.4	Vedação às perguntas que se relacionem à legalidade do acordo de colaboração: posicionamento adotado pelo STF.....	128
3.4.1	<u>Colaboração premiada: um negócio jurídico processual passível de controle via impugnação do delatado quando em exercício do direito ao confronto.....</u>	132
	CONCLUSÕES.....	143
	REFERÊNCIAS.....	147

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Penal Brasileiro já não é o mesmo do século XX, tampouco a sociedade permanece igual. A partir do paradigmático escândalo de corrupção conhecido como “Mensalão”, é possível verificar um *giro* na atuação das agências estatais repressoras, que voltaram seus esforços no combate aos crimes correlacionados ao *direito penal econômico*. Neste sentido, inúmeras foram as operações policiais deflagradas, sendimentando no Brasil, a figura dos *maxi-processos*. No entanto, nenhuma delas se compara à “Operação Lava Jato”, iniciada em março de 2014, e que hoje se encontra na 55ª fase¹, e seus desdobramentos, sobretudo no Estado do Rio de Janeiro, onde se tem notícias de, ao menos, vinte e cinco ações penais correlatas à *operação mãe* “Calicute”, deflagrada em novembro de 2016.

Inegavelmente, as supracitadas operações têm sua *força motriz*² na utilização da colaboração premiada prevista na Lei 12.850 de 2013 que, apesar de tudo, não introduziu o instituto no ordenamento pátrio, cuja previsão legal remonta ao tempo das Ordenações Filipinas.

De lá para cá, inúmeros autores voltaram seus estudos para o instituto da Colaboração Premiada que, apesar de constituir mecanismo importante e definitivamente integrado ao Processo Penal pátrio, encontra-se em estado de depuração pela doutrina e, sobretudo, pela jurisprudência. A esse respeito, há trabalhos publicados sobre as mais diversas nuances da Colaboração Premiada: *acerca da mitigação da obrigatoriedade da ação penal; acerca de seu valor probatório; acerca da voluntariedade do colaborador em celebrar o acordo*, dentre muitos outros.

Neste sentido, esta dissertação se propõe a estudar a colaboração premiada sobre a perspectiva do *direito ao confronto* (*right to confrontation*), instituto jurídico de origem *costumeira*, porém presente no Ordenamento Pátrio, por força de tratados

¹ Conforme consta do sítio eletrônico do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL:

<<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/linha-do-tempo>>, acessado em 20 de dezembro de 2018.

² A colaboração premiada de Youssef, fechada em 24 de setembro de 2014, e a de Paulo Roberto Costa, ex-diretor de Abastecimento da Petrobrás, no dia 27 de agosto, foram os primeiros acordos da Lava Jato, homologados pela Justiça com base na lei 12.850/2013. ESTADÃO. Delação de Alberto Youssef desencadeou a Lava Jato. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/delacao-de-alberto-youssef-desencadeou-a-lava-jato,70002516081>>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

internacionais. Deste modo, o objeto de investigação volta-se para a aplicabilidade do *direito a confronto* no momento do depoimento do colaborador premiado, bem como à possibilidade de o delatado se valer da confrontação para questionar a legalidade das cláusulas do acordo de colaboração premiada.

Neste escopo, cumpre, inicialmente, delinear os *contornos do direito ao confronto*, desde suas origens históricas, natureza jurídica, conteúdo e previsão legal. Isto porque, como dito, o *direito ao confronto* está inserido em nosso ordenamento, ostentando *status* de norma materialmente constitucional. Deste modo, o Brasil como signatário dos tratados internacionais de Direitos Humanos que preveem o *direito ao confronto*, deve promover mecanismos que assegurem aos seus jurisdicionados o pleno exercício de tal direito.

A toda evidência, porém, os *atores* do Processo Penal pátrio desconhecem a relevância e amplitude do *direito ao confronto*, de índole constitucional. Como se não bastasse, a Lei 12.850 de 2013 positivou *regras gerais* quanto à aplicabilidade da colaboração premiada no âmbito das persecuções voltadas a desmantelar Organizações Criminosas. Como é cediço, desde então, centenas de acordos de colaboração premiada foram celebrados e homologados por todas as instâncias do Poder Judiciário. A aplicação em *larga escala* do *novel* instituto, conforme é possível extrair da *práxis* forense, não raras vezes, desencadeia *atos jurídicos*, cuja depuração pelo Judiciário é ainda incipiente.

O *direito ao confronto*, entretanto, não se aplica à colaboração premiada sem que haja um choque entre institutos. A Lei 12.850 de 2013 elenca uma série de *direitos do colaborador* que são antagônicos ao conteúdo e à abrangência do *direito ao confronto*. O debate, portanto, visa a conduzir para uma *oxigenação do* Processo Penal pátrio, que se encontra *distanciado* dos ditames constitucionais, além dos supraconstitucionais/convencionais, já que o Brasil é signatário de tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos.

Fixadas as premissas teóricas, a presente dissertação desenvolver-se-á estruturalmente em três seções, a saber:

O primeiro capítulo investiga as origens do *direito ao confronto* a partir de julgamentos históricos ocorridos na Inglaterra, além de sua natureza jurídica e conteúdo. Delineado o instituto, passa-se a distinção entre o *direito ao confronto* e outros institutos jurídicos, alguns típicos da *Common Law*. Mais adiante, o *direito ao confronto* é analisado a partir de sua positivação na Sexta Emenda à Constituição

dos Estados Unidos e da evolução do tema na Suprema Corte daquele país a partir dos precedentes elencados nesta dissertação. Demais disso, o *direito ao confronto* também é abordado a partir da aplicação pelos sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, com o estudo de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Há, por fim, uma abordagem do *direito ao confronto* no ordenamento jurídico brasileiro e ponderações acerca da leitura do direito ao confronto realizadas pela doutrina e jurisprudência brasileiras, que tendem a equiparar o *direito ao confronto* ao contraditório

Portanto, o primeiro capítulo tem como recorte epistemológico o estudo da evolução, da natureza jurídica e do conteúdo do *direito ao confronto* e sua aplicação pelas Cortes.

O segundo capítulo, por sua vez, é dedicado ao exame da *colaboração premiada*. Neste sentido, o estudo recai sobre a definição, origem histórica, previsão legal, além de sua natureza jurídica e valor probatório. Após esta delimitação do instituto, são definidos os sujeitos que participam do acordo de colaboração, as fases do acordo e a natureza jurídica do depoimento do colaborador em juízo.

Deste modo, o segundo capítulo tem como recorte epistemológico a delimitação do instituto da colaboração premiada, sendo certo que interessa ao escopo desta dissertação o depoimento do colaborador. Por conta disso, questões relevantes a respeito da colaboração premiada, tais como o debate acerca da voluntariedade, valor probatório, momentos em que a colaboração pode ocorrer, dentre outros, deixam de ser estudadas de modo mais detido, por não fazerem parte do escopo desta dissertação.

O terceiro e último capítulo cuida das questões atinentes ao *direito ao confronto* aplicado à *colaboração premiada*. O exercício do *direito ao confronto* encontra alguns entraves em nosso ordenamento. A Lei 12.850, de 2013, conta com dispositivos que inviabilizam o *direito ao confronto*, tais como o momento de produção da prova oral e o direito assegurado ao colaborador de depor sem contato visual com o coimputado delatado. No entanto, o *direito ao confronto*, de índole constitucional deve ser assegurado. Ademais, o acordo de colaboração premiada e o depoimento decorrente de sua celebração são indissociáveis, de modo que, verificados *vícios* contratuais (cláusulas ilegais), se torna direito do delatado impugnar o acordo e isto pode ocorrer pelo exercício do *direito ao confronto*.

Por último, as considerações gerais atingidas com a elaboração da dissertação. Portanto, estes são o tema e os limites do trabalho.

1 O DIREITO AO CONFRONTO

Este capítulo inaugural é dedicado ao estudo do *direito ao confronto*, perpassando por suas origens históricas, além do estabelecimento de sua natureza jurídica em conteúdo. A compreensão do instituto, de sua abrangência e da relevância como direito fundamental é imprescindível para que *confronto* seja utilizado como um *filtro* adequado de aplicabilidade da colaboração premiada.

1.1 Origens históricas

O *direito ao confronto* nos procedimentos criminais remonta à antiguidade, ainda que em uma noção incipiente. Em outras palavras, a ideia de confronto *face a face* entre o incriminado e aquele que o incrimina constitui elemento recorrente nos procedimentos criminais, desde os primórdios do Processo Penal.

Ao tratar da ideia de *direito ao confronto* na antiguidade (*gregos, hebreus e romanos*), FRIEDMAN expõe que sua origem é obscura³. Entretanto, ainda nos tempos bíblicos, os romanos tinham por hábito não condenar qualquer pessoa, se antes não houvesse o prévio confronto entre o acusado e seus acusadores. O autor, entretanto, ressalta que, em verdade, o acusado não dispunha de um direito de se fazer presente nas sessões públicas ante seus acusadores a fim de confrontá-los. O confronto era, portanto, uma possibilidade⁴.

A despeito desses vestígios na antiguidade, a doutrina estabelece que as *raízes do direito ao confronto* remontam à Roma Antiga no que período em que os Romanos adotavam um processo penal acusatório puro, caracterizado pelas *quaestiones perpetuae*. Neste particular, SAAD e MALAN esclarecem que o fator esejador das *quaestiones* foi a expansão do Estado Romano, no final do período Republicano, época em que se tornou necessária criação de mecanismos mais eficientes para investigação de certos crimes. Deste modo, a primeira *quaestio* foi instituída pela Lex Calpurnia de 149 a. C. As *quaestiones* substituíram as

³ FRIEDMAN, Richard. Confrontation: The search of basic principles. In: **Georgetown Law Journal**, v. 86, n. 4, 1998, 1022.

⁴ BRAGANOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao Confronto e declarações do Corréu**. São Paulo: 2018. p. 25.

assembleias populares nos julgamentos penais e sua incidência se verifica, repise-se, no período evolutivo do processo penal romano denominado *indigitado acusatório*, constituído por representantes do povo e presidido pelo pretor⁵. Portanto, naquele período vigorava o *actum trium personarum* público, pautado pela oralidade e assegurando o contraditório⁶.

Cumprido destacar que neste contexto processual romano, o acusado, geralmente, permanecia livre no curso da instrução penal⁷, podendo, portanto, acompanhar as investigações e identificar previamente as testemunhas de acusação, bem como, amiúde, o conteúdo de seus depoimentos, sendo certo, ainda, que no dia designado para o julgamento havia a possibilidade da produção de da prova testemunhal, chamado *per testes*⁸. A inquirição era realizada tanto pela parte que a arrolou quanto pela outra parte⁹.

Consoante ventilado supra, o direito ao confronto significa um “direito estruturado do ponto de vista orgânico e universalmente reconhecido, a confrontar as testemunhas de acusação, com a consequente inadmissibilidade das declarações prestadas fora dessas circunstâncias”¹⁰.

Neste sentido, tendo em vista a acepção moderna do *direito ao confronto*, é lícito afirmar que suas origens apontam para a Inglaterra de HENRIQUE VIII, cuja ruptura com a tradição católica teve como corolário jurídico o afastamento do sistema canônico de *provas tarifadas*, suplantado por um modelo pautado pela

⁵ SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, vol. 842/2005, Dez /2005, p.2.

⁶ BRAGANOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao Confronto e declarações do Corréu**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 25.

⁷ SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, vol. 842/2005, Dez /2005, p. 4.

⁸ O procedimento de produção da prova por testes era essencialmente o mesmo do procedimento civil romano ordinário. O exame era efetuado pelas partes, ou, como regularmente passou a acontecer, por seus defensores. As testemunhas não podiam falar absolutamente nada que não lhes fosse perguntado. Elas primeiramente prestavam o compromisso de dizer a verdade e a inquirição era iniciada pela parte que havia apresentado a testemunha, mas a parte contrária sempre tinha a possibilidade de inquirir na sequência. Este método era denominado *altercatio*, assim chamado por adotar “la forma de lucha” entre os advogados e a acusação. Teodoro Mommsen compara a *altercatio* com “un examen cruzado o alternativo”. Por meio de um procedimento análogo, também se tomavam os depoimentos das “quase-testemunhas”, assim denominadas os homens que não eram livres. BRAGANOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao Confronto e declarações do Corréu**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 27.

⁹ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009, pp. 61-62.

¹⁰ Ibidem, p. 62.

liberdade valorativa, fator que favoreceu a *germinação do direito ao confronto em solo Inglês*¹¹.

É possível correlacionar, ainda que simbolicamente, a aurora do *direito ao confronto* a dois julgamentos históricos ocorridos no século XVII, o primeiro de Sir WALTER RALEIGH (1554-1618) e o segundo de JOHN LILBURNE (1614-1657), ambos julgados na Inglaterra.

No reinado de James I, precisamente no ano de 1603, RALEIGH fora preso e processado pelo cometimento do crime de traição – teria pretendido depor o Rei. Nota-se que o principal elemento de prova incriminadora se consubstanciava na confissão informal de Henry Brooke – conhecido como Barão de COBHAM. O julgamento ocorreu em 17 de novembro de 1603 e acusação foi chefiada pelo Procurador-Geral, Sir EDWARD COKE. Durante seu julgamento por alta traição, RALEIGH, desacompanhado de defesa técnica, exigiu confrontar aquele que o incriminara, pedido que fora negado. Merece destaque a desenvoltura com a qual RALEIGH realizou sua autodefesa, suscitando diversas defesas de cunho processual. A despeito disso, Sir WALTER RALEIGH foi sentenciado à morte e a pena executada 15 anos mais tarde.

A despeito da existência de variegadas narrativas, não existem fontes históricas idôneas a demonstrar que Sir RALEIGH não tenha, de fato, cometido o crime de traição. O que se pode extrair dos relatos históricos é que seu julgamento fora confuso e a principal fonte de prova incriminadora – Barão de COBHAM – nunca depusera no Tribunal.

Por tudo isso, o julgamento de Sir WALTER RALEIGH é apontado como marco histórico da origem do *direito ao confronto*, notadamente pela comoção pública gerada, em virtude dos *riscos inerentes à substituição indiscriminada de prova testemunhal produzida de forma oral e pública, em juízo, por declarações, extrajudiciais*¹².

¹¹ SALAH KHALED JR., jurista e historiador, destaca que: “São vários os fatores que contribuíram para que a Inglaterra conhecesse uma história distinta do restante da Europa no que se refere ao desenvolvimento dos sistemas processuais penais e o do próprio direito em sentido geral”. Em seguida, o autor aponta variegados posicionamentos doutrinários acerca do tema, dentre eles: “Prado explica que a Inglaterra teve sorte diferente da Europa Continental, pois, os reis ingleses ‘conseguem impor sua autoridade sobre o conjunto do território, desenvolvendo a competência de sua própria jurisdição em prejuízo das jurisdições senhoriais em locais, que perdem progressivamente, ao longo dos séculos XII e XIII, a maior parte de suas atribuições.” KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 102-103.

¹² MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 68.

Já no século XXI, No paradigmático julgamento *Crawford v. Washington* (tema que será retomado mais adiante), de 2004 (dois mil e quatro), *Justice* ANTONIN SCALIA (1936-2016), rememorou a importância histórica de Sir WALTER RALEIGH, conforme abaixo:

[...] Um deles foi o julgamento de 1603 de Sir Walter Raleigh por traição. Lorde Cobham, o suposto cúmplice de Raleigh, implicou-o em um exame antes do “Privy Council” e em cartas. No julgamento de Raleigh, estas foram lidas para o júri. Raleigh argumentou que Cobham havia mentido para se salvar: “Cobham está absolutamente à mercê do rei; desculpar-me não pode favorecê-lo; acusando-me, ele poderia esperar pelo favor real. ”D. Jardine, *Criminal Trials* 435 (1832). Suspeitando que Cobham iria se retratar, Raleigh exigiu que os juízes o convidassem a comparecer, argumentando que “a Prova da Common Law é feita através de testemunha e júri: deixe que Cobham esteja aqui, deixe-o falar. Chame meu acusador e coloque-o em minha frente” . Os juízes recusaram, e, apesar dos protestos de Raleigh que dizia estar sendo julgado “pela Inquisição Espanhola”, em o júri o condenou e Raleigh foi sentenciado à morte.

Um dos juízes de julgamento de Raleigh mais tarde lamentou que “a justiça da Inglaterra nunca foi tão degradada e ferida como a condenação de Sir Walter Raleigh”. Por meio de uma série de reformas estatutárias e judiciais, a lei inglesa desenvolveu o “right of confrontation” (direito ao confronto) que limitava esses abusos¹³.

Merece menção um segundo julgamento, ainda no século XVII, no qual figurou como réu JOHN LILBURNE, líder dos Puritanos. LILBURNE notabilizou-se pela defesa de princípios democráticos. Em decorrência da intransigência na defesa de suas ideias, foi vítima de constante perseguição por parte de seus opositores, detentores do poder. Vale dizer que, à época, havia rigoroso controle da imprensa por parte da Igreja Anglicana. Nesta conjuntura, LILBURNE sofreu a acusação de importar livros ilegalmente para a Inglaterra.

JOHN LILBURNE foi então questionado pelo Procurador-Geral da Coroa Inglesa, declarando-se inocente, recusando-se, porém, a responder quanto ao envolvimento de terceiros na suposta trama. Por conta da negativa, foi acusado de desobediência, considerada infração contra a coroa, razão pela qual fora submetido ao *Star Chamber*¹⁴, quando LILBURNE, novamente, recusou-se a responder sobre

¹³ SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso *Crawford v. Washington*. 541 U.S. 36 (2004). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/541/36/>>. Acesso: 23 de março de 2018, p. 7-8.

¹⁴ A corte do “Star Chamber” era composta por juízes e conselheiros privados alheios ao conselho medieval do Rei, como alternativa aos tribunais ordinários da Common Law. Alcançou grande popularidade no Reinado de Henrique VIII por conseguir aplicar a lei, quando demais tribunais falhavam em decorrência de pressões e corrupção, além de prover medidas quando as demais eram inadequadas. Tornou-se malquisto quando usado por Charles I para impor medidas impopulares, além de fomentar políticas eclesiásticas, tornando-se símbolo de opressão para os opositores de Charles e do arcebispo William Laud. Foi abolida pelo Parlamento em 1641. Por zelar pelas prerrogativas do Rei e pela não vinculação ao Direito em voga, os procedimentos do Star Chamber eram vantajosos. Possuíam forma rígida, prescindiam do júri para acusação e julgamento, a corte

eventual participação de terceiros. Por conta disso, foi condenado a quinhentas açoitadas, além de permanecer preso até que concordasse em responder às questões dos representantes da Coroa Inglesa.

No ano de 1640, uma assembleia parlamentar determinou a soltura imediata de LILBURNE, já em 1641, o *Star Chamber* foi abolido. Entretanto, já sob a égide da *Commonwealth*, JOHN LILBURNE, sem qualquer acusação formal, foi preso e processado. A acusação formal veio somente após alguns meses de cárcere e residia na *publicação, enquanto preso, de folhetos, cujo conteúdo era voltado a atacar o regime da Commonwealth.*

Durante seu julgamento, perante doze juízes (designados para o julgamento do caso), LILBURNE expôs aos jurados a relevância de qualquer cidadão ser submetido a um julgamento justo: por um *órgão jurisdicional previamente constituído, independente e imparcial.* Durante sua autodefesa invocou ainda o direito a uma defesa técnica, ser julgado perante o Tribunal do Júri, a possibilidade de obtenção de cópias da acusação, direito a debates reservados com o defensor, além da notificação para comparecimento compulsório das testemunhas de defesa¹⁵.

Àquela época, os juízes atuavam advogados do réu nas questões de direito. LILBURNE se insurgiu contra isto, invocando a necessidade da presença de um defensor técnico, haja vista a complexidade em um leigo refutar acusação juridicamente complexa, sobretudo pelo fato de somente ter sido notificado da acusação *às vésperas* do julgamento.

Fato relevante, conforme destaca MALAN¹⁶, diz respeito à autorização concedida a LILBURNE no sentido de formular perguntas às testemunhas de acusação compromissadas, ainda que por intermédio dos juízes, pois, em razão deste fato, é lícito concluir que, àquela época, o *direito ao confronto* era observado na prática judiciária.

poderia atuar a partir de uma reclamação individual ou informação recebida, poderia submeter o acusado a juramento e ser obrigado a responder detalhadamente as indagações formuladas pela acusação. Por outro lado, não detinha os mecanismos que o Direito ordinário possuía para salvaguardar a liberdade individual. Os parlamentares dos séculos XIV e XV, embora reconhecessem a necessidade do uso eventual de tais métodos, tentaram limitar seu uso apenas em ocasiões excepcionais. ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. Court of Star Chamber. Disponível em <<https://www.britannica.com/topic/Court-of-Star-Chamber>>. Acesso em 11 de maio de 2018.

¹⁵ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 70.

¹⁶ Ibidem, p. 71.

Por tudo isso, é lícito inferir que o *direito ao confronto* se sedimentou na Inglaterra dos séculos XVI e XVII, ainda que, naquela quadra histórica, dependesse da *discrionariedade* de cada magistrado. A despeito disso, o *Treason Trials Act*, de 1696, o *direito ao confronto* no tocante ao crime de traição foi assegurado de forma expressa, fato que denota a relevância histórica da irresignação de Sir WALTER RALEIGH e JOHN LIBURNE quanto à maneira pela qual seus julgamentos foram conduzidos.

1.2 Natureza jurídica e conteúdo

Uma vez situado, ainda que perfunctoriamente, o *direito ao confronto* na história (notadamente, na tradição jurídica *anglo-saxã*), esta seção dedica-se à análise da natureza jurídica do instituto, bem como a estabelecer seu conteúdo.

Em sede de Direito Internacional dos Direitos Humanos, diversos tratados açambarcam o *direito ao confronto* em seus diplomas legais. À guisa de exemplo, temos os seguintes tratados: CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH); O PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (PIDCP); A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (CADH) e o ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (ERTPI)¹⁷. Interessa a esta dissertação, a previsão do *direito ao confronto* na CADH, no PIDCP, bem como a disposição contida no ERTPI, porquanto tratados dos quais o Brasil é signatário.

A CADH, popularmente invocada como “Pacto de San José da Costa Rica”, firmada em 22 de novembro de 1969 e promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678 de 1992, estabelece em seu art. 8º, item 2, alínea f: “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (f) direito da defesa inquirir as testemunhas presentes no tribunal”¹⁸.

O PIDCP, por sua vez, firmado em 16 de dezembro de 1966 e promulgado pelo Brasil por meio do Decreto 592 de 1992, estabelece em seu art. 14, item 3, alínea e: “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a,

BRAGANOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao Confronto e declarações do Corréu**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 30.

¹⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>, acesso em 05 de junho de 2018.

pelo menos, as seguintes garantias: (e) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação [...]”¹⁹.

O ERTPI, por fim, foi firmado em 17 de junho de 1988 e promulgado pelo Brasil por meio do Decreto 4388 de 2002, estabelece em seu art. 67, item 1, alínea e: durante apreciação de quaisquer fatos constantes da acusação, o acusado tem direito às seguintes garantias mínimas em situação de plena igualdade: (e) inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de acusação²⁰.

A partir da segunda metade do século XX, no chamado período pós-guerra, é possível verificar um movimento de universalização dos Direitos Humanos, cujo corolário foi a criação de um sistema internacional de proteção. À guisa de exemplo, o retrocitado PIDCP, até o ano de 2013, contava com 167 Estados-parte. Ademais, o mesmo fenômeno ocorrido em relação aos sistemas globais é verificado em âmbito regional, voltados à CADH²¹. Vale dizer que a existência de sistemas globais e regionais não se traduz em uma ideia de hierarquia ou mesmo de exclusão recíproca²².

Os Direitos Humanos, enquanto concepção contemporânea, afloram, na ótica de FLÁVIA PIOVESAN, como *paradigma referencial ético* a orientar a ordem internacional, deveras desgastada pela *lógica da destruição*²³. Portanto, torna-se relevante que os Estados signatários dos tratados de direitos humanos internalizem os tratados em seus respectivos ordenamentos jurídicos, bem como encontrem caminhos para a efetivação dos direitos incorporados.

Neste sentido, o Brasil enquanto signatário da CADH, do PIDCP e ERTPI integrou ao ordenamento interno os *direitos e garantias* previstos nos aludidos tratados, com eficácia de norma constitucional, consoante o art. 5º, §2º, da

¹⁹ PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, Brasil, Presidência da República/Casa Civil, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>, acesso em 05 de junho de 2018.

²⁰ ESTATUTO DE ROMA SOBRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Brasil, Presidência da República/Casa Civil, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>, acesso em 05 de junho de 2018.

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: 2014, p. 47.

²² Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção dos direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: 2014, p. 48.

²³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: 2014, p. 43.

Constituição Federal, com a seguinte redação: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 reafirmou a relevância dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, ao acrescentar o §3º ao art. 5º, cuja redação dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Conforme demonstrado *supra*, a sistemática constitucional contempla duas modalidades de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, sendo certo que somente na hipótese de aprovação por *quorum especial*, à luz do art. 5º, §3º da Constituição, o conteúdo dos tratados gozará de *status* constitucional. Os demais tratados, quando não aprovados nos termos do §3º, são incorporados como normas *supralegais*, porém *infraconstitucionais*, consoante decidido, por maioria, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, de relatoria do então Ministro CÉZAR PELUSO.

Em que pese o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema, BRAGAGNOLLO²⁴ assevera uma interpretação sistemática e atinente a uma hermenêutica emancipatória dos direitos humanos: os Tratados que versem sobre a matéria devem ser incorporados como normas *materialmente* constitucionais, consoante posicionamento também adotado pelo Ministro Celso de Mello, por ocasião do mencionado julgamento RE 466.343²⁵.

²⁴ BRAGANOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao Confronto e declarações do Corréu.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 34.

²⁵ Concluiu o Ministro Celso de Mello, neste julgamento, que as convenções internacionais em matéria de Direitos Humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de San José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade. MARINONI, Luis Guilherme. **Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)**, in Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai/Calogero Pizzolo... [Et AL.]; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 63.

Neste sentido, FLÁVIA PIOVESAN²⁶, ao discorrer sobre *hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos*, destaca que a Constituição de 1988 inovou ao estabelecer que os direitos e garantias por ela adotados não excluem outros decorrentes de princípios ou tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, consoante disposição contida no art. 5º, §2º. Deste modo, ao incorporá-los, a Constituição atribui aos direitos internacionais um cariz de norma constitucional. A autora ainda destaca que tal conclusão se extrai de uma “interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetro axiológico a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”.

PIOVESAN aponta, ainda, a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, decorrência do disposto no supradito art. 5º, §2º, da Constituição Federal. Assevera que a Constituição incorpora expressamente o conteúdo dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Mesmo que tais direitos não componham os enunciados constitucionais, a Carta Magna lhes confere valor jurídico de norma constitucional, porquanto ampliam o catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal²⁷.

Portanto, é lícito concluir que o *direito ao confronto* foi incorporado em nosso ordenamento jurídico com força de norma *materialmente* constitucional, embora formalmente não seja constitucional, já que não há previsão expressa no texto e tampouco teve sua aprovação nos moldes do art. 5º, §3º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45.

O *direito ao confronto*, na acepção de MALAN, requer um conteúdo *jusnaturalista e universal*, que prescindia de soluções normativas e categorias conceituais próprias de cada sistema processual nacional, pois, de forma diversa, restaria enfraquecido. Deste modo, sob a ótica do Direito Estadunidense, demanda um conteúdo autônomo e que transcenda a índole infraconstitucional das *hearsay rules*²⁸. Isto por que naquele país há uma tendência a abordar o *direito ao confronto* a partir de das exceções ao testemunho indireito, de modo que se determinada exceção se aplica ao saber testemunhal, não haveria violação do *direito ao*

²⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 103-138.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 106.

²⁸ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009, p. 75.

confronto. Tal concepção, entretanto, soa equivocada, conforme se verá mais adiante.

Para atender ao escopo de definir o conteúdo do *direito ao confronto*, imperioso apontar sua previsão constitucional e definir o conceito dos vocábulos *confrontar* e *testemunha*.

Neste sentido, o *direito ao confronto* está positivado na Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, datada de 1791, cujo texto dispõe:

Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público, por júri imparcial no Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser confrontado com as testemunhas que lhe são adversas; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas da defesa e a ser assistido por advogado²⁹.

A referida *Emenda*, além de fortalecer um modelo de processo *adversarial*, traz em seu bojo um rol de direitos assegurados ao acusado³⁰, submetido a um processo penal, dentre eles depreende-se [right] *to be confronted with the witnesses against him*, ou seja, o direito a confrontar a testemunha que preste depoimento incriminador. Inconteste, deste modo, que o exercício do *direito ao confronto* se dá *face a face*, sendo imprescindível a presença física do acusado. Ainda sobre a Sexta Emenda, vale dizer que, com o advento da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, o *direito ao confronto* passou a ser aplicável tanto nos Tribunais Federais, quanto nos Tribunais Estaduais³¹.

²⁹ No original: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence”.

³⁰ Neste contexto, é digno de nota que a Sexta Emenda à Carta Política estadunidense prevê, além do *right of confrontation*, os direitos fundamentais: (i) a um julgamento público e sem demora [...]; (ii) a julgamento por um júri imparcial e pré-constituído, composto por cidadãos do local da consumação do crime [...]; (iii) ser informado do teor da acusação [...]; (IV) à notificação para comparecimento compulsório das testemunhas de defesa [...]; (v) à defesa técnica. MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009, p. 93.

³¹ Dispõe a seção I da XIV Emenda: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. No original: “Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

Prosseguindo, o dicionário HOUAISS define o verbete confrontar como “Por, ou ficar, um à frente do outro; por ou ficarem frente a frente; acarear”. A partir desta definição, é lícito concluir que o *confronto* presume a presença física de duas ou mais pessoas, em um mesmo espaço físico e em posição de antagonismo.

Já o conceito de testemunha, segundo BADARÓ, representa o indivíduo que, “não sendo parte nem sujeito interessado no processo, depõe perante um juiz sobre fatos pretéritos relevantes para o processo e que tenham sido percebidos pelos seus sentidos”³². MOACYR AMARAL SANTOS define testemunha como alguém distinto dos sujeitos processuais, “que convidada na forma da lei, por ter conhecimento do fato ou ato controvertido entre as partes, depõe sobre este em juízo, para atestar a sua existência”³³. LEONARDO GRECO, por seu turno, conceitua testemunha como o *sujeito imparcial do processo* e explica que a prova testemunhal é aquela “obtida por meio de relato oral, prestado em juízo por pessoas que detém algum conhecimento acerca dos fatos”³⁴. Já TOURINHO FILHO sustenta o valor extraordinário da prova testemunhal, pois “dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se infrações com outros elementos de prova”³⁵. Já CAFERATA NORES argumenta que as pessoas que não sendo imputadas no processo, mas tenham conhecimento sobre fato que se pretenda esclarecer devem comparecer e prestar juramento. O autor destaca ainda que o testemunho não se limita à reprodução oral, mas demanda uma atividade complementar de representação material do acontecimento³⁶.

A toda evidência, os supraditos conceitos de testemunha se encontram vinculados e sujeitos às nuances de cada ordenamento jurídico nacional. Por conta disso, o conceito formal de testemunha não se presta ao conteúdo *jusnaturalista* e *universal do direito ao confronto*, pois, se vinculado a este conceito de testemunha, a aplicabilidade do direito ao confronto ficaria condicionada à maior ou menor amplitude do conceito jurídico formal de testemunha de acusação adotada pelo

³² BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4. ed. revista, atualizada e ampliada, p. 468, 2016.

³³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras lições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 449.

³⁴ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Vol. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 209.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. V. I e II. 13. ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 607.

³⁶ CAFERATA NORES, José I. **La prueba en el proceso penal** – con especial referencia a La ley 23.984. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998. p. 161.

legislador, que, nesta sistemática, poderia até mesmo excluir a incidência da cláusula de confronto.

Importante consignar o cariz multifacetado do *direito ao confronto*, sintetizado por MALAN nos seguintes direitos do acusado: (i) direito à produção da prova testemunhal incriminadora em audiência pública; (ii) o acusado tem o direito de presenciar a produção de tal prova; (iii) a prova também deve ser produzida na presença do Juiz que apreciará o mérito da causa; (iv) as testemunhas devem estar compromissadas com a verdade; (v) o acusado deve conhecer a identidade da(s) testemunha(s); (vi) direito à inquirição da fonte de prova testemunhal de forma contemporânea à sua produção; e (vii) direito à livre comunicação, reservada e ininterrupta, com o defensor técnico ao longo da inquirição da testemunha³⁷.

À luz destes *axiomas*, é lícito concluir, portanto, que o conteúdo do *direito ao confronto* requer *ampliação* do conceito formal de testemunha, de modo a açambarcar *atores* processuais que prestem declarações contrárias ao acusado, mas que não se qualificam formalmente como testemunhas. Por outras palavras, a configuração do saber testemunhal incriminador independe do procedimento que o ordenamento jurídico institui para a coleta das declarações e tampouco da qualificação formal como testemunha. Esta leitura mais abrangente do *conceito* de testemunha de acusação é defendida por FRIEDMAN, que preleciona que a testemunha de acusação pode ser qualquer indivíduo que preste declaração com o intuito de testemunhar, sendo de pouca relevância se o saber testemunhal fora produzido³⁸.

Por fim, importante consignar que o *direito ao confronto* serve a diversos propósitos. Neste sentido, MALAN indica os mais relevantes, a saber: garantir a veracidade dos testemunhos; prevenir comportamentos impróprios pelo Estado; demonstrar respeito pelo cidadão acusado, no plano simbólico. Destes propósitos é possível extrair um conteúdo tridimensional do *direito ao confronto*³⁹.

A *dimensão processual* aponta que o objetivo do legislador ao estabelecer o *direito ao confronto* foi o de evitar posturas inquisitivas por parte do Estado. Já na

³⁷ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. São Paulo: Lumen Iuris, 2009, p. 85-86.

³⁸ FRIEDMAN, Richard. Confrontation: The search of basic principles. In: **Georgetown Law Journal**, v. 86, n. 4, 1998, p. 1038.

³⁹ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009. p. 85-88.

dimensão probatória, o *direito ao confronto* tem relevante papel no esclarecimento dos fatos, trazendo maior credibilidade aos elementos de prova. Por fim, há ainda a *dimensão simbólica* do *direito ao confronto*, já que o encontro *face a face* do acusado com a testemunha incriminadora se traduz em um componente imprescindível de um processo penal justo⁴⁰.

1.3 Distinção

Delineados o conteúdo e a natureza jurídica do *direito ao confronto*, cumpre promover a distinção entre este instituto e outros, alguns típicos da tradição da *Common Law* que, em um primeiro momento, podem apresentar (equivocadas) similitudes com aquele.

1.3.1 O direito ao confronto e o contraditório e a ampla defesa

O princípio do contraditório é expressamente previsto no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, consoante art. 5º, inciso LV que dispõe: “aos *litigantes*, em processo judicial ou administrativo, e aos *acusados em geral* são assegurados o *contraditório e ampla defesa*, com os meios e recursos a elas inerentes”.

Na acepção clássica, o conceito de *contraditório* pode ser extraído da conjugação entre *informação* e *reação*. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA⁴¹ aponta que o contraditório “é a ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los”. VICENTE GRECO FILHO⁴² aponta os seguintes elementos do contraditório, a saber: (i) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; (ii) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; (iii) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; (iv) a oportunidade de estar presente em

⁴⁰ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009. p. 89.

⁴¹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 82, 1973.

⁴² GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, 2.º Volume. 11.ª Edição atualizada. Editora Saraiva. São Paulo, 1996. p. 90.

todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; (v) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.

Ademais, a toda evidência, há indissociável correlação entre o *contraditório* e *ampla defesa*, porquanto o *contraditório* somente poderá ser exercido na medida em que jurisdicionado disponha dos corretos mecanismos de *defesa* de seus interesses⁴³. GRECO FILHO⁴⁴ também aponta os meios inerentes à ampla defesa, quais sejam: (i) ter conhecimento claro da imputação; (ii) poder apresentar alegações contra a acusação; (iii) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; (iv) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, é essencial à Administração da Justiça; e, (v) poder recorrer da decisão desfavorável.

Entretanto, a releitura do princípio promovida pela doutrina vanguardista aponta para um *contraditório participativo*. Neste sentido, o *contraditório* encontra esteio em dois pilares, a saber: *vedação às decisões surpresa* e o *direito de influenciar a decisão judicial*⁴⁵. Em outras palavras, é a visão do *contraditório* como *direito de influência*⁴⁶.

Para além das supraditas leituras promovidas pela doutrina, é lícito afirmar que o *contraditório* deve ser estimulado para além de uma vigência formal. Nesta toada, GUSTAVO BADARÓ, destacando a relevância da igualdade *substancial* (igualar os desiguais), assinala que essa mudança de paradigma reflete também no princípio do *contraditório*, que passa a ser estimulado pelo juiz, sendo, portanto, um dos destinatários do princípio do *contraditório*⁴⁷.

⁴³ Neste sentido, BADARÓ assinala que: [...] é correta a afirmação de que a defesa é o aspecto integrante do direito de ação. Ação e defesa, antes de serem posições diversas ou antagônicas, representam apenas diferentes aspectos do exercício de uma mesma atividade. O paralelismo entre ação e defesa dinamiza-se no exercício do *contraditório*, permitindo a ambas as partes fazerem valer seus direitos e garantias ao longo de todo o processo, alegando, provando e influenciando a formação do convencimento do juiz. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4. ed. rev. atual. e amp., p. 58, 2016.

⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Tulela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989. p.110-129.

⁴⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro *apud* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 78, 2015.

⁴⁶ Para aprofundamento acerca do tema, cf. CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório: proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 109-180.

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4 ed. rev. atual. e amp., p. 54, 2016.

Há, no entanto, diferenças substanciais entre o *direito ao confronto* e o *contraditório*⁴⁸. Consoante visto acima, a despeito da ausência de previsão expressa na Constituição Federal de 1988, o *direito ao confronto* é materialmente constitucional, vez que previsto em variegados tratados internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil. O *contraditório*, entretanto, não encontra previsão na CADH e no PIDCP, porém é expressamente assegurado pela Constituição, conforme supradito art. 5º, inciso LV.

No que concerne à titularidade, cumpre destacar que o *direito ao confronto* pertence exclusivamente ao acusado, ao passo que o *contraditório* pertence, e pode ser exercitado, por ambas as partes processuais.

Outra distinção diz respeito à produção da prova. O *direito ao confronto* está adstrito à produção da *prova oral*, enquanto o *contraditório* dispõe de ampla incidência, aplicando-se a diversos atos processuais e até mesmo na fase pré-processual, na modalidade direito de influência.

Demais disso, o *direito ao confronto* impõe a presença do acusado e de seu defensor durante a produção de qualquer elemento de prova oral que seja submetido ao conhecimento do julgador, de modo a permitir a refutação de *declarações incriminadoras*. Por outro lado, o *contraditório* se perfaz com a manifestação bilateral das partes sobre os elementos de prova constantes dos autos do processo. Em outras palavras, isto significa que não é fundamental que a manifestação das partes se dê no exato momento da produção da prova⁴⁹.

Entretanto, MALAN argumenta que o *contraditório* e o *direito ao confronto* não são antagônicos entre si, havendo entre eles uma relação de *complementaridade*,

⁴⁸ No que tange à dicotomia conceitual entre *direitos* e *garantias*, DIOGO MALAN afirma que: É lícito aduzir que de certa forma tanto o *right of confrontation* quanto o *contraditório* têm natureza híbrida, podendo ser considerados quer direitos, quer garantias, dependendo do ângulo pelo qual eles são estudados. Assim, do ponto de vista subjetivo, ou seja, dos interesses pessoais do acusado, eles podem ser vistos como diretos subjetivos intocáveis em face do Estado, o qual tem a correlata obrigação de assegurar o livre exercício deles no âmbito da jurisdição criminal. Por outro lado, os institutos em apreço transcendem os interesses pessoais do acusado, possuindo também um perfil objetivo, pois eles se consubstanciam em garantia indispensável da legitimidade da jurisdição penal.

⁴⁹ Isto se deve, segundo explica MALAN, na distinção existente em relação à produção da prova entre *common law* e *civil law*. Na primeira há uma *concepção proprietária* da prova, vez que a produção da prova reserva-se às partes, ao passo que na *civil law* a gestão da prova conta com maior protagonismo do Juiz, os elementos de prova são *comunitários ou neutros*. Isto reflete na maneira pela qual se testa a prova penal em cada um dos modelos: a *concepção proprietária* requer que as duas partes do processo estejam presentes no momento da produção da prova, a fim de confrontar declarações informalmente prestadas, ao passo que a *concepção comunitária* permite maior tolerância quanto à produção da prova desacompanhada de uma das partes processuais. MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 101-102.

vez que o *direito ao confronto* foi incorporado no ordenamento pátrio com status de *direito fundamental*. Neste sentido, “os direitos humanos previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil não possuem relação de exclusão recíproca com os direitos fundamentais instituídos pelo nosso ordenamento jurídico-constitucional interno”. Na verdade, o contraditório complementa o *direito ao confronto*, na medida em que assegura ao acusado a possibilidade de se manifestar sobre os elementos de prova de outra natureza produzidos; sobre a prova oral já produzida, em sede de alegações finais e a valoração da prova oral efetuada pelo juiz, em sede recursal⁵⁰.

DANIEL BRAGAGNOLLO, diferencia o *direito ao confronto* da *ampla defesa*, destacando que a defesa diz respeito apenas ao acusado, e conforme dito supra é um aspecto que integra o direito de ação. Em relação à dicotomia entre *direito* e *garantias*, explica que a ampla defesa situa-se na *zona nebulosa* entre direitos e garantias individuais, sendo certo que a ampla defesa poderia ser *uma coisa ou outra*, a depender do interesse que se pretenda assegurar⁵¹. Nesta linha, o autor aponta que SCARANCA FERNANDES adota a ampla defesa como garantia sem, contudo, afastar seu *caráter dúplice*⁵².

O direito à defesa comporta duas vertentes, a saber: *autodefesa* e *defesa técnica*. A defesa técnica é aquela realizada por profissional habilitado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou, ainda, pela Defensoria Pública, que zela pelos direitos dos hipossuficientes. Neste sentido, o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A obrigatoriedade da defesa técnica, por seu turno, repousa no art. 261 do Código de Processo Penal, que assevera que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”⁵³. Neste particular, AURY LOPES JR. preleciona que a defesa técnica atua como um mecanismo de autoproteção do Sistema Processual, na medida em que *fiscaliza* o cumprimento

⁵⁰ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 104.

⁵¹ BRAGANOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao Confronto e declarações do Corréu**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 47-56.

⁵² Ibidem, p. 49.

⁵³ Neste sentido, cf. enunciado nº 523 da Súmula do STF, que dispõe: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”.

das normas processuais. Por outras palavras, a importância da defesa técnica transcende os interesses individuais, porquanto imperativo de ordem pública decorrente do devido processo legal⁵⁴.

LOPES JR. destaca ainda que a exigência de defesa técnica⁵⁵ decorre de uma presunção de hipossuficiência do réu, que não dispõe de conhecimentos técnicos suficientes para promover a defesa em *paridade de armas* com o órgão acusador, o que conduz a uma inferioridade substancial em relação ao Promotor de Justiça, Delegado de Polícia ou ainda ao Juiz⁵⁶. Em breve digressão, percebe-se que a ausência de defensor técnico foi fator crucial para condenação de Sir WALTER RALEIGH e JOHN LILBURNE.

A *autodefesa*, ou defesa pessoal, por seu turno, na leitura de LOPES JR, subdivide-se em *defesa pessoal positiva* e *defesa pessoal negativa*. Apesar de poder ser exercida de várias maneiras, é lícito afirmar que o *ápice* da defesa pessoal se dá com o interrogatório em sede policial e, sobretudo, no momento do interrogatório judicial⁵⁷. Neste particular, o Código de Processo Penal disciplina o interrogatório do acusado em seu capítulo III, entre os artigos 185 e 196.

Vale dizer que a defesa pessoal constitui faculdade do acusado, podendo, portanto, ser renunciada. Todavia, é indispensável que órgão jurisdicional certifique o acusado de sua possibilidade de exercício da defesa pessoal, competindo a este a decisão final.

A *defesa pessoal positiva* ocorre quando o acusado opta a se submeter a diversas condutas, tais como: praticar atos, declarar, constituir defensor, submissão a intervenções corporais, submeter-se a acareações, reconhecimentos e outros⁵⁸.

Já a *defesa pessoal negativa* decorre do princípio latino *nemo tenetur se detegere* (*não produzir provas contra si mesmo*). Deste modo, tendo em vista o interrogatório como ato de defesa, na qual se oportuniza ao acusado o direito de *defesa pessoal*, este poderá optar por permanecer em silêncio, o que, a propósito, é assegurado pela Constituição Federal, consoante art. 5º, inciso LXIII, que dispõe “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado,

⁵⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 97.

⁵⁵ Não se sonega a possibilidade de autodefesa técnica, desde que o réu seja habilitado para tal ofício (inscrito nos quadros da OAB). Contudo, trata-se de situações excepcionais, sendo certo que eventual decretação de prisão preventiva ou imposição de medidas cautelares esvaziarão tal possibilidade.

⁵⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.

⁵⁷ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.97-101.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 98.

sendo lhe assegurado a assistência da família e de advogado". O art. 8.2, item g, da CADH, de modo similar, dispõe "toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada".

Ainda nas lições de LOPES JR., o processualista gaúcho assevera que o direito ao silêncio constitui apenas uma faceta do princípio *nemo tenetur se detegere*, pois este visa a assegurar que o acusado não sofra qualquer prejuízo jurídico por deixar de colaborar com a atividade probatória, permanecendo em silêncio. Em decorrência disto, conclui que "o imputado não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para exames periciais [...], etc."⁵⁹.

GUSTAVO BADARÓ, por seu turno, subdivide a autodefesa em (i) direito de presença; (ii) direito de audiência e (iii) direito de postular pessoalmente⁶⁰. O *direito de presença* é exercido com o comparecimento do acusado em audiências, fato que possibilita que o acusado contribua com sua defesa técnica, na medida em que ele é o detentor do conhecimento pormenorizado dos fatos. Já *direito de audiência* é o direito de ser ouvido pela autoridade judiciária e tem seu ápice de exercício no interrogatório judicial, evidentemente, à luz do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Por fim, o *direito de postular pessoalmente* reside na possibilidade de recorrer pessoalmente, interpor *Habeas Corpus* ou revisão criminal⁶¹.

Há ainda outra vertente relacionada ao direito de defesa, que é a necessidade de um tempo hábil para preparar a defesa. BADARÓ afirma que "conferir ao réu o direito de defesa, sem oferecer-lhe tempo suficiente para sua preparação, é esvaziar tal direito". Portanto, o lapso temporal em relação à comunicação do ato processual e o exercício da defesa deve ser pautado pela razoabilidade⁶².

Em relação à *ampla defesa*, cita-se, à guisa de exemplo, o voto do Ministro Marco Aurélio, STF, no bojo do RE 635.145, que aponta para uma *simbiose* entre *defesa técnica* e *autodefesa* do acusado, conforme abaixo:

A ampla defesa prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é a simbiose entre a defesa técnica e a autodefesa do acusado. A primeira surge, indeclinável, considerado o art. 8º, item 2, aliena "e", do Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual o réu possui "direito irrenunciável de

⁵⁹ Ibidem, p.101.

⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4. ed. rev. atual. e amp., p. 58, 2016.

⁶¹ Neste sentido, cf. arts. 577 e 623, ambos do Código de Processo Penal.

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4. ed. rev. atual. e amp., p. 58, 2016.

ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se [...] não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”. Não assegurar ao acusado a defesa técnica mostra-se causa de nulidade absoluta do processo, consubstanciando prejuízo ínsito e insanável, conforme revela o Código de Processo Penal no art. 572, cabeça, em sentido contrário, porquanto, ao anunciar os vícios sanáveis, não alude à ausência de defesa técnica. O Supremo Possui entendimento sumulado neste sentido, versando o verbete 523 que “[...]”.

Da mesma forma que em relação ao contraditório, a ampla defesa distingue-se do *direito ao confronto* na medida em que este é norma materialmente constitucional, já que é previsto em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, enquanto aquela é norma formal e materialmente constitucional, vez que conta com expressa previsão na Constituição Federal.

Outra divergência repousa na incidência dos institutos. O *direito ao confronto* destina-se à produção da prova oral, ao passo que a ampla defesa se estende por todo o processo, e em todos os graus de jurisdição, e mesmo na fase pré-processual, conforme assegurado pela Súmula Vinculante nº 14. Ademais, a ampla defesa pode ser exercitada por diversos meios, além do escrito.

Por fim, BRAGAGNOLLO registra que a distinção que merece maior atenção se encontra no *direito de presença*, contemplado pela ampla defesa. Afirma que no momento da produção da prova oral, o *direito ao confronto* requer um “*suporte protetivo mais amplo do que o direito de presença*”. Enquanto o *direito de presença* serve para que o interessado acompanhe os atos processuais, a fim de debater com seu defensor a *melhor estratégia*, o *direito ao confronto* assegura a efetiva inquirição das testemunhas, o dever destas dizer a verdade e a presença do julgador do mérito da causa. Isto garante que a credibilidade da prova seja posta em teste. Por outras palavras, enquanto o *direito de presença* denota maior extensão, o *direito ao confronto* apresenta maior profundidade⁶³.

1.3.2 O direito ao confronto e o exame cruzado (Cross-Examination)

Nos países de tradição *costumeira*, o processo é visto como algo iniciado pelas partes, às quais recai toda a iniciativa probatória, ou seja, compete a elas

⁶³ BRAGANOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao Confronto e declarações do Corréu**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 55-56.

introduzir as provas que julgarem convenientes no processo, ao passo que o magistrado se mantém em estado de inércia probatória. Portanto, na *Common Law* a gestão da prova se dá sob a égide de um modelo adversarial. Demais disso, em sendo o sistema da *Common Law* pautado pela oralidade, a prova testemunhal, conseqüentemente, goza de especial prestígio. Nos Estados Unidos, o exame cruzado é previsto nas *Federal Rules of Evidence*⁶⁴.

BLACK define o instituto como “o direito assegurado à parte de confrontar o depoimento testemunhal de testemunha arrolada pela outra parte”⁶⁵. Por outras palavras, o exame cruzado é uma técnica de produção da prova oral típica da *Common Law* e assegura à parte acusadora o direito de inquirir as testemunhas trazidas pela defesa. Deste modo, o objetivo essencial do exame cruzado é o de proporcionar à outra parte (*o cross-examiner*) a possibilidade de *desafiar* a testemunha arrolada pela parte adversária, sendo, portanto, mais que um *privilégio*, um direito⁶⁶.

Este método probatório subdivide-se em três etapas, a saber: (i) exame direto; (ii) exame cruzado; e (iii) reexame. O exame direto nada mais é do que a inquirição da testemunha pela parte que a arrolou, ao passo que o exame cruzado consiste na inquirição da testemunha pela parte adversa. Finalmente, o reexame é a possibilidade da parte que arrolou a testemunha de formular novas perguntas, a fim de esclarecer eventuais pontos suscitados durante o exame cruzado⁶⁷.

Note-se que a existência de dois métodos de exame cruzado (*methods of cross-examination*), a saber: a *American Rule* e a *English Rule*. Neste sentido, BLACK expõe que de 1800 até 1827 não havia qualquer distinção entre os métodos de exame cruzado empregados nos Estados Unidos e na Inglaterra. Entretanto, em 1827, no caso *Ellmaker v. Buckley*, estabeleceu-se o entendimento segundo o qual o examinador não poderia buscar provar suas alegações a partir de elementos colhidos no *exame cruzado*, haja vista que este deveria estar adstrito aos fatos

⁶⁴ As *Federal Rules of Evidence* foram adotadas em 1975 e representam as normas de direito probatório aplicáveis em âmbito federal nos Estados Unidos e, apesar da competência legislativa dos entes federados, são adotadas pela maioria dos Estados.

⁶⁵ BLACK, Michael. Cross-examination: The greatest legal engine for the discovery of truth – A comparative analysis of the American and English rules of cross-examination. In: **Southern University Law Review**, v. 15, n. 2, pp. 397, 1988.

⁶⁶ Ibidem. p. 398.

⁶⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 288.

relacionados ao depoimento da testemunha, quando examinada diretamente. O referido posicionamento foi adotado pela Suprema Corte no caso *Philadelphia e T.R.R. v. Stimpson*, ocasião em que o *Justice STORY* consignou que seria vedado a uma das partes proceder ao exame cruzado da testemunha, abordando assuntos alheios aos que foram tratados no exame direto. Vale dizer, caso quisesse abordar temas alheios aos abordados no exame direto, a parte deveria ter arrolado sua própria testemunha⁶⁸. Portanto, firmou-se nos Estados Unidos um modelo de exame cruzado *restritivo*, adotado pelas *Federal Rules of Evidence* e permanecendo como a base em muitas jurisdições estaduais.

O método inglês, todavia, é mais amplo. Neste método, não há vedação quanto à possibilidade do examinador abordar, no exame cruzado, questões que não foram suscitadas no exame direto, e que não integram o *cerne* do litígio. Neste método, a limitação quanto à pertinência dos temas de inquirição realizados no exame cruzado fica a cargo do Juiz do caso. Portanto, o magistrado determinará, no caso em concreto, até que ponto assuntos alheios aos abordados no exame direto poderão ser suscitados no exame cruzado⁶⁹.

O método americano, por seu turno, tende a produzir um julgamento mais ordenado e célere, além de impedir que o examinador cruzado se valha da *simpatia* da testemunha eventualmente arrolada pela outra parte para extrair fatos independentes do exame direto que possam militar em seu favor. O método americano veda, portanto, a invocação de fatos que não tenham sido objeto de depoimento no exame direto. O que método americano pretende evitar, em verdade, é a interrupção indesejada da apresentação dos fatos pela parte que arrolou a testemunha por meio da intrusão de assuntos que na verdade são da esfera de interesse da outra parte – que deveria, portanto, ter arrolado sua própria testemunha⁷⁰.

A despeito disso, percebe-se que a regra adotada pelo congresso dos Estados Unidos, e cristalizada na *Rule 611 (b)* se aproxima muito mais do método inglês, que como visto é mais abrangente. Neste sentido, a *Rule 611* aponta os critérios do exame testemunhal, conforme abaixo:

⁶⁸ BLACK, Michael. Cross-examination: The greatest legal engine for the discovery of truth – A comparative analysis of the American and English rules of cross-examination. In: **Southern University Law Review**, v. 15, n. 2, pp. 399-400, 1988.

⁶⁹ Ibidem. p. 400-401.

⁷⁰ Ibidem, pp. 402-403.

Rule 611. Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence

(a) Control by the Court; Purposes. The court should exercise reasonable control over the mode and order of examining witnesses and presenting evidence so as to:

- (1) make those procedures effective for determining the truth;
- (2) avoid wasting time; and
- (3) protect witnesses from harassment or undue embarrassment.

(b) Scope of Cross-Examination. Cross-examination should not go beyond the subject matter of the direct examination and matters affecting the witness's credibility. The court may allow inquiry into additional matters as if on direct examination.

(c) Leading Questions. Leading questions should not be used on direct examination except as necessary to develop the witness's testimony. Ordinarily, the court should allow leading questions:

- (1) on cross-examination; and
- (2) when a party calls a hostile witness, an adverse party, or a witness identified with an adverse party.

A *Rule 611(a)* traz um comando ao Juiz que preside o ato no sentido de que a ele compete o controle sobre a ordem e a maneira de exame das testemunhas, sendo seu dever zelar pela descoberta da verdade, evitar atos procrastinatórios, bem como atos voltados a constranger as testemunhas. Já a *Rule 611(b)*, por sua vez, determina que o contraexame deve limitar-se aos fatos abordados pelo depoimento testemunhal durante o exame direto. No entanto, há um grau de flexibilidade na medida em que permite ao juiz autorizar perguntas que extrapolem o assunto tratado no exame direto, porém tais perguntas devem guardar alguma relevância com os fatos que se pretende apurar no julgamento.

Com relação à diferenciação entre os institutos, o *cross-examination* é instituto de direito processual, ou seja, de hierarquia infraconstitucional, já o *direito ao confronto*, conforme visto supra, representa um direito fundamental, sendo que, nos Estados Unidos, ostenta natureza constitucional, ante sua previsão na Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.

O exame cruzado configura método de inquirição de qualquer testemunha, ao passo que o direito a confronto reserva para a confrontação de depoimentos de natureza testemunhal desfavoráveis ao acusado.

De igual modo, o *direito ao confronto* incide nos processos criminais (*In all criminal prosecutions*) e é exercido somente por aquele que figura como acusado, ao passo que o exame cruzado se aplica a processos de qualquer natureza e o método é utilizado por ambas as partes processuais.

É lícito concluir, portanto, que, apesar da aparente similitude, os institutos do exame cruzado e do *direito ao confronto* não se confundem. Como visto, o primeiro constitui método de inquirição de prova testemunhal utilizado por ambas as partes,

ao passo que o segundo representa um direito fundamental o indivíduo criminalmente acusado, quando mencionado em declarações incriminatórias, ainda que o depoente não ostente o *status* formal de testemunha.

1.3.3 O direito ao confronto e o testemunho indireto (*Hearsay Evidence*)

O direito de as partes contraditarem as testemunhas constitui um elemento essencial da instrução probatória nos processos da *Common Law*. Apesar disto, existem situações nas quais os depoimentos são prestados sem que as partes possam inquirir, diretamente, a fonte de prova de testemunhal. Esta modalidade de testemunho é chamada de *hearsay evidence*. Nesta dissertação, a referência ao instituto se dará pela menção ao conceito originário, ou seja, *hearsay evidence*, bem como pelo correspondente lusófono, qual seja, *testemunho indireto*.

Dito isto, cumpre delinear o conceito de *hearsay evidence*, insculpido nas *Federal Rules of Evidence*, mais precisamente na *Rule 801(c)*, que dispõe:

O testemunho indireto (*hearsay*) é uma declaração diversa daquela proferida pela testemunha enquanto depõe no julgamento, oferecida como meio de prova para comprovar a veracidade da questão afirmada⁷¹.

As origens da inadmissibilidade do testemunho indireto remetem ao processo penal continental, sendo anterior ao surgimento da *law of evidence* anglo-americana. No entanto, foi no direito costumeiro que a vedação ao testemunho indireto se converteu em importante critério de exclusão probatória, adquirindo feições próprias, inclusive⁷². Neste sentido, BADARÓ explica que a *law of evidence* anglo-americana tem por aspecto característico a adoção das regras de exclusão. Neste sentido, a vedação ao testemunho indireto tem por fundamento potenciais prejuízos decorrentes de supervalorização pelo julgador, notadamente em se tratando de Júri⁷³. Isto porque, em regra, não se aceita declaração testemunhal se esta não for prestada em uma sessão de julgamento. Em outras palavras, o escopo da regra é verificar se o depoimento da testemunha se deu a partir de seu *conhecimento*

⁷¹ No original: “Hearsay” means a statement that: (1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and (2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.

⁷² MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2009. p. 53.

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional Estudo sobre sua admissibilidade e valoração. In: **Zeitschrift Internationale Strafrechtsdogmatik**, ZIS/04, p. 178, 2014.

peçoal acerca dos fatos, sendo que qualquer depoimento alheio a este critério será considerado testemunho indireto, à luz da *Rule 602*, que dispõe: “Uma testemunha só poderá depor acerca de questão da qual tomou conhecimento pessoal. O conhecimento pessoal dos fatos pode ser extraído do próprio testemunho [...]”. Portanto, é lícito concluir que declarações prestadas extrajudicialmente, ainda que aos agentes do Estado, não são admitidas em juízo, porquanto constituiriam afronta à vedação insculpida na *Rule 801(c)*⁷⁴.

Entretanto, nem toda declaração indireta é considerada *hearsay*, tendo em vista que o testemunho indireto se configura quando voltado a comprovar em juízo a *veracidade* do teor das asserções nele contidas. Isto decorre da própria *Rule 801(c)*, que “*limita o conceito de hearsay à declaração diversa daquela proferida por testemunha enquanto depõe no julgamento, oferecida como meio de prova para comprovar a veracidade da questão afirmada*”⁷⁵.

Outra questão correlacionada à regra geral de inadmissibilidade do testemunho indireto diz respeito à *confiabilidade* deste. Neste sentido, há um rol de fatores que conduzem à falta de confiabilidade do depoimento: (a) frequentemente, a declaração original é prestada sem solenidade, tal como o juramento de dizer a verdade; (b) o declarante originário não é submetido ao *cross-examination*; e (c) os juízes ou jurados não poderão avaliar o comportamento do declarante originário⁷⁶. Neste particular, DAMASKA observa que quando uma testemunha depõe no tribunal, o juramento e a presença intimidadora do Juiz potencializam a confiabilidade do testemunho⁷⁷.

A despeito disso, há exceções à regra de vedação da utilização do testemunho indireto. As *Rules 803* e *804* trazem algumas dezenas de exceções à regra de inadmissão do testemunho indireto. Essas exceções estão subdivididas em dois grandes grupos, além da existência de exceções residuais.

O primeiro grupo, *Rule 803*, tem por característica a admissão do testemunho indireto, ainda que a fonte de prova testemunhal se encontre disponível, ao passo que no segundo grupo, *Rule 804*, o *hearsay* é admitido apenas em casos em que a fonte de prova testemunhal se encontre indisponível.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 81.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 53.

⁷⁶ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 54.

⁷⁷ DAMASKA, Mirjan. Of hearsay and its analogues. In: **Minnesota Law Review**, v. 76, n. 3, p. 435, 1992.

Em relação ao primeiro grupo, a *Rule 803* estabelece, dentre outras as seguintes exceções:

Rule 803. Hearsay Exceptions; Availability of Declarant Immaterial:

(1) Present Sense Impression. A statement describing or explaining an event or condition made while the declarant was perceiving the event or condition, or immediately thereafter.

(2) Excited Utterance. A statement relating to a startling event or condition made while the declarant was under the stress of excitement caused by the event or condition.

(3) Then Existing Mental, Emotional, or Physical Condition. A statement of the declarant's then existing state of mind, emotion, sensation, or physical condition (such as intent, plan, motive, design, mental feeling, pain, and bodily health), but not including a statement of memory or belief to prove the fact remembered or believed unless it relates to the execution, revocation, identification, or terms of declarant's will.

(4) Statements for Purposes of Medical Diagnosis or Treatment. Statements made for purposes of medical diagnosis or treatment and describing medical history, or past or present symptoms, pain, or sensations, or the inception or general character of the cause or external source thereof insofar as reasonably pertinent to diagnosis or treatment.

(5) Recorded Recollection. A memorandum or record concerning a matter about which a witness once had knowledge but now has insufficient recollection to enable the witness to testify fully and accurately, shown to have been made or adopted by the witness when the matter was fresh in the witness' memory and to reflect that knowledge correctly. If admitted, the memorandum or record may be read into evidence but may not itself be received as an exhibit unless offered by an adverse party.

(6) Records of Regularly Conducted Activity. A memorandum, report, record, or data compilation, in any form, of acts, events, conditions, opinions, or diagnoses, made at or near the time by, or from information transmitted by, a person with knowledge, if kept in the course of a regularly conducted business activity, and if it was the regular practice of that business activity to make the memorandum, report, record or data compilation, all as shown by the testimony of the custodian or other qualified witness, or by certification that complies with Rule 902(11), Rule 902(12), or a statute permitting certification, unless the source of information or the method or circumstances of preparation indicate lack of trustworthiness. The term "business" as used in this paragraph includes business, institution, association, profession, occupation, and calling of every kind, whether or not conducted for profit.

(7) Absence of Entry in Records Kept in Accordance With the Provisions of Paragraph (6). Evidence that a matter is not included in the memoranda reports, records, or data compilations, in any form, kept in accordance with the provisions of paragraph (6), to prove the nonoccurrence or nonexistence of the matter, if the matter was of a kind of which a memorandum, report, record, or data compilation was regularly made and preserved, unless the sources of information or other circumstances indicate lack of trustworthiness.

(8) Public Records and Reports. Records, reports, statements, or data compilations, in any form, of public offices or agencies, setting forth:

(A) the activities of the office or agency, or;

(B) matters observed pursuant to duty imposed by law as to which matters there was a duty to report, excluding, however, in criminal cases matters observed by police officers and other law enforcement personnel, or;

(C) in civil actions and proceedings and against the Government in criminal cases, factual findings resulting from an investigation made pursuant to authority granted by law, unless the sources of information or other circumstances indicate lack of trustworthiness.

(9) Records of Vital Statistics. Records or data compilations, in any form, of births, fetal deaths, deaths, or marriages, if the report thereof was made to a public office pursuant to requirements of law.

(10) Absence of Public Record or Entry. To prove the absence of a record, report, statement, or data compilation, in any form, or the nonoccurrence or nonexistence of a matter of which a record, report, statement, or data compilation, in any form, was regularly made and preserved by a public office or agency, evidence in the form of a certification in accordance with rule 902, or testimony, that diligent search failed to disclose the record, report, statement, or data compilation, or entry.

Em apertada síntese, as sobreditas exceções ao *testemunho indireto* estabelecem critérios para quando este pode ser aceito, a saber: o depoimento explicando determinado evento que tiver sido feito enquanto o depoente presenciava o evento ou logo após; depoimento relacionado a evento *impactante*, prestado enquanto o depoente se encontrava sob os efeitos do impacto causado pelo evento; depoimento acerca do estado mental ou físico do depoente à época do evento; depoimento para diagnóstico ou tratamento médico; apontamentos sobre fatos passados, desde que fidedignos e feitos enquanto a memória do autor estava fresca; registros de dados feitos no exercício de atividades profissionais à época dos fatos; ausência de escrituração nos registros anteriores para se comprovar a não ocorrência de fato que deve ser objeto de registro profissional; registros e relatórios públicos relativos às atividades de agências públicas ou questões registradas por imposição legal; registros estatísticos vitais, feitos por órgãos públicos e elaborados por imposição legal; e, ausência de registros ou escrituração pública para se comprovar a não ocorrência de fato que deve ser objeto de registro público.

De acordo com o que fora registrado acima, as exceções da *Rule 803* têm aplicabilidade ainda que a fonte de prova testemunhal se encontre disponível e, por conta disso, a exceções apresentam um cariz mais objetivo, razão pela qual, em contraposição ao grupo seguinte, o rol de exceções é vasto, apresentando, mais precisamente, vinte e três exceções.

Prosseguindo, em relação ao segundo grupo, a *Rule 804* determina que:

Rule 804. Hearsay Exceptions; Declarant Unavailable

(a) Definition of Unavailability. "Unavailability as a witness" includes situations in which the declarant

(1) is exempted by ruling of the court on the ground of privilege from testifying concerning the subject matter of the declarant's statement; or

(2) persists in refusing to testify concerning the subject matter of the declarant's statement despite an order of the court to do so; or

(3) testifies to a lack of memory of the subject matter of the declarant's statement; or

(4) is unable to be present or to testify at the hearing because of death or then existing physical or mental illness or infirmity; or

(5) is absent from the hearing and the proponent of a statement has been unable to procure the declarant's attendance (or in the case of a hearsay

exception under subdivision (b)(2), (3), or (4), the declarant's attendance or testimony) by process or other reasonable means.

A declarant is not unavailable as a witness if exemption, refusal, claim of lack of memory, inability, or absence is due to the procurement or wrongdoing of the proponent of a statement for the purpose of preventing the witness from attending or testifying.

(b) Hearsay Exceptions. The following are not excluded by the hearsay rule if the declarant is unavailable as a witness:

(1) Former Testimony. Testimony given as a witness at another hearing of the same or a different proceeding, or in a deposition taken in compliance with law in the course of the same or another proceeding, if the party against whom the testimony is now offered, or, in a civil action or proceeding, a predecessor in interest, had an opportunity and similar motive to develop the testimony by direct, cross, or redirect examination.

(2) Statement Under Belief of Impending Death. In a prosecution for homicide or in a civil action or proceeding, a statement made by a declarant while believing that the declarant's death was imminent, concerning the cause or circumstances of what the declarant believed to be impending death.

(3) Statement Against Interest. A statement which was at the time of its making so far contrary to the declarant's pecuniary or proprietary interest, or so far tended to subject the declarant to civil or criminal liability, or to render invalid a claim by the declarant against another, that a reasonable person in the declarant's position would not have made the statement unless believing it to be true. A statement tending to expose the declarant to criminal liability and offered to exculpate the accused is not admissible unless corroborating circumstances clearly indicate the trustworthiness of the statement.

(4) Statement of Personal or Family History.

(A) A statement concerning the declarant's own birth, adoption, marriage, divorce, legitimacy, relationship by blood, adoption, or marriage, ancestry, or other similar fact of personal or family history, even though declarant had no means of acquiring personal knowledge of the matter stated; or

(B) a statement concerning the foregoing matters, and death also, of another person, if the declarant was related to the other by blood, adoption, or marriage or was so intimately associated with the other's family as to be likely to have accurate information concerning the matter declared.

[(5) Other Exceptions.] [Transferred to Rule 807]

(6) Forfeiture by Wrongdoing. A statement offered against a party that has engaged or acquiesced in wrongdoing that was intended to, and did, procure the unavailability of the declarant as a witness.

O segundo grupo de exceções ao *hearsay* sistematiza as situações de indisponibilidade do testemunho para, em seguida, elencar as poucas exceções à vedação do testemunho indireto no ordenamento estadunidense. Inicialmente, a indisponibilidade da fonte de prova testemunhal pode ocorrer quando: for dispensada de depor pelo juiz; a despeito de ordem judicial, a testemunha se recusa a depor; a testemunha alega não se recordar dos fatos; não pode depor por enfermidade física ou por morte; a testemunha está ausente e tampouco foi localizada pela parte processual que a arrolou.

Após traçar os sobreditos parâmetros, a *Rule 804* fixa as exceções ao testemunho indireto, a saber: existência de depoimento anterior prestado no mesmo processo ou em outro processo, desde que a parte processual afetada pela prova

testemunhal tenha tido ao menos uma oportunidade de inquirir a fonte de prova testemunhal; depoimento prestado por autor moribundo, mas desde que a imputação seja de homicídio e o depoimento esteja correlacionado às causas da morte; depoimento contra interesses próprios do depoente (pecuniário ou proprietário) ou que possa conduzir à sua eventual responsabilização civil/criminal ou mesmo invalidar eventual demanda do depoente contra terceiros; depoimento sobre a história pessoal ou familiar do depoente ou sobre questões atinentes ao círculo social do declarante; e, por fim, depoimento prestado contra parte processual que se valeu de expedientes que acarretaram a indisponibilidade da fonte de prova para testemunhar.

Por fim, as exceções residuais restam previstas na *Rule 807*:

Rule 807. Residual Exception

A statement not specifically covered by Rule 803 or 804 but having equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness, is not excluded by the hearsay rule, if the court determines that

(A) the statement is offered as evidence of a material fact;

(B) the statement is more probative on the point for which it is offered than any other evidence which the proponent can procure through reasonable efforts; and

(C) the general purposes of these rules and the interests of justice will best be served by admission of the statement into evidence. However, a statement may not be admitted under this exception unless the proponent of it makes known to the adverse party sufficiently in advance of the trial or hearing to provide the adverse party with a fair opportunity to prepare to meet it, the proponent's intention to offer the statement and the particulars of it, including the name and address of the declarant.

As regras residuais, por seu turno, estabelecem outras hipóteses excepcionais de adoção do testemunho indireto. Contudo, é necessário que tais testemunhos apresentem garantias de *confiabilidade* e, deste modo, que o juiz entenda que: o depoimento visa a comprovar um fato essencial; o depoimento ostenta maior força probatória que as demais provas que poderiam ser produzidas; o interesse da Justiça e o escopo das *Federal Rules of Evidence* serão prestigiados com a adoção do testemunho indireto; e por fim, o *hearsay evidence* também será admitido caso haja prévio acordo entre as partes.

Uma vez delineadas as principais características do *hearsay*, se torna possível diferenciar o referido instituto do *direito ao confronto*, conforme abaixo.

Em relação à hierarquia normativa, as *hearsay rules* apresentam natureza infraconstitucional, além de serem aplicáveis ao processo civil e ao processo criminal, podendo ser invocada por quaisquer das partes processuais. Essas regras probatórias visam a assegurar que a prova produzida seja a mais confiável possível,

razão pela qual as supracitadas exceções devem apresentar determinado grau de *confiabilidade*. O *direito ao confronto*, por seu turno, é de índole constitucional, sendo certo que este direito estaria assegurado ainda que não gozasse de previsão explícita na Sexta Emenda, porquanto consectário lógico do *due process of law*⁷⁸.

Outra distinção repousa na natureza jurídica dos institutos. As *hearsay rules* têm natureza jurídica de regra de exclusão probatória (*exclusionary rule*). O *direito ao confronto*, por seu turno, tem natureza jurídica de direito fundamental, além de apresentar um conteúdo universal e jusnaturalista, voltado a assegurar que o acusado possa confrontar declarações testemunhais incriminadoras. Além disso, o *direito ao confronto* possibilita pleitear a inadmissibilidade de prova, ainda que incluída em uma das sobreditas exceções de inadmissão do *hearsay*. Por outras palavras, o *direito ao confronto* é dotado de maior abrangência, conforme observa FRIEDMAN ao dizer que se a acusação se vale de um depoimento incriminador, mas a fonte de prova testemunhal não comparece para depor, o acusado poderá se valer da cláusula de confronto para sustentar a inadmissibilidade daquele depoimento⁷⁹. De igual modo, MALAN preceitua que o juízo acerca do respeito ao *direito ao confronto* não é pautado pelo enquadramento ou não do elemento de prova em uma das exceções à inadmissibilidade do *hearsay* (*Rules 803 e 804*). Na verdade, o *direito ao confronto* pode tornar inadmissíveis declarações testemunhais com elevado grau de *reliability*⁸⁰.

Portanto, não há correlação entre as *hearsay rules* e o *direito ao confronto*. A violação deste, como visto acima, pode ocorrer ainda que em situações de aplicabilidade de uma das centenas de exceções da inadmissibilidade do testemunho indireto, mesmo em casos em que a *confiabilidade* resta verificada. O *direito ao confronto* é, deste modo, muito mais protetivo e abrangente.

⁷⁸ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 96.

⁷⁹ No original: Suppose that the prosecutor offers evidence of a statement to prove the truthfulness of a proposition that the statement asserts, but the declarant herself-the person who made the statement--does not testify at trial. The accused may contend that admissibility of this statement violates his confrontation right. FRIEDMAN, Richard D. Confrontation: The search of basic principles. In: **Georgetown Law Journal**, v. 86, n. 4, p. 1.012, 1998.

⁸⁰ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 97.

1.4 O *direito ao confronto* na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

Consoante o que fora exposto, o *direito ao confronto* possui natureza jurídica de direito fundamental e conta com previsão em diversos tratados que versam sobre Direitos Humanos, além de ostentar um conteúdo jusnaturalista e universal. Significa dizer que o *direito ao confronto* deve ser exercitado sempre que houver testemunho incriminador em desfavor de um acusado em processo criminal. Além disso, o instituto tem suas raízes na tradição da *common law*, encontrando previsão legal na Sexta Emenda à Constituição do Estados Unidos da América.

Dito isto, e com a definição dogmática do *direito ao confronto* apresentada, imperioso apontar alguns precedentes de relevância ao desenvolvimento do instituto, além da abrangência atribuída pela Suprema Corte Daquele país, a saber: Ohio v. Roberts; Crawford v. Washington; Melendez Diaz v. Massachusetts; e, Michigan v. Bryant.

1.4.1 Ohio v. Roberts (1980) – redução da *confrontation clause* a uma regra de exclusão probatória

Em 1980, HERSCHEL ROBERTS foi acusada de falsificar cheques em nome de BERNARD ISAACS, além de estar em posse de cartões de crédito pertencentes a Isaacs e sua esposa. A filha do casal ISAACS foi chamada a depor pelo advogado de defesa. Porém, a despeito de cinco intimações, a filha das vítimas não compareceu em juízo.

ROBERTS em sua defesa asseverou que a filha das vítimas teria lhe entregue os cheques e cartões de crédito. Além disso, não teria comunicado que ROBERTS não poderia usá-los. Merece nota o fato de que a transcrição do depoimento da filha das vítimas, colhido em fase preliminar, foi utilizado no julgamento⁸¹. A mãe prestou depoimento em juízo alegando que a filha havia deixado o lar após a audiência preliminar (*na qual o depoimento foi colhido*) e que

⁸¹ Consoante permissão insculpida no *Ohio Revised Code*, Seção 2945.49 de 1975.

em um dos últimos contatos feitos com a família teria dito aos pais que estava fora do Estado de Ohio, mas sem revelar o paradeiro exato.

Por tudo isto, a corte de primeira instância não acolheu a utilização do depoimento transcrito da filha da vítima, firmando entendimento de que isto constituiria violação ao *direito ao confronto*, insculpido na Sexta Emenda.

Mediante interposição dos recursos pertinentes, o caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, cujo relator foi o *Justice* BLACKMUN. Naquela ocasião, a Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que a utilização da transcrição do depoimento da filha da vítima não feriu a *confrontation clause*. O posicionamento da Suprema Corte sedimentou-se em dois pilares, a saber: *se o declarante estava disponível para prestar depoimento em juízo e a prova produzida de modo a se extrair indícios de confiabilidade*.

A lógica adotada pela Suprema Corte foi a seguinte: uma vez demonstrada a ausência do declarante, passa-se a examinar se a produção dos elementos de prova se deu de modo a extrair indícios de confiabilidade, ou *indicia of reliability*. Neste particular, a confiabilidade resta presente se os elementos de prova se adequam a uma das exceções da *hearsay* ou, caso não se adequem, a verificação fica a cargo da existência de particularizadas garantias de credibilidade, ou *particularized guarantees of trustworthiness*, conforme abaixo:

In sum, when a hearsay declarant is not present for cross-examination at trial, the Confrontation Clause normally requires a showing that he is unavailable. Even then, his statement is admissible only if it bears adequate "indicia of reliability." Reliability can be inferred without more in a case where the evidence falls within a firmly rooted hearsay exception. In other cases, the evidence must be excluded, at least absent a showing of particularized guarantees of trustworthiness⁸².

O paradigma adotado pela Suprema Corte, entretanto, esvaziou o conteúdo do *direito ao confronto* ao estabelecer as supraditas regras. Deste modo, em *Ohio v. Roberts*, a suprema Corte acabou por reduzir o *direito ao confronto* a uma mera regra de exclusão probatória. Significa dizer que a Suprema Corte operou uma supervalorização das regras sobre o testemunho indireto, ou *hearsay*.

⁸² SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. In: **Caso Ohio v. Roberts**, 448 U.S., 56 (1980). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/56/>>. Acesso em: 20 de setembro de 2018, p. 5.

1.4.2 Crawford v. Washington (2004) – a mudança de paradigma

CRAWFORD V. WASHINGTON é considerado o *leading case* no que tange ao *direito ao confronto*, porquanto representa uma mudança de paradigma em relação ao posicionamento firmado em Ohio v. Roberts, que, como visto, apresentou um olhar reducionista acerca do *direito ao confronto*.

MICHAEL CRAWFORD foi julgado pelos crimes de agressão e tentativa de homicídio contra um homem, que supostamente tentara estuprar sua esposa. Em depoimento, o acusado alegou ter agido em legítima defesa por acreditar que Lee, o suposto agressor, estivesse sacando uma arma. Como prova de acusação, o Estado de WASHINGTON apresentou ao júri um depoimento de sua esposa, SYLVIA, colhido e gravado durante a fase de interrogatório policial, no qual esta alegava que o esfaqueamento da vítima não foi um ato de autodefesa do acusado.

Apesar do supradito depoimento gravado, a esposa do acusado não testemunhou perante o Tribunal em razão da *Washington's marital-privilege law*, de acordo com a qual, em linhas gerais, um cônjuge é desobrigado a fornecer testemunho contra o outro sem seu consentimento enquanto casados e, ainda que divorciados, ambos devem proteger as “comunicações confidenciais”, enquanto cônjuges.

Em um primeiro momento, a Corte de WASHINGTON confirmou a condenação do réu depois de determinar que a declaração de SYLVIA era confiável. O processo teve como ponto central a discussão sobre o procedimento de admissão do depoimento de SYLVIA estar ou não de acordo com o direito do acusado de confrontar a prova, assegurado pela Sexta Emenda.

A mencionada gravação foi aceita como prova porque a Corte a considerou confiável, além de corroborada, em grande parte, pelas declarações que MICHAEL CRAWFORD também prestou em sede de interrogatório policial.

O acusado alegou que a utilização do depoimento gravado de sua esposa iria contra o seu direito de confrontar a testemunha que deponha em seu desfavor, violando o previsto na Sexta Emenda: “the Sixth Amendment’s guarantee that, “[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right, to be confronted with the witnesses against him”.

O precedente, cujo relator foi o *Justice* ANTONIN SCALIA, faz uma digressão acerca do *direito ao confronto* estabelecido na Sexta Emenda com a finalidade precípua de entender a real essência do *right of confrontation*. Neste sentido, *Justice* SCALIA avaliou o modelo criado no precedente OHIO V. ROBERTS⁸³, no qual foram estabelecidos critérios baseados na questão da *confiabilidade* para aferir se houve ou não qualquer violação ao *direito ao confronto*, chegando à conclusão de que estes critérios não se coadunam com os fundamentos históricos da *confrontation clause*. Nas palavras de SCALIA: “Dispensar a aplicação da *confrontation clause* porque o testemunho é obviamente confiável seria o mesmo que dispensar o Júri porque o réu é obviamente culpado. Não é isto que a Sexta Emenda prescreve”⁸⁴.

O acórdão promoveu uma releitura histórica do *direito ao confronto* de modo a afastar o modelo estabelecido no supracitado caso Ohio v. Roberts. O *direito ao confronto* detém status constitucional e, por conta disso, a Suprema Corte percebeu o equívoco em proceder à verificação de eventuais violações à *confrontation clause* a partir de critérios de *confiabilidade (reliability)*. Crawford v. Washington representa uma ruptura entre o *direito ao confronto* e as regras sobre o testemunho indireto (*hearsay evidence*), que, conforme visto, não se confundem.

Deste modo, a Suprema Corte passou a entender que o *direito ao confronto* deverá ser observado sempre que houver declaração testemunhal incriminadora. A partir disso, é possível observar que as declarações testemunhas serão aceitas em juízo se (a) o declarante comparecer em juízo e (b) na ausência justificada do declarante, que acusado tenha tido ao menos uma oportunidade prévia de realizar o *cross-examination*.

Portanto, no julgamento CRAWFORD V. WASHINGTON foi estabelecida uma clara separação entre o *direito ao confronto* e as *hearsay rules*, conforme já evidenciado *supra*. O *direito ao confronto* estampa um foco na natureza testemunhal

⁸³ CRAWFORD argumentou pela impossibilidade do depoimento de sua esposa ser utilizado em Juízo, porém a Corte de Washington admitiu sob o fundamento de que Sylvia seria uma testemunha presencial e que corroborava a versão do marido, detinha conhecimento recente dos fatos e foi interrogada por um agente neutro. Todavia, a Corte de Apelação anulou o julgamento sob o argumento de que o depoimento não era digno de credibilidade, ancorando a decisão em nove argumentos. O caso chegou a Corte Suprema de Washington, que reformou a decisão no sentido da condenação de Crawford, alegando que o depoimento de Sylvia, vez que convergia com o do marido, era confiável.

⁸⁴ No original: “Dispensing with confrontation because testimony is obviously reliable is akin to dispensing with jury trial because a defendant is obviously guilty. This is not what the Sixth Amendment prescribes.”

das declarações, o elemento de confiabilidade da prova fica reservado à *law of hearsay*. Por outras palavras, a ponderação sobre a admissibilidade de uma prova à luz do *direito ao confronto* não tem como critério determinante a confiabilidade.

JEFFREY BELLIN⁸⁵, em trabalho intitulado *O incrível esvaziamento da Cláusula de Confronto (The Incredible Shrinking Confrontation Clause)*, promove uma análise a respeito do precedente em comento, apontando aquilo que considera como *acertos* e *equivocos* no julgamento. Aponta que o que precedente *Crawford* constituiu, para além de uma vitória para os acusados em processos criminais, uma vitória do Direito Constitucional Estadunidense.

1.4.3 Melendez Diaz v. Massachusetts (2009) – direito a confrontar o perito judicial

No ano de 2001, a polícia de Boston recebeu denúncia relativa a atividades suspeitas em uma das lojas da Rede de Supermercados K-Mart. Consta da denúncia que determinado funcionário recebia ligações e então deixava a loja, adentrando em um automóvel azul e retornando logo em seguida. Os agentes montaram guarda e presenciaram a conduta suspeita.

Realizada a abordagem, os policiais encontraram em posse do empregado quatro sacos transparentes, contendo substância branca, possivelmente cocaína. Os ocupantes do automóvel foram conduzidos a um quartel da polícia, um deles chamava-se LUIS MELENDEZ-DIAZ. Os agentes revistaram o automóvel e encontraram dezenove sacos plásticos também contendo pó branco. O material apreendido foi submetido a testes químicos para apurar sua natureza.

MELENDEZ-DIAZ foi então denunciado por distribuição e tráfico de cocaína. Por ocasião do julgamento, a acusação apresentou os sacos plásticos apreendidos pelos agentes da polícia, além de *três certificados de análise* atestando que o material apreendido era cocaína. Note-se que a acusação se valeu de *laudos periciais*, sem, contudo, arrolar o perito responsável para depor em juízo.

A defesa então se socorreu ao precedente firmado em *CRAWFORD V. WASHINGTON*, pugnando para o que o perito depusesse em juízo, a fim de que fosse confrontado pelo réu. A Corte de primeira instância rejeitou o pleito, admitindo

⁸⁵ BELLIN, Jeffrey. The Incredible Shrinking Confrontation Clause. In: **William & Mary Law School Scholarship Repository**, p 1865-1916, 2012.

os laudos como suficientes para demonstrar que o material apreendido era narcótico. Submetido ao Júri, MELENDEZ-DIAZ foi considerado culpado. O caso chegou à Corte de Apelação de Massachusetts, sob a alegação de violação à Sexta Emenda, já que o réu não pode confrontar o perito que apresentara um laudo em desfavor de MELENDEZ-DIAZ (*to be confronted with the witnesses against him*). A Corte, por sua vez, ratificou o julgado, indicando que a admissão dos laudos não constituía violação à cláusula de confronto (*confrontation clause*), sob o argumento de que os laudos apresentados não eram de natureza acusatória, já que por si só não demonstravam que MELENDEZ-DIAZ teria cometido crime.

MELENDEZ-DIAZ recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos. A relatoria do caso coube ao *Justice* ANTONIN SCALIA, que, por sinal, fora também o relator do precedente “Crawford v. Washington”.

Em linhas gerais, a Suprema Corte apontou que, ao elaborar os laudos periciais, o *expert* produziu saber testemunhal incriminador e, portanto, o perito deveria ter sido chamado a depor em juízo. Deste modo, à luz da *confrontation clause* prevista na Sexta Emenda, aquele perito deveria depor como testemunha, possibilidade rechaçada pelos tribunais, razão pela qual houve a violação do *direito ao confronto* em relação a MELENDEZ-DIAZ.

1.4.4 Michigan v. Bryant (2011) – relativização da *confrontation clause*

O último dos julgados da Suprema Corte colecionado nesta dissertação, remonta ao ano de 2011. Policiais do Departamento de Polícia de Detroit socorreram, em um posto de combustíveis, ANTHONY COVINGTON, que estava ferido por disparo de arma de fogo. Segundo COVINGTON, o autor dos disparos fora PETER BRYANT, que o teria baleado nas proximidades de sua residência. Merece registro o fato de COVINGTON ter falecido logo após relatar os fatos aos policiais.

O caso foi a julgamento no Tribunal de Michigan. Os policiais prestaram depoimento, como testemunhas daquilo que a vítima COVINGTON narrou enquanto socorrida por eles. Apesar dos argumentos lançados pela defesa contra a validade do depoimento testemunhal prestado pelos policiais, BRYANT foi condenado.

O processo chegou então à Suprema Corte. O argumento central da defesa consistia na violação da *confrontation clause*, já que as declarações da vítima, reproduzidas no processo pelo depoimento dos policiais, ostentava natureza de *prova testemunhal*.

A relatora do caso foi a *Justice SOTOMAYOR*, cujo voto foi acompanhado pela maioria dos Juízes da Suprema Corte. A relatora entendeu que aquele caso em concreto não representava uma violação à *confrontation clause*, na medida em que o intuito da vítima, ferida e prestes a sucumbir, era a solução daquela emergência e não o de testemunhar sobre o incidente. Deste modo, se o depoimento não ostentava natureza testemunhal, conseqüentemente, não houve violação à Sexta Emenda, ou seja, ao *direito ao confronto*. Portanto, a Suprema Corte levou em conta não só as condições dos declarantes, mas também a condição do transmissor da informação.

A despeito disto, *Justice SCALIA*, o relator de *CRAWFORD V. WASHINGTON*, em voto divergente, apresentou duras críticas ao entendimento consolidado por seus pares. Isto porque *SCALIA* considerou o entendimento “transparentemente falso” e que distorcia a jurisprudência da Corte. Segundo *Scalia*, o que se deve verificar são os elementos periféricos à declaração, mas sempre sob a ótica do declarante, nunca em relação a um terceiro eventualmente sujeito transmissor da informação. E mais, este entendimento, novamente, reduzia o direito ao confronto às regras de *indicia of reliability*.

Portanto, apesar de *CRAWFORD V. WASHINGTON* ter representado grande avanço no tratamento do *direito ao confronto* pela Suprema Corte, *MICHIGAN V. BRYANT* evidencia que, em verdade, a *confrontation clause* por vezes é relativizada.

1.5 O direito ao confronto na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Brasil aderiu à Convenção Interamericana de Direitos Humanos por meio do Decreto-Legislativo nº 27 de 1992, quando assumiu o dever de assegurar seu cumprimento. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sede em São José da Costa Rica, sendo composta por sete juízes que são eleitos para um mandato de seis anos. É o órgão jurisdicional vinculado à Convenção Americana de Direitos

Humanos. O Brasil aderiu à CIDH como jurisdição obrigatória em 1998, por meio do Decreto-Legislativo nº 89 de 1998.

A CIDH comporta um procedimento composto por várias fases, a saber: ajuizamento; contestação e exceções preliminares; conciliação; produção probatória; fase decisória e executória⁸⁶.

Disto isto e consoante visto supra, o *direito ao confronto* é previsto na CADH, nos termos do seu *artigo 8.2.f*. Portanto, cumpre trazer à baila recortes jurisprudenciais no que tange aos julgados daquela corte, relacionados ao *direito ao confronto*. Neste sentido, é lícito reafirmar que o *direito ao confronto*, apesar de ser instituto da tradição da *Common Law*, ostenta conteúdo universal, haja vista ser assegurado mesmo nos modelos de tradição continental.

1.5.1 Castillo Petruzzi e outros v. Peru (1999)⁸⁷ – julgamento por Tribunal Militar

JAIME FRANCISCO SEBASTIÁN CASTILLO PETRUZZI, conhecido também como *Torito*, foi um militante do *Movimiento Revolucionario Túpac Amaru*. Em apertada síntese, relevante consignar que sua prisão ocorreu no ano de 1993, sendo condenado por atos de terrorismo e por *traição à pátria*. No ano de 1994, PETRUZZI recebera a pena de prisão perpétua.

O caso chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1997 e ele foi sentenciado em 1999. O pronunciamento da corte foi no sentido de invalidação do julgamento ocorrido nas instâncias ordinárias do Peru, por afronta à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, consistentes na violação de pelo menos nove dispositivos *convencionais*.

A corte determinou que PETRUZZI fosse submetido a um novo julgamento pelo Estado Peruano, desta vez com observância ao devido processo legal.

Quanto à violação ao *direito ao confronto*, extraem-se da sentença da CIDH os seguintes pontos: Em 28 de novembro de 1993 PETRUZZI foi interrogado, por

⁸⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2017. f. 9.

⁸⁷ Cumpre esclarecer que o recurso em testilha foi interposto PETRUZZI e outros, a saber: María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra e Alejandro Luis Astorga Valdez, porém, a violação ao direito ao confronto se deu da mesma forma em relação a estes, razão pela qual a narrativa se limita aos eventos ocorridos em face de JAIME FRANCISCO SEBASTIÁN CASTILLO PETRUZZI.

um Juiz Militar Especial, Secretário Letrado e Fiscal Militar Especial, que vendaram seus rostos, em que pese o ato ter contado com a presença do defensor do acusado⁸⁸.

Deste interrogatório, a sentença da Corte aponta as seguintes questões decorrentes:

- I. o advogado não pôde entrevistar reservadamente seu cliente antes deste ato e nem mesmo antes da prolação da sentença condenatória;
- II. durante o interrogatório, PETRUZZI permaneceu vendado e algemado;
- III. ao longo do ato, não foram apresentadas ao réu ou ao advogado as provas em seu desfavor, além disso não foi possibilitado ao advogado interrogar as testemunhas, cujo depoimento anterior constava do registro policial;
- IV. a assentada da oitiva carece da assinatura dos participantes.

Merece destaque o fato de PETRUZZI, assim como os demais, ter sido submetido a um julgamento de exceção, por um Tribunal Militar, amparado pelo Decreto Lei nº 25.659, que permitia o julgamento por “juízes sem rosto”. As tentativas de deslocamento de competência feitas por seu advogado foram infrutíferas.

Apesar das questões apontadas pela Corte, o Estado Peruano argumentou que PETRUZZI e outros, bem como seus patronos, participaram das diligências policiais, nas quais as testemunhas depuseram pela primeira vez. Demais disso, o Estado foi categórico em afirmar que o julgamento se deu em consonância com o devido processo legal peruano⁸⁹.

Ainda que Justiça Militar peruana tenha assegurado a PETRUZZI a observância do um devido processo legal (formal), a Corte Interamericana sinalizou pela insuficiência de tal procedimento, vez que a legislação aplicada impediu a arguição das testemunhas de acusação, além de proibir a inquirição de agentes policiais e do exército que tenham participado das investigações (ou na fase pré-

⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru. Supervisão de cumprimento de sentença. **Resolução da Corte Interamericana de 17 de novembro de 1999**. Série C, N. 59. San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/castillopetruzzi_01_07_11.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2018, p. 27.

⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru. Supervisão de cumprimento de sentença. **Resolução da Corte Interamericana de 17 de novembro de 1999**. Série C, N. 59. San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/castillopetruzzi_01_07_11.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2018, p. 50

processual) em clara afronta ao *derecho de la defensa* (derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos).

A sentença se socorre ainda à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, asseverando que dentre as prerrogativas mínimas que devem ser asseguradas aos acusados em processo criminal está a de inquirir as testemunhas, seja de acusação ou defesa e, desta forma, concluiu que a imposição de restrições ao *derecho de la defensa* ocorridas no julgamento de PETRUZZI viola o direito estabelecido no art. 8.2.f da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁹⁰.

1.5.2 Lori Berenson Mejía v. Peru (2004) – julgamento por tribunal militar e de jurisdição comum

LORI HELENE BERENSON, cidadã estadunidense, foi presa em 30 de novembro de 1995 na capital do Peru, Lima. A acusação consistia em *crime de traição à pátria*, sendo submetida à Jurisdição Militar daquele país. Assim como no caso de PETRUZZI, foi aplicado o Decreto Lei nº 25.659, que dispõe que nestes casos o acusado seria julgado por juízes “sem rosto”, conjugado com o Decreto Lei 25.475, além de outras restrições ao direito de defesa.

Neste contexto, LORI BERENSON foi condenada à prisão perpétua, em virtude da acusação de traição. LORI interpôs recurso para o Supremo Conselho de Justiça Militar, que modificou a pena para 20 anos de prisão, por entender que ela não ocupava cargo de chefia dentro da organização criminosa que integrou – o *Movimiento Revolucionario Tupac Amaru*. Esta decisão foi ratificada pelo Supremo Tribunal do Peru, no ano de 2002.

O julgamento ocorreu perante a Jurisdição Militar, sendo a pena imposta (prisão perpétua) revista pelo Supremo Tribunal do Peru, ou seja, pela Jurisdição Comum. Neste particular, a Corte constatou que não houve violação à cláusula de confronto, isto porque perante aquele Tribunal, a despeito da vedação insculpida no Decreto Lei nº 25.475, foi possibilitado à recorrente, LORI, e sua defesa técnica *confrontar* as testemunhas de acusação⁹¹.

⁹⁰ Ibidem, p. 51.

⁹¹ “Durante la tramitación del juicio en el fuero penal ordinario, a solicitud del Fiscal, se citó a declarar a varios efectivos policiales (supra párr. 88.51) y la defensa de la presunta víctima no formuló ninguna

A demanda chegou à Corte Interamericana ainda no ano de 2002. A corte constatou que LORI fora submetida a condições desumanas, enquanto custodiada na prisão de Yanamayo – entre janeiro de 1996 e outubro de 1998 – e, além disso, este fato privou LORI de um julgamento justo, haja vista as violações aos princípios da legalidade e da integridade pessoal. Por essa razão, a Corte reconheceu violados os artigos quinto, oitavo e nono da Convenção.

No capítulo dedicado à violação do art. 8º.2 f da Convenção (*cláusula de confronto*), a corte, seguindo a mesma orientação do caso PETRUZZI E OUTROS V. PERU, consignou que aplicação do art. 13 do Decreto Lei nº 25.475 constitui violação ao *direito ao confronto*, na medida que o dispositivo impede que o acusado inquiria as testemunhas contrárias a si. A Corte considerou problemática a vedação à inquirição de agentes policiais e militares do Exército que tenham prestado depoimento ao longo da investigação⁹².

Novamente, a corte se socorreu à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ratificando que ao acusado é assegurado o direito de inquirir as testemunhas contra si e até mesmo as que prestam declaração a seu favor e que isto constitui relevante faceta do direito de defesa, sendo certo, portanto, que as restrições impostas pela Justiça Militar do Peru violam a norma *convencional* relativa ao *direito ao confronto*⁹³.

1.5.3. Norín Catrimán e outros v. Chile (2014) – testemunhas com identidade preservada e utilização de medidas compensatórias

ANICETO NORÍN CATRIMÁN, ativista do povo indígena Mapuche, foi enquadrado na Lei Antiterrorismo do Chile (*resquício do governo Pinochet*). Linhas gerais, os Mapuche reivindicavam a *reintegração* ao seu território tradicional, tomado pelo Exército chileno na segunda metade do século XIX. No ano de 2003 fora preso, em companhia dos demais líderes comunitários do povo Mapuche. Sobre eles recaiu

solicitud de este género. Solamente compareció a rendir su declaración uno de los miembros de la policía ofrecidos por la Fiscalía (supra párr. 88.50), renunciando ésta a la comparecencia de los demás, sin que la defensa lo objetara.”

⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru. San Jose da Costa Rica, 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf>. Acesso em: 15 de setembro de 2018, p. 97.

⁹³ Ibidem, p. 98.

a acusação de atentado com artefato incendiário, depredação de patrimônio e tentativa de homicídio.

NORÍN CATRIMÁN e demais foram condenados a penas que chegaram ao patamar de 10 anos de prisão. Em virtude de ascendência indígena, o julgamento pelo Tribunal Chileno deixou de observar uma série de garantias processuais aos réus. Importante notar o fato de que a sentença condenatória continha traços preconceituosos e estereotipados contra os *indígenas-réus*⁹⁴. Neste sentido, a Corte considerou que houve aplicação seletiva da Lei Antiterrorismo contra os integrantes do povo Mapuche. No relatório de mérito, consignou que existia uma série de pronunciamentos de diferentes organismos internacionais, apontando a existência de um contexto de aplicação seletiva da Lei Antiterrorista às pessoas pertencentes ao povo indígena Mapuche. A Corte consignou, ainda, que se a raça ou a origem étnica de uma pessoa é considerada como um elemento para qualificar um fato, normalmente considerado um delito comum, como um delito terrorista, se estaria, também, diante de um cenário de aplicação seletiva da lei penal⁹⁵.

A garantia do *direito ao confronto* foi posta em risco pelo fato de, ao longo do processo, algumas testemunhas terem prestado depoimento, sem revelar a identidade, porém, como se verá mais adiante a Corte promoveu um juízo de ponderação.

De modo diverso do ocorrido nos casos acima relatados, o processo se desenvolveu perante a Jurisdição Comum. Neste sentido, a pedido do Ministério Público (*Fiscalía*), o Juiz de Garantias decidiu manter em sigilo a identidade de duas testemunhas, vedando também que fossem fotografadas ou tivessem sua imagem capturada por qualquer outro meio. A base legal de tal vedação repousava nos arts. 307 e 308 do Código de Processo Penal Chileno e arts. 15 e 16 da Lei 18.314.

O requerimento ministerial foi justificado pela necessidade de se assegurar a proteção das testemunhas e de seus familiares, em razão da gravidade dos fatos apurados. Segundo o Ministério Público, este requerimento não comprometeria o direito de defesa dos acusados, visto que foram disponibilizados aos advogados

⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentença de 29 de maio. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2018. p. 77-81.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 65

registros das investigações para que pudessem fazer alegações em audiência e preparar as inquirições dos debates orais⁹⁶.

Realizada a audiência pública, as testemunhas prestaram seus depoimentos por detrás de uma espécie de *biombo* – que não só ocultava seus rostos, como também dos assistentes. Demais disso, se aplicou também o recurso de *distorção de voz*. Estas foram as condições nas quais a defesa pôde inquirir as testemunhas. Merece destaque a anulação deste primeiro julgamento, sendo certo que no segundo foi permitido aos defensores conhecer a identidade das testemunhas, porém essa informação não poderia ser transmitida a NORIN CATRIMÁN e demais réus.

Por conta disso, a defesa de NORÍN CATRIMÁN se recusou a conhecer a identidade de tais indivíduos, já que não poderia transmitir a informação ao seu cliente. A sentença condenatória levou em consideração o depoimento das testemunhas de identidade preservada. A despeito disso, a própria lei antiterrorismo chilena determinava que “em nenhum caso a declaração de qualquer testemunha ou perito protegido poderá ser recebida e introduzida ao julgamento sem que a defesa possa exercer seu direito a inquirição pessoalmente”⁹⁷.

A Corte consignou que constitui garantia mínima do acusado inquirir as testemunhas (de acusação ou defesa) e que isto consagra o exercício da ampla defesa. Entretanto, a preservação da identidade da testemunha configura uma limitação ao exercício do *direito ao confronto*, vez que impossibilita ao defensor formular indagações relacionadas a eventuais hostilidades ou preconceitos, bem como sobre a confiabilidade da testemunha, além de outras medidas que visam a demonstrar que o depoimento é inverídico⁹⁸.

A Corte ainda assinalou, ao abordar a legislação chilena de proteção à testemunha, que a análise se limitaria a averiguar se tais medidas processuais constituíram ofensa à cláusula de confronto. Para tanto, promoveu análise do trâmite

⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentença de 29 de maio. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2018

⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentença de 29 de maio. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf> p. 82-83. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 85.

processual em relação aos três recorrentes, dentre eles NORÍN CATRIMÁN, cujas testemunhas prestaram depoimentos incriminatórios.

Cumpra esclarecer que a Corte levou em consideração se o Estado chileno, ante à imprescindibilidade da reserva da identidade das testemunhas, adotou medidas compensatórias ao exercício do *direito ao confronto*, tais como (a) a autoridade judicial deve conhecer a identidade da testemunha e ter a possibilidade de observar seu comportamento durante o interrogatório com o objetivo de formar sua própria opinião sobre a confiabilidade da testemunha e de seu depoimento e (b) deve-se conceder à defesa uma ampla oportunidade de inquirir diretamente a testemunha, em alguma das etapas do processo, sobre questões que não sejam relacionadas à sua identidade ou paradeiro atual, para que a defesa possa apreciar o comportamento da testemunha sob interrogatório, de modo que possa desacreditá-la ou, pelo menos, suscitar dúvidas sobre a confiabilidade do seu depoimento⁹⁹.

Apesar disto, a Corte foi clara em estabelecer que, ainda que se tenham adotado *medidas compensatórias*, a condenação não poderia estar lastreada exclusivamente nas declarações prestadas pelas testemunhas *sem rosto*. Do contrário, a condenação decorreria de prova obtida em patente limitação de direitos do acusado, sendo certo que estas provas somente poderiam ser decisivas na sentença se houvesse outras provas que as corroborassem e quanto maior o grau corroborativo da prova, menor será o grau decisivo da prova obtida pelo testemunho com a preservação da identidade¹⁰⁰.

A Corte então passou à análise do processo contra NORIN CATRIMAN, extraíndo as seguintes conclusões: (a) de início, a Corte verificou a efetividade do controle judicial da *reserva de identidade da testemunha*. No caso em concreto, a decisão do Juiz de Garantias limitou-se a cumprir a solicitação do Ministério Público, que por sua vez se referia a “natureza”, “características”, “circunstâncias” e “gravidade” do caso, sem apontar critérios objetivos que justificassem a medida extrema. A Corte, portanto, concluiu que a decisão carecia de *motivação explícita* e, por conta disso, a decisão não representava um efetivo controle judicial; (b) as

⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentença de 29 de maio. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2018, p. 86.

¹⁰⁰ Ibidem p. 86-87.

medidas compensatórias, no caso e NORÍN CATRIMAN, foram suficientes para salvaguardar o direito de *inquirir as testemunhas contrárias*, isto porque a defesa teve acesso às declarações das testemunhas na fase investigatória, de modo que pudessem ser contestadas. Ademais, a solicitação do Ministério Público foi acompanhada de um envelope com os dados das testemunhas cuja identidade pretendia preservar. As declarações foram prestadas em audiência perante o *Tribunal de Juízo Oral* com a imediação na produção das provas, sendo certo que os advogados puderam inquirir e conhecer a identidade das testemunhas (condicionado a não revelar aos réus) e (c) a Corte verificou se a decisão condenatória foi lastreada unicamente ou em grau decisivo nas declarações das testemunhas sem rosto¹⁰¹.

Em relação ao item “c” supra, a Corte, sob a ótica do processo em desfavor de NORÍN CATRIMAN, chegou às seguintes conclusões: (a) em relação a NORÍN as declarações das testemunhas *sem rosto* não foram utilizadas para o decreto condenatório e (b) as medidas compensatórias apresentadas foram consideradas suficientes e adequadas, tendo em vista que ao defensor de NORÍN foi facultado inquirir e conhecer a identidade das testemunhas¹⁰².

Portanto, a Corte concluiu que, ao menos em relação a NORÍN CATRÍMAN, a *cláusula de confronto* foi respeitada, vez que as declarações testemunhais não foram decisivas ao decreto condenatório.

Registre-se o posicionamento da Corte em relação ao também recorrente ANCALAF LLAUPE, cuja análise acerca da violação da *cláusula de confronto* se deu por outro viés.

Em relação à LLAUPE, a Corte levou em consideração o caráter inquisitivo do processo. O réu, além de privado da identidade da testemunha, não pôde ter conhecimento do conteúdo das declarações, por conta da *etapa sumária*, que também ocasionou a impossibilidade de acesso aos cadernos reservados. Quando se deferiu o acesso às cópias do expediente, sem qualquer justificativa, foi negado o acesso aos cadernos reservados. O caráter sigiloso da etapa sumária é assegurado pelos arts. 76 e 78 do Código chileno e esta característica traz consequências ao

¹⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentença de 29 de maio. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2018, p. 87-88.

¹⁰² Ibidem, p. 87.

controle judicial, vez que o desconhecimento do acusado das atuações o impedia de solicitar o controle de sua legalidade, pois só pôde verificar em momento posterior ao qual teve acesso aos autos da etapa sumária.

Isso significa que a defesa de LLAUPES somente teve conhecimento indireto e parcial do teor das declarações das testemunhas *sem rosto* por meio da sentença condenatória, proferida em 2003. Cumpre destacar que na sentença não foram transcritas integralmente as declarações e sim as partes que serviam ao decreto condenatório pelo crime de terrorismo. A defesa, por sua vez, requisitou que sete testemunhas fossem convocadas a declarar, mas o pedido foi indeferido sem a devida fundamentação, pois a decisão apenas consignou que [o pedido] não era admissível naquele momento. Um novo pedido foi formulado para que ao menos duas testemunhas, identificadas, fossem ouvidas, para explicar se haviam visto direta e pessoalmente LLAUPES incendiando caminhões. O pedido foi deferido, mas só uma foi intimada, pois a outra se negou a assinar a intimação, sob a alegação de que não possuía recursos financeiros para se deslocar até o local em que prestaria depoimento¹⁰³.

Vale dizer que, no caso em testilha, a LLAUPES restava produzir uma *prova negativa*, ou seja, de que ele não teria cometido os atos de terrorismo. Neste particular, o posicionamento da Corte é no sentido de que o Estado não pode se beneficiar do fato de o requerente não conseguir produzir as provas, que, amiúde, dependem da cooperação do próprio Estado. O Estado não se desincumbiu de demonstrar que diligenciou no sentido de assegurar que a defesa pudesse inquirir as referidas duas testemunhas.

Portanto, o desfecho do processo foi a condenação de LLAUPES com base no depoimento de quatro testemunhas *sem rosto*. Desta forma, a Corte concluiu que o depoimento das testemunhas teve peso decisivo na condenação. Deste modo, em relação a LLAUPES, a Corte entendeu que houve violação ao *direito ao confronto*, previsto no *art. 8º.2.f* da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentença de 29 de maio. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf>. Acesso em 21 de setembro de 2018, p. 97-98.

1.6 O direito ao confronto na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

O artigo 6º.3.d da Convenção Europeia de Direitos Humanos resguarda o *direito a um processo justo*. O “item 1” destaca, essencialmente, que qualquer pessoa tem o direito a ver sua causa examinada de modo equitativo, por um tribunal independente e imparcial, publicamente e dentro de um prazo razoável. Prosseguindo, o “item 3” elenca uma série de *direitos mínimos do acusado*, dentre os quais, interessa a esta dissertação a “alínea d”, que assegura ao acusado o direito de “Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.

Deste modo, a exemplo do que ocorre na Convenção Americana de Direitos Humanos, se verifica no sistema Europeu ausência de precisão terminológica em relação ao *direito ao confronto* que, como visto supra, deve ser compreendido como um direito fundamental e de cariz transnacional. Significa dizer que a Corte Europeia não estabelece um conteúdo específico do *direito ao confronto*. Isto faz com que haja certa flexibilidade na aplicação por parte dos Estados membros. Além disso, merece nota o fato de que o Tribunal, rotineiramente, analisa as supostas violações de direitos, conjugando as previsões gerais do “item 1” com os *direitos mínimos* do “item 3”. Tal fato demonstra que a Corte tem a preocupação de verificar se o processo como um todo foi justo e também de avaliar se eventuais restrições ao *direito ao confronto* tornaram o processo, como um todo, injusto¹⁰⁴.

Ao ensejo, cumpre destacar que a conceituação de testemunha adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos é abrangente e transcende o conceito clássico de testemunha. Deste modo, o TEDH não se encontra vinculada à definição de testemunha adotada por cada Estado Membro. A partir dos *cases* inframencionados, é possível verificar que o conceito de testemunha adotado pela Corte coincide com o conteúdo do *direito ao confronto*, ou seja, indenpendente do *status* formal/processual atribuído, aquele que prestar *declaração incriminadora* será considerado testemunha, ainda que de fato seja a própria vítima ou perito, etc.

¹⁰⁴ BRAGANOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao Confronto e declarações do Corréu**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 233.

1.6.1 Unterpertinger v. Austria (1986) – primeiro julgamento por alegada violação ao direito ao confronto

O senhor UNTERPERTINGER foi um cidadão austríaco acusado de agressão contra sua esposa e sua enteada no ano de 1979. Por outro lado, ele alegou que a agressão teria partido delas, agindo, portanto, em autodefesa. De todo modo, importam a esta dissertação os desdobramentos jurídicos do caso, muito mais que seus pormenores fáticos.

O caso chegou ao Tribunal Regional em 1980 (Innsbruck), que convocou a senhora UNTERPERTINGER e sua filha, a senhorita TAPPEINER, ocasião em que foram notificadas que poderiam optar por não depor, em virtude de previsão legal¹⁰⁵. A despeito disso, a acusação apresentou cópia de seus depoimentos, colhidos ainda na fase investigatória¹⁰⁶.

O Tribunal Regional, com base nos elementos apresentados pela acusação, condenou o senhor UNTERPERTINGER a seis meses de prisão devido às agressões narradas por sua esposa e sua enteada.

Houve interposição de recurso de apelação endereçado à Corte Regional. O fundamento do apelo era a nulidade da sentença condenatória, com fulcro no art. 281, nº 1, do Código de Processo Penal, vez que as declarações prestadas pela esposa e pela enteada na fase investigatória serviram como elemento essencial à condenação de UNTERPERTINGER. Além disso, o apelo ainda destacou que a esposa e a enteada não foram avisadas, quando depuseram na fase investigatória, do direito de não prestar declarações contra um familiar. A despeito disso, a condenação foi mantida.

UNTERPERTINGER submeteu o caso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, tendo como argumento a violação ao art. 6º.3.d. O requerente alegou que a condenação se deu exclusivamente com base nas declarações prestadas por sua esposa e sua enteada à polícia, posteriormente lidas em audiência pela acusação.

O TEDH destacou que a leitura por si só dos depoimentos prestados em sede policial pela esposa e pela enteada de UNTERPERTINGER não tinha o condão de

¹⁰⁵ O Código de Processo Penal vigente à época dispensava que membros da família depusessem contra o acusado, conforme art 152.

¹⁰⁶ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Unterpertinger v. Austria. 24/11/1986, Series A no. 110. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/adb0ea/pdf/>>. Acesso em: 01 de outubro de 2018. p. 6.

macular o art. 6º da Convenção. Contudo, o Tribunal apontou que, no caso em concreto, apesar da existência de outros elementos de prova¹⁰⁷, as declarações foram fator decisivo para condenação, violando a garantia geral do um processo justo e, via de consequência, violando o *direito mínimo* de “*Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação*”¹⁰⁸.

Merece destaque o fato de a sentença do TEDH apresentar conteúdo sintético, dedicando apenas duas páginas à violação do art. 6º conjugado com o item 3.d. Assim, lamentavelmente, não houve a sistematização de requisitos mínimos que determinassem, em casos vindouros, eventual violação à cláusula de confronto.

1.6.2 Isgró v. Italia (1991) – utilização de declarações extrajudiciais e ausência de violação à cláusula de confronto

SALVATORE ISGRÓ foi preso em novembro de 1978 juntamente com outras pessoas, todos acusados pelo sequestro e morte de um jovem rapaz, sequestrado em 09 de novembro de 1978 e encontrado morto no dia seguinte em decorrência de *overdose* de clorofórmio.

A acusação se baseou no depoimento de um partícipe, solicitado por ISGRÓ e demais para vigiar a vítima. Entretanto, este indivíduo, Senhor D., resolveu colaborar com a polícia, fornecendo uma série de informações sobre os preparativos do sequestro, bem como alegou que sofreu ameaças, pois não queria participar do crime. ISGRÓ admitiu conhecer o Senhor D., porém, negou tê-lo arregimentado para participar do crime.

Em uma espécie de acareação entre ISGRÓ e o Senhor D., cada qual manteve sua versão dos fatos, sendo certo que não foram acompanhados por advogados. Em 9 de janeiro de 1980, ISGRÓ e mais nove acusados foram encaminhados para julgamento pelo Tribunal Distrital de Monza.

¹⁰⁷TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Unterpertinger v. Austria. 24/11/1986 Series A no. 110. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/adb0ea/pdf/>>. Acesso em: 01 de outubro de 2018, p. 11.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 12.

Perante o Tribunal de Monza, o procurador requereu a oitiva do Senhor D., que, apesar dos esforços, não foi localizado. Deste modo, a acusação se valeu dos depoimentos prestados pelo Senhor D. à Polícia Italiana e isto se deu em virtude de permissão contida no art. 462, §3º do Código de Processo Penal Italiano.

Em 05 de março de 1980, o Tribunal Distrital de Monza condenou SALVATORE ISGRÓ a 30 anos de prisão. O acórdão condenatório se valeu largamente das declarações do Senhor D.

Com base em relatos de aparições do Senhor D., que teria sido visto pela esposa de ISGRÓ, o Tribunal de Recursos de Milão determinou que o Senhor D. fosse ouvido como testemunha, porém, apesar dos esforços, não foi possível encontrá-lo. Em 01 de dezembro de 1981, o Tribunal de Apelação confirmou a condenação e reduziu a pena para 20 anos. O Tribunal reafirmou a importância do depoimento prestado pelo Senhor D. e chegou à conclusão de que estaria ausente por medo de sofrer represálias.

ISGRÓ recorreu à Corte de Cassação alegando que sua condenação se baseou em depoimento prestado na fase investigatória, sem que seu patrono tivesse a oportunidade de *confrontar* a testemunha ao longo do processo. O recurso de ISGRÓ, entretanto, foi negado sob o argumento de reexame de provas, vedado à Corte de Cassação.

SALVATORE ISGRÓ recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sustentando violação ao art. 6º da Convenção. O TEDH entendeu que neste caso não houve violação ao *direito ao confronto* pela utilização de declarações prestadas na fase extrajudicial sem que a testemunha tivesse comparecido em juízo para depor.

O TEDH consignou que a admissão probatória consistia em questão tipicamente de regulação interna por cada Estado¹⁰⁹. Demais disso, a Comissão destacou que as autoridades italianas empenharam esforços em localizar o paradeiro do Senhor D. para que depusesse como testemunha. Desta forma, o TEDH, a fim de verificar se o processo fora justo, levou em conta que o Estado não se manteve inerte na busca do paradeiro do Senhor D. Destaque-se o reconhecimento pelo TEDH, à luz do art. 6.3.d, do *status* de testemunha do Senhor

¹⁰⁹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Unterperinger v. Austria. 24/11/1986, Series A no. 110. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/adb0ea/pdf/>>. Acesso em: 01 de outubro de 2018. p. 8.

D. a despeito de seu suposto envolvimento no caso, já que suas declarações foram lidas e utilizadas em um contexto de prova testemunhal.

Deste modo, em contraposição ao que se verificou em UNTERPERTINGER VS. AUSTRIA, o TEDH apontou os motivos pelos quais, apesar da ausência da testemunha, o processo era considerado justo como um todo, à luz do artigo 6º da Convenção: (a) a testemunha não era anônima¹¹⁰; (b) O Juízo da instrução propiciou que ISGRÓ confrontasse o Senhor D., formulando-lhe perguntas diretamente¹¹¹; (c) as autoridades empenharam esforços em localizar o paradeiro do Senhor D.¹¹² e (d) a condenação não se baseou exclusivamente no depoimento do Senhor D., pois havia outros testemunhos levados em conta pelo Juízo sentenciante¹¹³.

1.6.3 Lucá v. Italia (2001) – aplicação da *sole or decisive rule*

Em 25 de outubro de 1992, dois indivíduos, N. e C., foram presos pela polícia da Calábria por porte de cocaína. Naquele mesmo dia e no subsequente, N. foi inquirido pela polícia e também pelo promotor local. N. informou que a substância foi adquirida de C. para uso próprio e que o restante da droga pertenceria também a C. N. disse ainda que no dia da prisão foi acompanhado de C. a algumas casas, no intuito de adquirir drogas. Chegaram então a uma residência em que o proprietário, LUCÁ, lhes forneceria 500 gramas da droga, porém a entrega só seria feita dias depois.

Importante registrar que N. estava sendo ouvido como uma espécie de informante e não com réu (*persona che può riferire circostanze utili ai fini delle indagini*). Por conta disto, prestou depoimento desassistido por um advogado. Entretanto, o promotor entendeu que N. deveria ser interrogado na qualidade de suspeito (*indagato*)¹¹⁴ e nesta qualidade foi inquirido pelo promotor público.

Em fevereiro de 1993, o juiz da instrução determinou que C., bem como dois outros investigados, A. e T., fossem submetidos ao Tribunal Local por tráfico de

¹¹⁰ Ibidem, p. 9.

¹¹¹ Ibidem, p. 9.

¹¹² Ibidem, p. 9.

¹¹³ Ibidem, p. 9.

¹¹⁴ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Lucá v. Italia. no. 33354/96, ECHR 2001. Disponível em: <file:///C:/Users/Diego%20do%20Valle/Downloads/001-57653%20(1).pdf>. Acesso em: 01 de outubro de 2018. p. 2.

drogas, sendo que A. foi acusado também de porte ilegal de arma. Em relação a N., instaurou-se procedimento em apartado por *posse de drogas (possession of drugs)*.

Durante a instrução, N. foi convocado para prestar depoimento na qualidade de testemunha acusada em processo conexo. Entretanto, se socorrendo ao Art. 220 do Código de Processo Penal, optou por permanecer em silêncio.

O Tribunal condenou, em março de 1994, LUCÁ, C., A. e T., por tráfico de drogas. A sentença tomou como principal evidência as declarações prestadas por N. ao promotor público, na qualidade de investigado. O Tribunal sopesou a personalidade de N., a espontaneidade e riqueza de detalhes do depoimento, concluindo que seu depoimento continha a credibilidade necessária.

Entretanto, o Tribunal considerou também que LUCÁ já havia sido condenado anteriormente por tráfico de drogas, além de se encontrar em *liberdade condicional (sorveglianza speciale)*, ficando proibido de se ausentar de casa após as 20h. Considere-se também que a quantidade de cocaína apreendida com C. demonstrava que ele fazia contatos regulares com traficantes.

As demais instâncias do judiciário italiano foram acionadas por LUCÁ, porém a sentença foi mantida. LUCÁ recorreu ao TEDH. O Tribunal novamente destacou que não lhe compete avaliar se determinado elemento de prova deveria ser admitido¹¹⁵, já que a regulamentação dos meios de provas admitidos compete ao direito interno. Conforme já asseverado, ao Tribunal compete a analisar se o procedimento, como um todo, foi justo (à luz do art. 6º)¹¹⁶.

Nas questões afetas ao *direito ao confronto*, o acórdão do TEDH, fixou uma série de considerações, a saber: a prova (oral) deve, via de regra, ser produzida em audiência pública, na presença do acusado em virtude do contraditório e, como geral geral, o art. 6.3.d, impõe que o acusado, ao menos em algum momento da persecução, possa confrontar a testemunha contra si¹¹⁷.

O TEDH, entretanto, enfatizou a possibilidade de mitigação do *direito ao confronto*, tais como quando a testemunha se recusa a depor em sede judicial em virtude de receio quanto à sua integridade física (casos que envolvam a máfia, por

¹¹⁵ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Lucá v. Italia. no. 33354/96, ECHR 2001. Disponível em: <file:///C:/Users/Diego%20do%20Valle/Downloads/001-57653%20(1).pdf>. Acesso em: 01 de outubro de 2018. p. 8.

¹¹⁶ Ibidem, p.8.

¹¹⁷ Ibidem, p.8.

exemplo). Entretanto, se foi possibilitado ao acusado confrontar o depoimento, seja na fase preliminar, não haverá violação do art. 6.3.d.

Entretanto, se a condenação é fundamentada exclusivamente em depoimento *não confrontado*, seja durante a investigação, seja ao longo do processo judicial, haverá uma restrição de direitos incompatível com as garantias do art. 6º, notadamente a garantia do *direito ao confronto*. Ademais, o tribunal consignou que o fato de o depoimento incriminatório ter sido prestado por um corréu e não por uma testemunha é irrelevante, já que para o tribunal o conceito de testemunha possui um *significado autônomo*. Em outras palavras, se determinado depoimento for fundante para uma condenação (ainda que não prestado por uma testemunha *stricto sensu*), esta prova de acusação estará sujeita às garantias do art. 6º.

Por fim, o TEDH estabeleceu, de modo inédito, o critério *sole or decisive*. Isso quer dizer que, para se verificar eventual violação ao *direito ao confronto*, a condenação deve se basear, unicamente ou de forma decisiva, em declarações prestadas e que não puderam ser confrontadas em qualquer fase da persecução penal, fato que se verificou com LUCÁ, cuja condenação se deu unicamente com base nas declarações de N.¹¹⁸.

1.6.4 Al-Khawaja e Tahery v. Reino Unido (2011) – sole or decisive rule: atrito entre o TEDH e suprema corte do Reino Unido

O Sr. AL-KHAWAJA e o Sr. TAHERY recorreram ao TEDH, cujo julgamento se deu em dezembro de 2011. O primeiro demandante, AL-KHAWAJA, foi acusado de molestar duas pacientes enquanto se encontravam submetidas à sessão de hipnose. As agressões teriam ocorrido nos dias 03 e 12 de junho de 2003.

Note-se que, por motivos alheios à agressão, uma das vítimas, Senhora S.T., cometeu suicídio antes do julgamento pela justiça britânica. Porém, meses antes, havia prestado declarações à polícia, ocasião em que narrou a suposta agressão. Apontou, ainda, duas amigas que também teriam sido abusadas por AL-KHAWAJA.

¹¹⁸ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Lucá v. Italia. no. 33354/96, ECHR 2001. Disponível em: <file:///C:/Users/Diego%20do%20Valle/Downloads/001-57653%20(1).pdf>. Acesso em: 01 de outubro de 2018. p. 8.

Em março de 2004, foi realizada uma audiência preliminar, ocasião em que as declarações de S.T. foram lidas ao Júri por decisão do juiz, apesar argumentos defensivos. Além disso, foram ouvidos amigos de S.T. (B.F. e S.H.) e o médico de S.T. também discursou a respeito de uma carta redigida em nome de S.T. e endereçada às autoridades, contendo narrativa em desfavor de AL-KHAWAJA. Outras mulheres também relataram que o requerente havia feito sugestões impróprias durante as sessões de hipnose, configurando, segundo a acusação, uma *similar fact evidence*, algo como uma prova de fato similar.

O juiz de primeiro grau admoestou os jurados sobre a leitura das declarações de S.T., destacando que tais declarações não se confundiriam com eventual declaração *face a face* aos jurados. O juiz ponderou ainda que S.T. tampouco fora interrogada e confrontada pelo advogado de defesa:

It is very important that you [the jury] bear in mind when considering her [S.T.'s] evidence that you have not seen her give evidence; you have not heard her give evidence; and you have not heard her evidence tested in cross-examination [by counsel for Mr Al-Khawaja], who would, undoubtedly, have had a number of questions to put to her."¹¹⁹

O magistrado ponderou ao júri acerca das inconsistências entre as declarações de S.T. e S.H. e que os jurados podiam levar em conta outros elementos (declarações de V.U. e das outras mulheres que depuseram), porém, deveriam percorrer o seguinte caminho: avaliar a possibilidade de conluio entre as declarantes; sopesar se quatro pessoas, que prestaram declarações independentes, poderiam estar mentindo. Os jurados, em duas oportunidades, requisitaram mais esclarecimentos a respeito das declarações de S.T.

Em 30 de novembro de 2004, AL-KHAWAJA foi condenado, por unanimidade, a quinze meses de prisão por violência sexual. O caso foi levado ao Tribunal de Apelação tendo por fundamento que o juiz da audiência preliminar deixou de prestar os esclarecimentos necessários aos jurados, quando da admissão das declarações de S.T. O recurso foi julgado e teve provimento negado em 06 de setembro de 2005. A Câmara dos Lordes, em 2006, também recusou o recurso de AL-KHAWAJA.

TAHERY, por seu turno, foi acusado de lesão corporal. Em maio de 2004, houve uma briga entre S. e alguns curdos. TAHERY inteveio no sentido de conter as agressões e proteger S. Horas após a contenda, TAHERY se encontrou novamente com S., em um restaurante, e o chamou para um conversa em um beco próximo,

¹¹⁹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Al-Khawaja e Tahery v. Reino Unido. Nºs. 26766/05 e 22228/06, ECHR 2009. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/45f9d8/pdf/>>. Acesso em: 03 de outubro de 2018. p. 4.

onde se iniciou um desentendimento quanto à briga anterior. S. reconheceu ter agredido TAHERY, que teria respondido com um empurrão e, logo após, percebeu ter sido apunhalado pelas costas e, embora não tivesse visto, o agressor só poderia ser TAHERY.

Outras pessoas testemunharam o desentendimento entre S. e TAHERY, inclusive os curdos da briga anterior, mas S. não soube dizer quem estaria em sua retaguarda. S. afirmou às autoridades ter sido agredido por TAHERY, que negara alegando ter visto duas pessoas negras esfaquearem S. TAHERY foi preso em 03 de novembro de 2004. Interrogado, voltou a negar ter esfaqueado S., insistindo que os responsáveis foram os dois homens negros. TAHERY foi então denunciado por lesão corporal dolosa.

O julgamento se iniciou em 2005, em Blackfriars, e TAHERY manteve sua versão à promotoria, ou seja, de que não esfaqueou S. S., por sua vez, manteve a versão de que TAHERY o chamara para o beco, onde se desentenderam, e que logo após foi esfaqueado, sem, contudo, perceber o autor das punhaladas. Entretanto, S. não compareceu ao julgamento amparado pela legislação inglesa, pois receava depor perante os jurados por conta de possíveis represálias da comunidade iraniana, já que recebera diversas ligações ameaçadoras.

Em abril de 2005, TAHERY, por maioria, foi condenado por lesão corporal e a pena imposta foi de nove anos de prisão. Irresignado, recorreu às instâncias do judiciário britânico, porém a condenação foi mantida.

O caso chegou ao TEDH, que decidiu à luz da *sole or decisive rule*, destacando que, em ambos os casos, a condenação se pautou em elementos não confrontados (ao menos em algum momento) por AH-KHAWAJA e TAHERY, o que tornou os processos injustos sob ótica do art. 6º da Convenção. Para além disso, o TEDH estabeleceu critérios de aferição de eventual violação ao art. 6º da Convenção, que engloba o *direito ao confronto*. BRAGAGNOLO atribui a tais critérios a nomenclatura de TESTE DE AL-KHAWAJA para verificação da violação do *direito ao confronto*, no caso de testemunhas ausentes. Segundo o autor, são três etapas, a saber: (a) bom motivo para ausência; (b) verificação da *sole or decisive rule*; e (c) elementos de contrabalanceamento¹²⁰.

¹²⁰ BRAGANOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao Confronto e declarações do Corréu**. São Paulo: 2018. p. 244.

O acórdão traz considerações sobre as etapas do supradito teste de AL KHAWAJA. Em relação à primeira etapa, TEDH é claro em afirmar que deve haver um excepcional motivo para a ausência da testemunha, isto porque a prova deve ser produzida de forma oral e em observância ao contraditório. O acórdão destaca que a regra geral é o comparecimento e consequente depoimento da testemunha no julgamento. No caso em testilha, o TEDH levou em consideração a ausência por morte (AL-KHAWAJA) e por medo (TAHERY). Em se tratando de morte da testemunha, alternativa não restará senão o aproveitamento de suas declarações. Por outro lado, quando a ausência se dá por medo, o julgador deve proceder a uma análise mais detida. O TEDH promove uma distinção entre dois tipos de medo, a saber, um medo *específico* por conta de ameaças do réu, por exemplo, e um medo *genérico* por conta de eventuais represálias pós-depoimento¹²¹.

Deste modo, sendo o medo da testemunha atribuível ao acusado, seu depoimento em juízo poderá ser dispensado, bastando a apresentação de suas declarações, ainda que tal prova seja decisiva contra o acusado. O TEDH assevera que proceder de modo diverso seria permitir ao acusado se beneficiar do medo infligido naquela testemunha. Entretanto, não basta a alegação de medo para dispensa da testemunha. O Tribunal Local deve averiguar se há razões objetivas para tal medo e se há também elementos probatórios que sustentem essas razões objetivas, já que admitir declarações de testemunhas que não foram confrontadas, seja na fase preliminar, seja no processo, constitui uma medida extrema, somente viável quando todas as demais foram esgotadas¹²².

Na sequência, o TEDH passa à análise da *sole or decisive rule*. Inicialmente, o Tribunal reiterou que não é de sua atribuição avaliar os mecanismos de produção da prova testemunhal de cada Estado membro da União Europeia. Em outras palavras, os critérios de admissão da prova ficam a cargo do ordenamento interno do Estado membro. O TEDH destaca que o réu tem direito a um julgamento no qual tenha efetiva oportunidade de confrontar as declarações contra ele, de modo a desafiar a credibilidade e testar a veracidade de tais depoimentos e isto só é possível por meio

¹²¹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Al-Khawaja e Tahery v. Reino Unido. N.ºs. 26766/05 e 22228/06, ECHR 2009. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/45f9d8/pdf/>>. Acesso em: 03 de outubro de 2018. p. 43.

¹²² Ibidem, p. 44.

do exame oral na presença da testemunha¹²³. Segundo o TEDH, a *sole evidence* se traduz como a única prova em desfavor do acusado, ao passo que a *decisive evidence* constitui uma prova contundente do fato criminoso.

O entendimento firmado pelo TEDH no caso AL-KHAWAJA E TAHERY V. REINO UNIDO reverberou no judiciário britânico, desencadeando a inobservância expressa do precedente firmado pelo TEDH. A *subversão* ao precedente se encontra cristalizada no *case* R. V. HORNCastle E OUTROS. A insurgência basicamente se deu pelo fato de a Suprema Corte Britânica entender que a *sole or decisive rule* é voltada para os ordenamentos continentais e não deve ser absoluta, já que na Inglaterra há muito está sedimentada a doutrina da *hearsay evidence*. Por outras palavras a Suprema Corte Britânica operou uma redução do *direito ao confronto* à verificação da confiabilidade (*reliability*) e isto, com visto nos precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, esvazia o conteúdo do *direito ao confronto*¹²⁴.

1.7 O *direito ao confronto* no Ordenamento Pátrio

Brasil, consante visto anteriormente, na qualidade de signatário da CADH, do PIDCP e do ERTPI, incorporou estes tratados ao ordenamento com *feição constitucional*, porquanto versam sobre Direitos Humanos. Deste modo, é lícito concluir que o *direito ao confronto*, no cenário jurídico brasileiro, goza de *status* constitucional.

No entanto, são necessárias algumas notas sobre o sistema da *Common Law* e a lógica *adversarial* na produção das provas, uma vez que o sistema jurídico adotado pelo Brasil é o sistema romano-germânico, ou *Civil Law*. No cotejo destes dois grandes sistemas, uma das distinções mais marcantes reside no fato de a *Civil Law* adotar um direito escrito, ao passo que a *Common Law* se baseia nos costumes e na jurisprudência (sistema de precedentes). LEONARDO GRECO preceitua que na *Civil Law* a jurisdição é exercida por juízes profissionais, escolhidos por critérios

¹²³ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Al-Khawaja e Tahery v. Reino Unido. Nºs. 26766/05 e 22228/06, ECHR 2009. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/45f9d8/pdf/>>. Acesso em: 03 de outubro de 2018. p. 45.

¹²⁴ Cf. SUPREMA CORTE BRITÂNICA. Caso R. v. Horncastle e outros. [2009] EWCA Crim 964. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/uksc_2009_0073_judgment.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

técnicos; na *Common Law*, predominam juízes leigos ou de investidura política¹²⁵. Outra distinção relevante a esta dissertação diz respeito à gestão da prova. Explica-se, no sistema da *Common Law*, que o juiz atua como um moderador, uma vez que tem grande protagonismo na condução do processo. O juiz, portanto, atua como um *fiscal* do procedimento e a este modelo de gestão da prova dá-se o nome de *sistema adversarial*. Segundo CUNHA:

A ingerência das partes e advogados alcança até mesmo a forma pela qual se dá a escolha dos jurados, pois têm ampla liberdade de avaliar o perfil personalístico dos candidatos a integrar o júri. Essa leitura psicológica da personalidade dos jurados permite aos demandantes a ponderação, antes da escolha dos integrantes do júri, acerca dos possíveis resultados do veredicto¹²⁶.

As partes processuais, naquele sistema, têm grande protagonismo probatório e sendo um sistema pautado pela oralidade, resta natural o *status* constitucional atribuído ao *direito ao confronto*, já que a produção da prova oral representa, por assim dizer, o ápice do processo penal. Assim, não se poderia sonegar ao acusado o direito de confrontar a fonte de saber testemunhal contrária a si. A toda evidência, em nosso sistema a gestão probatória conta com grande protagonismo do juiz e as partes não se sentem *donas* das provas e isto explica, em parte, porque o *direito ao confronto* não integra o cotidiano forense brasileiro.

Por outro lado, DANIEL BRAGAGNOLLO, em recente dissertação submetida à USP acerca *direito ao confronto e declarações do corréu*, assevera que, a partir de uma análise da Constituição Federal, bem como do Código de Processo Penal e pautada pelo conteúdo do *direito ao confronto*, seria possível extrair características inerentes ao instituto – de modo a demonstrar sua incidência e adequação ao ordenamento jurídico brasileiro –, a saber: (i) publicidade do ato de produção da prova; (ii) conhecimento da identidade do declarante; (iii) presença do acusado; (iv) presença do julgador; (v) dever de veracidade do declarante; e (vi) inquirição direta da fonte de prova.

A publicidade encontra-se elencada no rol dos *direitos e garantias individuais* do cidadão, presente na Constituição da República de 1988, precisamente no art. 5º, incisos XIV e LX, que dispõem, respectivamente: “é assegurado a todos o acesso à informação, e a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a

¹²⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 5.

¹²⁶ CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre o sistema adversarial norteamericano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça? In: **Revista de Processo**, repro vol. 249 (novembro 2015) direito estrangeiro e comparado – generalidades, 2015.

defesa da intimidade ou o interesse social exigirem”. Assim, o corolário lógico do *direito à informação (inciso XIV)*, dentre outros¹²⁷, é a publicidade dos atos processuais. Segundo FERRAJOLLI, publicidade, aliada à oralidade e ao contraditório constituem os pilares da estrutura acusatória do processo penal¹²⁸. Esta característica do *direito ao confronto* encontra-se assegurada pelo Código de Processo Penal, visto que a publicidade é a regra dos atos processuais, excepcionalmente mitigada pelos arts. 20, 483 e 792, §2º do CPP.

Já em relação à *identidade do declarante*, o Código de Processo Penal, em seu art. 203, estabelece que:

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

De igual modo, os arts. 185, 187, 201 e 205 asseguram a identificação do declarante (*testemunha em sentido amplo, conforme conteúdo do direito ao confronto*). Os primeiros cuidam da qualificação do acusado que comparecer em juízo da primeira parte do interrogatório – sobre a pessoa do acusado. Os dois últimos cuidam da qualificação do ofendido e do procedimento para esclarecer dúvidas no tocante à identidade da testemunha, respectivamente. Portanto, a regra que vige no Direito Processual Penal brasileiro é a da identificação e qualificação do declarante, havendo restritas exceções.

Em relação à *presença do acusado*, conforme assinalado, este consectário do *direito ao confronto* está atrelado ao exercício da ampla defesa e, portanto, demanda também a presença do defensor técnico. A presença do acusado é contemplada pelo Código de Processo Penal, no capítulo destinado ao *Acusado e seu Defensor*. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a importância da presença do acusado, conforme se infere do *Habeas Corpus* 111.728, no qual se anulou a condenação de dois acusados que não compareceram à audiência de oitiva das testemunhas. Entretanto, o STF não reconheceu a nulidade em virtude da violação do *direito ao confronto*, mas sim por obstrução à garantia da ampla defesa,

¹²⁷ À guisa de exemplo, art. 37 da Constituição Federal, que estabelece os princípios norteadores da Administração Pública em geral: Art. 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 111, 2002.

conforme voto condutor da relatora Ministra Cármen Lúcia e sustentado pelo Ministro Celso de Mello. Conforme se verá mais adiante, esta *confusão* conceitual é recorrente nos Tribunais Superiores.

A *presença do julgador* na produção da prova oral está correlacionada ao conteúdo do *direito ao confronto*, considerando que o destinatário da prova é o juiz. Neste sentido, o art. 212 do Código de Processo Penal, contempla a presença física do juiz na produção da prova oral. Outrossim, o juiz poderá formular perguntas sobre fatos não suficientemente esclarecidos quando da inquirição da fonte de prova oral pelas partes, à luz do parágrafo único do art. 212. Demais disso, o art. 213 impõe ao juiz que vede a apreciação pessoal da testemunha concernente aos fatos, salvo quando isto for imprescindível à narrativa dos fatos, conforme inteligência do art. 213. O art. 215, por sua vez, impõe ao juiz o dever de fidelidade às expressões utilizadas pela testemunha.

Este consectário do *direito ao confronto* traz consigo princípios correlacionados à presença do julgador, a saber: *juiz natural; identidade física do juiz e imediação*. A garantia do juiz natural possui duplo aspecto constitucional. O primeiro assegura que ninguém será processado senão pela autoridade competente (art. 5º, inciso LIII), ao passo que o segundo veda a criação de tribunais de exceção (art. 5º, inciso XXXVII). O juiz natural é garantia inerente ao devido processo legal e entende-se ser aquele que, definido segundo todos os critérios que operam ao longo do processo de concretização de competência, quer fixados pela Constituição, quer por leis federais ou mesmo por leis de organização judiciária, seja o competente para o processo¹²⁹. Ainda que o acusado seja processado perante seu juiz natural, a identidade física do julgador, ou imutabilidade do juiz, constitui outra garantia imprescindível, contemplada pelo art. 399, §2º, que dispõe que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Vale dizer que a identidade física do juiz guarda indissociável relação com o princípio da imediação que, segundo DÉCIO ALONSO, representa um *método de conhecimento*¹³⁰. O autor acrescenta que este princípio visa a assegurar a mais íntima relação possível entre o julgador e a

¹²⁹BADARÓ, Gustavo Henrique. A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 122, p. 17, 20163.

¹³⁰ALONSO GOMES, Décio Luiz. **Imediação Processual Penal**: definição do conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 9, 2013. Ibidem, p. 14.

totalidade das provas, evitando que as provas cheguem ao julgador sem que se interponham outras pessoas que possam desfigurar os dados transmitidos.

O *dever de veracidade* do declarante decorre do art. 203 do Código de Processo Penal, que dispõe:

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Entretanto, tendo em vista o conceito amplo de testemunha adotado pelo *direito ao confronto*, cumpre ressaltar que, em nosso ordenamento, o dever de veracidade se impõe somente ao depoimento da testemunha, em sua acepção clássica. Deste modo, o depoimento pericial, o depoimento do ofendido e interrogatório do acusado não se encontram sob a égide do dever de veracidade.

Há ainda o consectário da *inquirição direta da fonte de prova*, que assegura à defesa técnica a formulação de perguntas à fonte de prova, de modo contemporâneo à sua produção. Neste sentido, o art. 204 do Código de Processo Penal determina que o depoimento testemunhal seja prestado de forma oral, sendo vedado à testemunha apresentá-lo por escrito. Merece registro o procedimento probatório adotado pelo Código de Processo Penal em relação à produção da prova testemunhal, regulado pelo art. 212, cuja atual redação dispõe: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”. O atual procedimento probatório, conjugado com a regra do art. 217 do Código de Processo Penal, assegura, desta forma, a observância do *direito ao confronto*, ainda que se possa extrair aplicabilidade *mínima* de seu conteúdo.

Cumpre mencionar que o único diploma legal brasileiro a fazer menção expressa ao *direito ao confronto* é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), cujo art. 111 prevê uma série de garantias à criança e ao adolescente, dentre os quais (inciso II) a “igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa”.

Por fim, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, no entanto, é incipiente em relação ao tema “*direito ao confronto*”. Em busca realizada nos repositórios jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal,

foram correlacionados três acórdãos a partir das palavras-chave “*direito + confronto*” e “*right + confrontation*”, conforme abaixo:

Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CÓDIGO PENAL, ART. 217-A). JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. EXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

3. Diante de todas as peculiaridades e dificuldades probatórias típicas dos crimes contra a dignidade sexual, não se pode vislumbrar conclusão diversa senão da manutenção do processo penal, haja vista os elementos informativos carreados aos autos do processo penal, que, conquanto não sejam determinantes de autoria e materialidade, aptos à condenação, impõem, ante a obrigatoriedade da ação penal pública, seu prosseguimento. Por corolário, possibilitar-se-á ao dominus litis a prova dos fatos imputados ao réu em instrução judicial, com todas as garantias processuais ao réu, **em observância ao seu direito de confronto**.

4. Recurso desprovido¹³¹.

E também:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CÓDIGO PENAL, ART. 217-A).

JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. EXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Diante de todas as peculiaridades e dificuldades probatórias típicas dos crimes contra a dignidade sexual, não se pode vislumbrar conclusão diversa senão da manutenção do processo penal, haja vista os elementos informativos carreados aos autos, que, mesmo que não sejam determinantes de autoria e materialidade, aptos à condenação, impõem, ante a obrigatoriedade da ação penal pública, seu prosseguimento. Por corolário, possibilitar-se-á ao dominus litis a prova dos fatos imputados ao réu em instrução judicial, com todas as garantias processuais ao réu, **em observância ao seu direito de confronto**.

5. Habeas corpus não conhecido¹³².

Acórdão do Supremo Tribunal Federal:

DESPACHO HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO MISTA. REQUERIMENTO DE INQUIRIRÇÃO DO PACIENTE. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI (NEMO TENETUR SE DETEGERE). PRERROGATIVAS DOS ADVOGADOS. TERMO DE COLABORAÇÃO PREMIADA HOMOLOGADO NESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO. SUBMISSÃO DA QUESTÃO À PRESIDÊNCIA PARA DELIBERAÇÃO.

[...]

Em sexto lugar, **bem se sabe que os eventuais implicados pela colaboração devem ter o direito (e é de todo legítimo que assim o seja) de confrontar a palavra do colaborador. Todavia, o direito de confrontação ('right of confrontation') deve ser exercido sob a égide do devido processo legal, ou seja, em juízo, para que sejam preservadas**

¹³¹ BRASIL. STJ, RHC 52.902/RS, Quinta Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 17.03.2016.

¹³² BRASIL. STJ, HC 320.689/DF, Quinta Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 17.03.2016.

todas as garantias, do colaborador e do implicado. Por óbvio que uma CPI não é a sede adequada para se estabelecer a necessária dialética de confrontação do colaborador. [...] No presente caso, a iminência do constrangimento ilegal se potencializa na exata medida em que ALBERTO YOUSSEF desfruta de peculiar status processual: é colaborador. No entanto, a despeito desta particularidade, o exercício do direito ao silêncio não pode jamais ser interpretado como quebra do acordo, nem tampouco ensejar qualquer medida de retaliação por parte da CPI.'. Assinalam que 'o Advogado tem a prerrogativa profissional de se portar com destemor e altivez, bem como fazer uso da palavra para interceder por seu constituinte, [...] perante órgão de deliberação coletiva da Administração ou do Poder Legislativo'. 3. Para corroborar seus argumentos, os Impetrantes invocam doutrina e precedentes deste Supremo Tribunal (Habeas Corpus n. 100.200, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ 27.8.2010; Habeas Corpus n. 89.269, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 15.12.2006; Habeas Corpus n. 79.812, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 16.2.2001; Habeas Corpus n. 119.941, de minha relatoria, DJ 29.4.2014; e Habeas Corpus n. 79.244, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 24.3.2000). 4. Afirmam preenchidos, na espécie, os pressupostos da liminar, requerendo o seu deferimento, com a seguinte argumentação: 'De um lado, o *fumus boni juris* se consubstancia na verossimilhança das alegações supra-mencionadas, em face do torrencial volume de precedentes emanados do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em contraposição à iminência de constrangimento ilegal pela represália em face do exercício do silêncio de réu COLABORADOR. De outro lado, o *periculum in mora* reside no fato de que a tramitação normal da presente impetração em seus ulteriores termos acabaria frustrando o propósito do remédio heroico na medida em que o constrangimento ilegal aqui indigitado restaria superado pela iminência da realização da sessão perante a Comissão Parlamentar de Inquérito que será no dia 25.08.2015. Destarte, reunidos os pressupostos para a concessão do feito in limine, requer-se digne-se Vossa Excelência, conceder a ordem de habeas corpus, a fim de se reparar o constrangimento ilegal que fustiga o Paciente¹³³.

Consigna-se que a questão relativa à interpretação do *direito ao confronto* levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal será retomada no Capítulo III desta dissertação, ocasião em que o referido direito será abordado no contexto de sua incidência na colaboração premiada.

Por fim, cumpre destacar que a doutrina brasileira, bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores, apresenta um *vácuo* em relação ao estudo do *direito ao confronto*, deixando de abordar o instituto com a profundidade que lhe é devida e, amiúde, abordando *direito ao confronto* como uma mera faceta do contraditório e da ampla defesa. A questão será retomada a seguir.

¹³³ BRASIL. STF, HC 0005781-89.2015.1.00.0000/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, julgado em 24.08.2015.

1.7.1 A equivocada leitura do *direito ao confronto* realizada pela doutrina e jurisprudência

Esta dissertação apresentou, alhures, a distinção entre o contraditório e a ampla defesa e o *direito ao confronto*. O contraditório e a ampla defesa, como visto, podem ser exercitados ao longo de todo o processo, nos mais diversos atos, ao passo que o *direito ao confronto* é destinado à produção da prova oral e o mais relevante: o *direito ao confronto* impõe a presença física do acusado e de seu defensor durante a produção de qualquer elemento de prova oral que seja submetido ao conhecimento do julgador, de modo a permitir a refutação de *declarações incriminadoras*. O contraditório e a ampla defesa, conforme é cediço, podem ser exercidos por meio da defesa técnica, pela lógica da manifestação bilateral.

Apesar disso, rememore-se que o contraditório e o *direito ao confronto* não são antagônicos entre si, pelo contrário, há uma relação de complementariedade entre estes direitos do acusado. É nesta relação de complementariedade que parece residir o equívoco doutrinário e jurisprudencial ao afirmar que o *direito ao confronto* é assegurado pela sistemática da Lei 12.850 de 2013.

VASCONCELLOS, autor de variegadas obras sobre o tema da colaboração premiada, dedica um subcapítulo de sua obra “Colaboração Premiada no Processo Penal” ao *direito ao confronto* na colaboração premiada. O autor, entretanto, aborda o *direito ao confronto* como consectário do contraditório. Segundo esclarece “é pacífico o direito dos coimputados incriminados ao confronto sobre as declarações do colaborador ou ao contraditório sobre eventuais provas por ele indicadas”¹³⁴. Em seguida, VASCONCELLOS se socorre a BORGES DE MENDONÇA, quando este afirma que o colaborador deve ser submeter a uma “prova de fogo” e o contraditório seria a melhor forma de desvelar mentiras do colaborador¹³⁵. No mais, prossegue seu arrazoado apresentando ainda a jurisprudência dos tribunais superiores.

¹³⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 110, 2017.

¹³⁵ Ibidem, p. 110.

Entretanto, não há qualquer dificuldade em se inferir que o direito assegurado ao coimputado delatado é o do exercício do contraditório¹³⁶.

Ao tratar da imposição legal da renúncia do direito ao silêncio pelo colaborador, BADARÓ preleciona que a lei a impõe ao delatado vez que exerce o *direito ao confronto*, à luz do que dispõe o art. 8.2.f da CADH. Segundo BADARÓ “se o acusado pudesse se calar no que fosse perguntado pelo delatado, restaria inviabilizada a exploração contraditória da fonte de prova testemunhal [...] e consequentemente nulificado o direito ao confronto”¹³⁷.

VALDEZ PEREIRA, em sua obra “Delação Premiada: legitimidade e procedimento” trata do direito de *confrontar o colaborador* e sustenta que o “processo penal deve ser compreendido como instrumento de garantia dos acusados, estando de fora da cogitação qualquer hipótese de redução dos seus participantes a objeto das decisões judiciais”¹³⁸. Entretanto, o autor trata o contraditório e o *direito ao confronto* de forma indiscriminada, conforme depreende do texto abaixo:

Neste particular, o contraditório pode ser compreendido pela vertente de Common Law, mais precisamente no sentido conferido pela emenda da Constituição americana que afirma o *right to confrontation*, excluindo, assim, a possibilidade de utilização de declarações inculpatórias não submetidas à cross-examination em juízo¹³⁹.

Ressalte-se que nos demais trabalhos acadêmicos compulsados para a elaboração desta dissertação, não se verificou qualquer menção ao tema do exercício do *direito ao confronto* em sede da colaboração premiada instituída pela Lei 12.850 de 2013.

A leitura feita pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por seu turno, tende, de igual modo, a equiparar o *direito ao confronto* ao contraditório. O debate veio à tona no julgamento do paradigmático Habeas Corpus 147.483/PR. Já na ementa do acórdão, consta a seguinte assertiva: “Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador”. Mais adiante, o acórdão reitera: “nos procedimentos em que figurarem como imputados,

¹³⁶ Cf. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 110-114, 2017.

¹³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou novo modelo de justiça penal não epistêmica. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; CRUZ BOTTINI, Pierpaolo. (Coord.). Colaboração Premiada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 134, 2017.

¹³⁸ VALDEZ PEREIRA, Frederico. **Delação Premiada**. Legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 157.

¹³⁹ Ibidem, p. 157.

os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas”.

O *direito ao confronto* é retomado no Capítulo IV do acórdão, que trata “Da impossibilidade de o coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador impugnar o acordo de colaboração”. A questão relativa à impugnação será tratada mais adiante. Porém, um dos argumentos aos quais o acórdão se socorre para refutar a possibilidade de impugnação do acordo pelo delatado se relaciona ao *direito ao confronto*: “como já exposto, será assegurado ao delatado, pelo contraditório judicial, o direito de confrontar as declarações do colaborador e as provas com base nela obtidas”¹⁴⁰. Logo em seguida, o acórdão dedica algumas páginas ao estudo do contraditório. O *direito ao confronto* é retomado com menção expressa à Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. No entanto, logo em seguida, o acórdão parece tratar de modo indiscriminado os institutos do *right to confrontation* e do *cross-examination* que, conforme visto, não se confundem. Neste particular, o STF aponta que:

A Suprema Corte americana, nos precedentes *Lilly v. Virginia* (98- 5881) 527 U.S. 116 (1999) e *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14, 87 s. ct. 1920, 18 l. ed. 2D 1019 (1967), reconheceu ao corréu o direito a confrontar em juízo, mediante exame cruzado, as declarações incriminatórias de coautor ou partícipe do crime.

Portanto, é lícito afirmar que o Supremo Tribunal Federal no *leading case* no que tange à temática da colaboração premiada prevista na Lei 12.850 de 2013 equiparou o *direito ao confronto* ao contraditório, do mesmo modo que procede a doutrina.

Entretanto, com a devida vênia aos supraditos posicionamentos, o *direito ao confronto* não se confunde com o contraditório (*Cf. Item 2.3.1*) e, portanto, não se pode afirmar que o *direito ao confronto* é exercido na colaboração premiada, isto porque: (a) o saber testemunhal incriminador é, efetivamente, produzido ainda sob o manto do sigilo outorgado pela Lei 12.850 de 2013, sendo certo que o posterior depoimento em juízo representa apenas um ato de *corroboração* daquilo que fora dito alhures; e, (b) a Lei 12.850 de 2013. Além disso, assegura ao coimputado delatado o exercício do contraditório e da ampla defesa, quando do depoimento do colaborador em juízo – quanto a isso não há dúvidas. No entanto, a lei assegura como direito do colaborador prestar depoimento sem manter contato visual com o coimputado delatado e isso anula a possibilidade de exercício do *direito ao*

¹⁴⁰ BRASIL. STF, HC 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, p. 42.

confronto, já que seu conteúdo requer a *presença física do delatado para confrontar face a face* o colaborador.

2 A COLABORAÇÃO PREMIADA

Uma vez conceituado o instituto do *direito ao confronto* e fixadas suas principais premissas, cumpre, neste capítulo, abordar o instituto da colaboração premiada, a partir de sua conceituação, natureza jurídica, valor probatório e demais questões pertinentes ao tema.

2.1 Definição

Em sentido amplo, a delação ocorre toda vez que um réu ao confessar fato criminoso também imputa sua autoria a um terceiro, ou terceiros. Na medida em que legislador incentiva esta prática, por meio da oferta de prêmios consubstanciados em benefícios processuais, aflora a *delação premiada*¹⁴¹.

No que tange à divergência conceitual, se *delação* ou *colaboração*, parte da doutrina considera que os termos representam sinônimos para designar determinada forma de colaboração processual, ao passo que para outra parte da doutrina, *delação* e *colaboração* representariam espécies do gênero colaboração processual¹⁴². Esta dissertação, entretanto, adota a terminologia *colaboração premiada*, visto que o objeto de estudo é o instituto previsto na Lei 12.850 de 2013, que se vale da nomenclatura *colaboração premiada*. Isto porque o conceito de colaborador é de maior amplitude e, em determinadas circunstâncias, é possível

¹⁴¹ SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. In: **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 27, p. 54, 2011.

¹⁴² Quanto à referida divergência conceitual, MARCOS PAULO DUTRA DOS SANTOS esclarece que: Embora o legislador tenha optado pelo eufemismo “colaboração”, tanto na lei de regência do instituto – Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, alusiva ao “réu colaborador”, nos arts. 13 a 15 -, quanto na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que possui toda uma seção intitulada “da colaboração premiada” (arts 4º a 7º), o que ocorre é uma verdadeira delação: um dos acusados, em troca de favores penais veiculados pelo Estado, acaba denunciando os demais que a ele se aliam para a prática delitiva. Estabelecida essa premissa, confessamos ao leitor que empregaremos, ao longo deste ensaio, os dois vocábulos, tratando-os como sinônimos – “colaboração” em respeito à escolha terminológica do legislador (por sinal, mais *técnica*, pois se trata de expressão legal); “delação” e, face de ser mais verdadeira, externando o que, realmente, representa. 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, vol. 3, n.1, jan./abr.2017. Disponível em: <www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/49/55>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

que o agente colabore com a investigação sem necessariamente *delatar* corrêus ou partícipes¹⁴³.

A colaboração premiada, portanto, tradicionalmente foi tratada pela doutrina nacional sob a ótica do direito *penal material*. Isto porque o legislador estabelecia o instituto, bem como seus requisitos e consequências, sem, contudo, fixar os parâmetros do trâmite processual e isto perdurou até a introdução da Lei 12.850 de 2013, que inaugurou a primazia do viés processual da colaboração premiada, posição acertada dada a essência probatória do instituto¹⁴⁴.

Por fim, a colaboração premiada é um *negócio jurídico processual*¹⁴⁵ (*tema que será retomado mais adiante*) celebrado pelo colaborador, acompanhado de sua defesa técnica com o Ministério Público, no qual, por um lado, são fornecidas informações relevantes à persecução penal e, por outro, são ofertados prêmios processuais, como estímulo à colaboração. Segundo a Lei 12.850 de 2013, se desenvolve em três fases, a saber: (i) negociação do acordo; (ii) homologação judicial; (iii) fase de sentença, na qual se decide sobre o efetivo cumprimento do acordo.

2.2 Breve relato histórico e previsão legal

A *colaboração premiada* é mecanismo utilizado em diversas legislações estrangeiras. O modelo processual norte-americano, à guisa de exemplo, privilegia sobremaneira a utilização do instituto. Naquele modelo, há patente interesse em se apresentar resultados à população - haja vista o *prosecutor* ser eleito pelos locais. O processo penal norte-americano é pautado pela lógica negocial, sendo a *plea bargaining*¹⁴⁶ um fundamental instrumento de solução de crimes.

¹⁴³ Em sentido contrário, Vinicius Vasconcellos afirma que [...] neste trabalho, opta-se por utilizar, indistintamente, os termos “colaboração” e “delação premiada”, embora não se desconsidere a discussão aqui apresentada e tenda-se a concordar com o objetivo eufemístico da utilização do termo “colaboração” pela nova legislação e por parte da doutrina. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 59, 2017.

¹⁴⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 53-55, 2017.

¹⁴⁵ Aliás, este é o posicionamento adotado pelo STF por ocasião do julgamento do HC 127.483/PR não qual se consignou que: a colaboração premiada é um *negócio jurídico processual* [...].

¹⁴⁶ O instituto se encontra previsto nas *Federal Rules of Criminal Procedure*, sendo o assunto tratado especificamente na *rule 11*:

(a) Entering a Plea.

(1) In General. A defendant may plead not guilty, guilty, or (with the court's consent) nolo contendere.

Conforme alertou BARBOSA MOREIRA, a *plea bargaining* evita o colapso do sistema de justiça dos Estados Unidos, já que em 90% dos casos, as condutas delituosas não são submetidas ao *trial*, que corresponde ao efetivo julgamento¹⁴⁷. Este mecanismo é, portanto, interessante ao acusado, por não se submeter ao risco da pena máxima, e é interessante ao Estado que pode eventualmente não conseguir condená-lo quando submetido ao *trial*. Conforme se verá mais adiante, a legislação brasileira visa a uma aproximação do modelo norte-americano.

No Brasil, a colaboração premiada possui previsão legal em vários diplomas legais. A evolução legislativa remonta à época colonial. As Ordenações Filipinas¹⁴⁸, que vigoraram de 1603 até 1830, continham em seu livro V, título VI (*do Crime de Lesa Majestade*), item XII, uma rudimentar forma de *delação*, que poderia ensejar até mesmo o perdão daquele que *delatasse* os crimes alheios¹⁴⁹. Em 1830 entrou em vigor o Código Criminal, sendo substituído pelo Código Penal de 1890 e,

(2) Conditional Plea. With the consent of the court and the government, a defendant may enter a conditional plea of guilty or nolo contendere, reserving in writing the right to have an appellate court review an adverse determination of a specified pretrial motion. A defendant who prevails on appeal may then withdraw the plea.

(3) Nolo Contendere Plea. Before accepting a plea of nolo contendere, the court must consider the parties' views and the public interest in the effective administration of justice.

(4) Failure to Enter a Plea. If a defendant refuses to enter a plea or if a defendant organization fails to appear, the court must enter a plea of not guilty.

¹⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: **Temas de Dir. Proc. (Sétima Série)**, São Paulo, p. 166, 2001.

¹⁴⁸ Digna de nota a ponderação feita por BADARÓ: A novidade, porém, já se fazia presente num dos mais famosos processos de nossa história, que pode ter algo a nos ensinar.

Durante muito tempo foram aplicadas no Brasil as Ordenações Filipinas, que começaram a vigorar em 1603. Em seu temido Livro 5, era previsto o crime de Lesa-Majestade, descrito no Título 6 como "traição cometida contra a pessoa do Rei, ou seu Real Estado".

Para esse crime, o parágrafo 12 do mesmo Título já previa o perdão ao delator "e ainda por isso lhe deve ser feita mercê", se não fosse o principal integrante do movimento.

Dela se valeu o coronel Joaquim Silvério dos Reis que, com sérias dívidas com a Coroa Portuguesa, delatou a conjuração ao Visconde de Barbacena, governador de Minas Gerais, depois formalizando a "colaboração", em carta ao Vice-Rei, D. Luis de Vasconcelos.

E o que ganhou Joaquim Silvério dos Reis com essa delação? Além de não ser punido com a pena de morte, dois anos depois foi a Lisboa e recebeu o foro de fidalgo da Casa Real, além de uma pensão anual de 400\$000 (quatrocentos mil réis)!

Mais de dois séculos depois, o que parece novo tem cheiro de velho.

E os resultados poderão não mudar muito: alguns serão exagerada e exemplarmente punidos, atuando, desta maneira, o direito penal com todo o seu simbolismo.

Salva-se a Coroa ou, ao menos, a 'joia da coroa'. E aos delatores, se fará mercê! BADARÓ, Gustavo Henrique. **Delação: futuro ou passado?**. Disponível em: <<http://www2.ovale.com.br/delac-o-futuro-ou-passado-1.573911>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

¹⁴⁹ O texto literal dispunha: *E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão.* ORDENAÇÕES FILIPINAS ON LINE. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

finalmente, pelo código Penal, de 1940, Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940¹⁵⁰.

O Código Penal, ao tratar da extorsão mediante sequestro, cometida em concurso de agentes, estabelece uma benesse ao concorrente que denunciar à autoridade. Demais disso, há ainda a previsão em diversas leis extravagantes, tais como: Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072 de 1990), Lei de proteção às vítimas e testemunhas (Lei 9.807 de 1999), Lei antitóxicos (Lei 11.343 de 2006), dentre outras. Percebe-se, portanto, que a essência do instituto há muito se faz presente no ordenamento jurídico pátrio, a despeito de não se encontrar devidamente assentado em nossa cultura processual, o que, naturalmente, faz eclodir barreiras na aplicação do instituto¹⁵¹. Os aludidos diplomas, de modo geral, se limitam a estabelecer os requisitos para aceitação da colaboração, estabelecendo no plano do direito material os efeitos quanto à pena, tais como extinção da punibilidade, aplicação de penas restritivas de direitos, ao invés de privativa de liberdade, dentre outras.

Interessa a esta dissertação, porém, a *colaboração premiada* prevista na Lei 12.850 de 2013, voltada ao combate de organizações criminosas. O instituto resta previsto na Seção I (art. 4º e seguintes). De modo diverso ao que ocorre no bojo das demais previsões legais, a Lei 12.850 de 2013 desencadeou a aplicação efetiva do instituto que, inegavelmente, constitui a *força motriz* das atuais operações de combate à corrupção. A toda evidência, tais organizações, na atual conjuntura, operam de forma sofisticada, impossibilitando o efetivo rastreamento das práticas delituosas pelos métodos tradicionais até então empregados pelo Estado¹⁵². Nisto

¹⁵⁰ BITTAR aponta que a história legislativa penal no Brasil permite a conclusão de que previsão legal da delação premiada remonta às Ordenações Filipinas (11.01.1603, que é o início da vigência, até 16.12.1830, com a sanção do Código Criminal do Império), onde já havia a possibilidade do perdão para alguns casos de delação de conspiração ou conjuração e de revelações que propiciassem a prisão de terceiros envolvidos com crimes que resultassem provados, funcionando a delação como causa de exculpação. BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália uma análise comparativa. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 88, p. 94, 2011.

¹⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa** – lei nº 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

¹⁵² Rômulo Moreira de Andrade critica a utilização do instituto como modo de “suprir” a deficiência estatal: O argumento de que os criminosos modernos dispõem de técnicas e arranjos difíceis de serem apanhados, nada mais é do que a confissão de que o Estado está perdendo uma batalha que não pode perder, sob pena do desmantelamento total da organização social. Pegar um acusado, sem qualquer culpa formada, no início da apuração de possíveis atos criminosos, prendê-lo, algemá-lo e oferecer-lhe o benefício da “deduração” é de arrepiar os cabelos. Os momentos em que prevaleceu o crédito à delação não enaltecem a história, pelo contrário, são períodos soturnos no caminho da humanidade. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A regra da obrigatoriedade da ação penal pública e suas exceções no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/>>

reside o prestígio do instituto, bem como sua consolidação no Processo Penal Pátrio.

2.3 Gêneros e espécies

A *colaboração processual* constitui um *gênero* no qual se inserem várias formas de cooperação do acusado. Algumas dessas *espécies* representam institutos clássicos do Código de Processo Penal, tais como a confissão, chamada de *corrêu*, e *delação*. Demais disso, há outras espécies presentes, como visto *supra*, na legislação esparsa, da *delação/colaboração premiada*. Diversos são os institutos de natureza negocial que não interessam ao escopo deste trabalho¹⁵³.

A *confissão*, prevista nos arts. 197 a 200 do Código de Processo Penal, ocorre quando o acusado reconhece contra si a prática de algum fato criminoso e constitui uma declaração *formal e expressa*. Demais disso, a confissão deve surgir de um ato de voluntariedade, ou seja, deve ser livre, destituída de vício ou coação¹⁵⁴ e requer *personalidade*, devendo ser prestada, portanto, pelo próprio confitente, não sendo admitida por meio de interposta pessoa. O objeto da confissão é a *autoria delitiva*, podendo ser também o *próprio fato em si* e o *elemento subjetivo do tipo*. A confissão ostenta natureza jurídica de *meio de prova*, conforme doutrina majoritária. A despeito disso, BADARÓ diverge deste posicionamento, sob o argumento de que a confissão em si não é meio de prova, mas o resultado do interrogatório, sendo certo que o que se poderia considerar como meio de prova é o próprio interrogatório¹⁵⁵.

A confissão pode ser ainda *simples, complexa e qualificada*. A *simples* é aquela em que o confitente reconhece a prática do delito e a atribui a si, ao passo

artigos/121939017/a-regra-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica-e-as-suas-excecoes-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 01 de setembro de 2017.

¹⁵³ À guisa de exemplo, temos os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099 de 1995, tais como a composição civil dos danos (art. 74), a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89).

¹⁵⁴ Por esta razão não se admite a utilização de métodos como o “soro da verdade”, a hipnose, o detector de mentiras, entre outros métodos que comprometem a liberdade do confitente. Não é por outro motivo que Denti afirma que não há diferença entre as razões de vetar o uso do detector de mentiras e da tortura, sendo ambos meios coercitivos similares do ponto de vista da violação dos direitos e garantias fundamentais, assevera Gustavo Badaró. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4 ed. rev. atual. e amp., p. 451, 2016.

¹⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4 ed. rev. atual. e amp., p. 451, 2016.

que na *confissão complexa* o confitente reconhece a prática de diversos delitos. Já na *confissão qualificada*, há a admissão da prática delituosa, contudo, o confitente invoca fatos que o beneficiem, tal como uma excludente de ilicitude¹⁵⁶.

Por fim, a confissão tem como características ser *retratável*¹⁵⁷ e *divisível*. A primeira característica proporciona ao confitente se retratar do que dissera, já a segunda característica é voltada ao juiz, que pode aceitar uma parte da confissão e recusar outra.

A chamada de *corrêu* ou imputação de *corrêu*, por seu turno, ocorre quando no interrogatório, o réu reconhece sua responsabilidade penal, mas também atribui a terceiros a participação no delito. Quanto à sua natureza jurídica, há divergências doutrinárias. ADA PELEGRINI *et alii* sustentam que a natureza jurídica da chamada de *corrêu* é de *prova testemunhal*¹⁵⁸, assim como TOURINHO, que, apesar de reconhecer sua natureza testemunhal, adverte para suas mazelas, pois *[é uma] testemunha que não presta compromisso, que não pode ser processada por falso testemunho, que não pode ser contraditada, nem se admitindo que o delatado faça perguntas ou reperguntas*¹⁵⁹. GUSTAVO BADARÓ diverge deste raciocínio, porquanto inexistente compromisso com a verdade no momento em que o réu atribui a terceiros a prática delituosa. Além disso, essa “testemunha” não poderia ser contraditada e nem sequer foi arrolada pelas partes. Como se não bastasse, o réu tem interesse direto no processo. Apesar da divergência conceitual, não pairam dúvidas a validade jurídica da chamada de *corrêu* é assegurada pela observância do contraditório¹⁶⁰.

A validade da chamada de *corrêu* como meio de prova perpassa por três requisitos, a saber: (i) o *corrêu* que fez a chamada deve ter confessado sua participação no evento criminoso; (ii) as declarações sejam amparadas em outros

¹⁵⁶ Ibidem, p. 452.

¹⁵⁷ BADARÓ destaca a existência de duas correntes em relação à retratação da confissão, a saber: Há duas posições sobre a retratabilidade da confissão: (1) o acusado somente pode se retratar da confissão já ofertada, se esta tiver sido fruto de algum vício de vontade, por exemplo, a coação ou a tortura; (2) a retratabilidade é livre, pois, como advertia Galdino Siqueira, “não há direitos adquiridos pela acusação com relação às declarações prestadas pelo acusado”. O juiz, contudo, não é obrigado a aceitar a retratação, que deverá ser analisada em confronto com as demais provas do processo. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4 ed. rev. atual. e amp., p. 452, 2016.

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. As Nulidades no Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 6. ed., 1998.

¹⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 313.

¹⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4 ed. rev. atual. e amp., p. 454-755, 2016.

elementos de prova presentes nos autos e (iii) se for extrajudicial, deve ser confirmada em juízo. Por fim, seu valor probatório está condicionado à existência, nos autos, de elementos de corroboração¹⁶¹.

No que tange à delação (*pura e simple e sem prêmios, portanto*), esta se confunde com a chamada de corrêu.

Por fim, a colaboração premiada é aquela em que a lei estabelece prêmios processuais ao *colaborador* que, efetivamente, contribua com as autoridades (policial ou judicial) na apuração de evento criminoso.

2.4 Natureza Jurídica: Probatória e Processual

A natureza jurídica da colaboração premiada é verificada no âmbito do direito probatório. A prova, no processo, se destina a apurar a verdade dos fatos, o que é imprescindível à prestação jurisdicional. O vocábulo *prova*, entretanto, é polissêmico, comportando diversas acepções no âmbito do Direito Processual, ora como atividade probatória, ora como resultado desta atividade e, ainda, como meio de prova¹⁶².

Nesse sentido, LEONARDO GRECO aponta três sentidos da palavra *prova*, a saber: *prova como meio, prova como atividade e prova como resultado*. O meio de prova é o método pelo qual, por meio de um processo mental, se estabelecem conclusões que decorrem de determinadas premissas. O processo mental é composto por diversos raciocínios pelos quais o juiz conclui pela existência ou não de fatos e as regras que definem a prova como instrumento do saber humano transcendem o Direito¹⁶³. A *prova como atividade processual* decorre da Idade Média, quando o Direito passou a ter suas próprias regras de admissão e validação

¹⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4 ed. rev. atual. e amp., p. 455-456, 2016.

¹⁶² Neste sentido, Taruffo aponta que a prova, no sistema da *Civil Law*, é um termo polissêmico que, no âmbito do Direito Processual, comporta três principais significados: meio de prova, como procedimento e como resultado. TARUFFO, Michele. Il concetto di "prova" nel diritto processuale. In: **Revista de Processo**, Coord. Maria Thereza Alvim, ano 39, vol. 229, p. 76-77, março de 2014.

¹⁶³ Greco adverte, entretanto, que "Aristóteles, valendo-se da lógica, da física, da tópica, e da política para discordar da inspiração divina existente na Antiguidade, no tocante à revelação da verdade por parte do juiz, constrói o raciocínio dialético. Mais adiante, os sofistas constroem o argumento retórico e, então, a dialética e a retórica, como tentativas de persuasão e de racionalização da revelação da verdade, passam a estabelecer regras probatórias sobre o julgamento dos fatos no processo. Tais regras, originadas no raciocínio filosófico, faziam com que o raciocínio do juiz ou a sua conclusão sobre a verdade dos fatos resultasse mais dos argumentos do que da própria realidade." GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 100-101.

das provas e a investigação da verdade passou a ser uma investigação *artificial*, já que cada prova possuía um *peso* previamente estabelecido. A concepção de prova *como resultado*, por seu turno, apresenta a prova como um fenômeno humano, que não se limita às ciências jurídicas, mas que se espraia por todo o conhecimento humano. É, portanto, uma concepção *metajurídica*¹⁶⁴ de prova, ou seja, a prova não é de domínio exclusivo do operador do direito, mas um instrumento de apuração de verdade comum aos mais diversos campos do saber humano¹⁶⁵.

Não obstante, MAGALHÃES GOMES FILHO faz distinção semelhante, classificando a prova como *demonstração*, como *experimentação* e como *desafio*. Neste sentido, *a prova como demonstração* visa a estabelecer a verdade de determinados fatos, ou seja, apresentar elementos que sirvam para definir se a *afirmação ou negação* de um fato é verdadeira e o autor destaca que esta definição se reserva ao campo das ciências exatas. Por seu turno, a prova como *experimentação* é destinada a verificar se determinada hipótese está correta. É, portanto, uma espécie de teste e esta aceção é comum às ciências experimentais. Por fim, a prova como *desafio* se traduz em obstáculo a ser superado para que se reconheçam determinadas qualidades, tal como um exame realizado para obtenção de determinado título¹⁶⁶.

Ainda sob a ótica da terminologia processual, há a distinção entre *fontes de prova*, *meios de prova* e *meios de investigação da prova*. Fontes de prova são as pessoas ou coisas das quais se extrai a prova. DINAMARCO define *fonte de prova* como “pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação”¹⁶⁷. Deste modo, portanto, as fontes podem ser *personais*, a testemunha, por exemplo, ou *reais*, como documentos.

¹⁶⁴ A concepção Metajurídica, segundo Greco, “se afasta da retórica, porque não defende a natureza meramente persuasiva da prova, mas demonstrativa, em igualdade de condições com quaisquer outras ciências, fazendo uso da epistemologia [...], do senso comum e da própria lógica formal, através do respeito aos princípios da não contradição e da racionalidade interna da decisão probatória.” GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 103.

¹⁶⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 100-103.

¹⁶⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Orgs.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: 2005, p. 305.

¹⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 86.

Os *meios de prova*¹⁶⁸ são os instrumentos pelos quais os elementos de prova, úteis à decisão, são introduzidos no processo. Neste sentido, segundo TARUFFO, *meio de prova* se refere a qualquer coisa ou pessoa que forneça informações úteis ao deslinde dos fatos¹⁶⁹. Por outras palavras, são os canais de informação dos quais se serve o juiz. Os meios de prova constituem ainda uma atividade *endoprocessual*, “que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo”¹⁷⁰. O Código de Processo Penal elenca os seguintes meios de prova: *exame de corpo de delito; confissão; perguntas ao ofendido; testemunhas; reconhecimento de pessoas ou coisas; acareação; documentos; indícios e busca a apreensão*¹⁷¹.

Por fim, *meios de obtenção de prova* não são, em si, fontes de conhecimento, mas servem para a obtenção de coisas ou declarações com força probatória. A colheita de *fontes* e *elementos* de prova se dá por um meio de obtenção de prova. No âmbito do Código de Processo Penal, o único *meio de obtenção de prova* existente é a busca e apreensão. A legislação esparsa, entretanto, prevê outros meios de obtenção de prova (*intercepção telefônica, quebras de sigilo e mesmo a figura do agente infiltrado*).

Quanto à natureza jurídica da *colaboração premiada* prevista na Lei 12.850 de 2013, a despeito do disposto no art. 3º, inciso I, que aponta a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, a doutrina assume posicionamentos distintos, quais sejam: a colaboração premiada é vista como *meio de obtenção de prova*, como *meio de prova*, há a *teoria mista* e também os que apontam para um *fenômeno processual complexo*.

¹⁶⁸ Neste sentido, MOACYR AMARAL SANTOS esclarece que: quem sem propõe a provar terá que valer-se de meios adequados, que variam conforme o objeto da prova. Outrossim, deverá utilizar-se dos meios apropriados segundo determinados métodos, que também variam conforme o objeto e, até mesmo, conforme o destinatário da prova. Diversos são os meios de prova da eficácia de um produto farmacêutico e os das consequências de um fato histórico; e diversos serão os métodos a adotar-se, conforme o destinatário da prova seja o próprio agente, terceiro ou terceiros. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras lições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 327.

¹⁶⁹ TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. In: **Revista de Processo**, Coord. Maria Thereza Alvim, ano 39, vol. 229, p. 76, março de 2014.

¹⁷⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Orgs.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 309.

¹⁷¹ Gustavo Badaró tece críticas a esta classificação, pois o interrogatório, sob a ótica constitucional, representa um meio de defesa. Além disso, os indícios não podem ser considerados, em si, um meio de prova. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4 ed. rev. atual. e amp., p. 388-389, 2016.

Como é cediço, a valoração probatória da *colaboração premiada* é condicionada à *regra de corroboração* prevista no §16º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013, que dispõe: “*nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.*” Esta previsão legal, segundo BADARÓ¹⁷², inaugura um *regime de prova legal negativa*, no qual somente a declaração do colaborador se torna insuficiente para a condenação (do delatado). Merece nota a concepção adotada pelo manual da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, do Ministério da Justiça, que define a *colaboração premiada* como “meio de obtenção de prova sustentada na cooperação de pessoas suspeitas de envolvimento nos fatos investigados”¹⁷³. De igual modo, CANOTILHO sustenta que a *colaboração premiada* é um *meio de obtenção de prova*, conforme abaixo:

Qualificada pela Lei 12.850/2013 **como um meio de obtenção de prova – e não, naturalmente, como um meio de prova** –, a *colaboração premiada* é um instrumento através do qual se procura incentivar um membro de uma organização criminosa a revelar pessoas e factos com ela relacionados mediante uma promessa estadual de vantagens penais (caput e § 5º do art. 4º) ou processuais penais (§ 4º do art. 4º). A *colaboração* consistirá, pelo menos, na prestação de depoimento pelo colaborador e eventualmente ainda no fornecimento de outros meios de prova (v. g., prova documental) ou na participação em outros actos de natureza probatória.¹⁷⁴

A *colaboração premiada* é, portanto, em linhas gerais, um método de investigação consistente num acordo de cooperação do acusado na produção da prova, ou seja, constitui um *meio de obtenção de prova*¹⁷⁵. A natureza jurídica da *colaboração premiada* como *meio de obtenção de provas* encontra chancela na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive. O referido entendimento foi firmado pelo plenário da Corte nos autos do *Habeas Corpus* 127.483/PR, impetrado por um diretor da Galvão Engenharia contra a homologação do acordo de *colaboração premiada* do ex-doleiro Alberto Youssef. A ementa do acórdão consigna que “considerando-se que o acordo de *colaboração premiada* constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator

¹⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique. A *colaboração premiada*: meio de prova, meio de obtenção de prova ou novo modelo de justiça penal não epistêmica. In: *Colaboração Premiada*. Coord: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; CRUZ BOTTINI, Pierpaolo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 135, 2017.

¹⁷³ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>> Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

¹⁷⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. *Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Ed. RT, vol. 133, ano 25, p.145, jul. 2017.

¹⁷⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 1. ed. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 62-63, 2017.

tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13)”.

E ainda:

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. (grifei).

A despeito da supradita natureza jurídica de *meio de obtenção* de prova, a doutrina, ainda incipiente, apresenta ponderações quanto à efetiva natureza jurídica do instituto.

O posicionamento divergente atribui à colaboração premiada a natureza jurídica de *meio de prova*. Isto porque o colaborador fala no curso do processo, na presença do juiz, ou seja, o colaborador se torna uma fonte de prova. Há ainda uma teoria *reconciliadora*, a teoria mista que afirma que a colaboração premiada, sob ótica do depoimento do colaborador, constitui um meio de prova, ou seja, declarações diretamente valoráveis pelo juiz, e já sob a ótica da imposição legal de que sejam apontados elementos de corroboração, a colaboração premiada representaria um meio de obtenção de prova¹⁷⁶. Entretanto, como bem assevera BADARÓ, apesar de louvável, a *teoria mista* não contribui para a devida classificação jurídica do instituto. O processualista destaca que *não é possível extrair do regime dado à colaboração premiada uma conclusão segura (quanto à sua natureza jurídica)*¹⁷⁷.

Para além das supraditas classificações estanques, VINICIUS VASCONCELLOS sinaliza que a colaboração premiada constitui um *fenômeno processual complexo*, envolto em diversos atos e situações processuais. Portanto, somente será possível extrair sua natureza jurídica, a depender do elemento sob análise¹⁷⁸. No mesmo sentido, FREDERICO VALDEZ PEREIRA assevera que a natureza *complexa* da colaboração premiada foi reconhecida pelo legislador, ao elencar entre requisitos constitutivos a *eficácia* e a *efetividade*, dentre outros¹⁷⁹.

¹⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou novo modelo de justiça penal não epistêmica. In: Colaboração Premiada. Coord: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; CRUZ BOTTINI, Pierpaolo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 136, 2017.

¹⁷⁷ Ibidem p. 137

¹⁷⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. 1. ed. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 63, 2017.

¹⁷⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada**. Letitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 194.

Portanto, para o escopo desta dissertação, cujo recorte epistemológico se dá em virtude da investigação no tocante à possibilidade do delatado *confrontar* o delator/colaborar em juízo, adotar-se-á a natureza jurídica probatória da colaboração premiada como sendo um *meio de obtenção* de prova.

Para além da natureza probatória da colaboração premiada, cumpre estabelecer a natureza jurídica processual do ato. Ressalte-se, entretanto, que, conforme FREDIE DIDIER, a colaboração premiada ostenta natureza *material e processual*. Segundo o processualista baiano, a obrigação de colaborar constitui uma *situação jurídica* de natureza processual, tendo como direito correspectivo o *direito à colheita* da prova oral. Além disso, é possível que se pactuem consequências jurídicas processuais, sendo, sob esta ótica, negócio jurídico processual. Entretanto, destaca que, sob a perspectiva da vantagem almejada pelo colaborador, a natureza é de direito material, isto porque, por meio do acordo, se pactua o perdão judicial, a redução de pena privativa de liberdade ou a conversão em pena restritiva de direitos. Com a homologação do pacto, portanto, o colaborador gozará de uma decisão judicial que lhe é favorável e, nesta perspectiva, as situações pactuadas têm natureza penal material¹⁸⁰.

Ainda sobre o assunto, DIDIER, conclui:

Em síntese, a colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850.2013 é (i) ato jurídico em sentido lato, já que a exteriorização de vontade das partes é elemento cerne nuclear do seu suporte fático; (ii) é negócio jurídico, pois a vontade atua também no âmbito da eficácia do ato, mediante a escolha, dentro dos limites do sistema, das categorias, eficácias e seu conteúdo; (iii) é negócio jurídico bilateral, pois formado pela exteriorização de vontade de duas partes, e de natureza mista (material e processual), haja vista que as consequências jurídicas irradiadas são de natureza processual e penal material; (iv) é contrato, considerando a contraposição dos interesses envolvidos¹⁸¹.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 127.483/PR, fixou entendimento no sentido de que a colaboração premiada ostenta a natureza de negócio jurídico processual. Consta da ementa que: *Além de meio de obtenção de prova, o acordo de colaboração premiada enquadra-se na categoria negócio jurídico*

¹⁸⁰ DIDIER Jr., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. In: **A&C- Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 67, p. 108-116, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/32483221/A_colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_como_neg%C3%B3cio_processual_at%C3%Adpico_no_processo_da_improbidade_administrativa>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

¹⁸¹ Ibidem.

*processual*¹⁸². Segundo o Supremo Tribunal Federal, além de classificada como meio de obtenção de prova, o objeto da colaboração premiada é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo. Por conta disso, ainda que haja o efeito substancial do prêmio, sua essência é de negócio jurídico processual. Em síntese, apesar de a colaboração premiada repercutir no direito material (*sanção premial*), o seu escopo é de estabelecer efeitos na seara do processo penal¹⁸³.

Este posicionamento encontra ressonância na doutrina. AFRÂNIO SILVA JARDIM assevera que o acordo de colaboração premiada, que tem a natureza jurídica de negócio jurídico processual, não pode especificar qual prêmio o juiz terá de aplicar na sua futura sentença condenatória¹⁸⁴. Mas, por outro lado, a manifestação estatal é essencial à existência do acordo, já que a colaboração premiada, na sua ótica, é um negócio jurídico de direito público¹⁸⁵. A despeito disso, HUMBERTO DALLA assinala duas possibilidades distintas: na primeira, a colaboração premiada representa um negócio jurídico inter partes¹⁸⁶ – que ocorre em situações nas quais a manifestação estatal (juiz) é desnecessária, ao passo que na segunda hipótese, seria *ultra partes*¹⁸⁷, quando a manifestação estatal é imprescindível. De igual modo, GRANDINETTI e WUNDER aderem à classificação da colaboração premiada como negócio jurídico processual¹⁸⁸.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.73/PR. Relator Min. Dias Tófoli. Brasília, 27 de agosto de 2015, p. 11. STF. Habeas Corpus 127.483-PR, ementa, p. 11.

¹⁸³ Ibidem p. 12-13.

¹⁸⁴ JARDIM, Afrânio Silva. **Nova interpretação sistemática do acordo de delação premiada**. Disponível em: <<http://revistafdc.uniflu.edu.br/2017-1-cooperacao-premiada.pdf>>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ Segundo explica: Em algumas hipóteses, o juiz não terá que se posicionar de maneira decisória, de modo que o acordo entre as partes pode delinear seus efeitos com liberdade, expressando autonomia da vontade – o que chamaremos de acordo de colaboração inter partes. É o caso da celebração de acordo, formalizado, após a homologação, com o termo, e da não apresentação de denúncia por parte do Ministério Público. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: CALDEIRA, Felipe; ESPINERA, Bruno. **Delação Premiada: Estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello**. São Paulo: D'Plácido Editora, 2016. p. 135.

¹⁸⁷ Nesta situação, ainda segundo Dalla, a regra geral, no entanto, é que os efeitos do acordo celebrado apenas sejam plenamente conhecidos com o advento da sentença, principal ato judicial no processo – e o juiz, enquanto terceiro estranho ao acordo, por expressa previsão legal só é atingido em alguma medida, não se vinculando a ele plenamente (aspecto *ultra partes* da colaboração). PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: CALDEIRA, Felipe; ESPINERA, Bruno. **Delação Premiada: Estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello**. São Paulo: D'Plácido Editora, 2016. p. 136.

¹⁸⁸ GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho; WUNDER, Paulo. Colaboração Premiada: Justa Causa para quê? In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 148, p. 76, 2018.

Portanto, para o escopo desta dissertação, a supradita classificação será adotada, ou seja, a colaboração premiada, sob a ótica probatória, será trada como *meio de obtenção de prova* e sob a ótica processual, como *negócio jurídico processual*.

2.5 Valor probatório

O debate concernente ao valor probatório da *declaração de corréu*, segundo BADARÓ, há muito suscita reflexão pelos operadores do Direito Processual Penal, seja por razões de *moralidade*, seja por questões correlatas à violação da *presunção de inocência*¹⁸⁹. Provar, conforme lições de MOACYR AMARAL SANTOS, é *convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa*¹⁹⁰ e considerando esta atemporal definição, imperioso investigar e fixar, nos limites deste trabalho, o valor probatório da colaboração premiada que, consoante posicionamento adotado no item supra, constitui *meio de obtenção de prova*.

Em verdade, a colaboração premiada, ainda que encontre vozes dissonantes, representa um instrumento indispensável às grandes persecuções penais que afloram pelo Brasil. É um fenômeno que não pode ser ignorado, mas sopesado *cum grano salis*, sobretudo no tocante ao seu valor probatório, que não deve ser nulo, mas tampouco absoluto.

Neste sentido, o legislador da Lei 12.850 de 2013 fixou uma regra legal de valoração, presente no §16º do art. 4º, que dispõe: “*nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.*” Embora constitua uma limitação legal ao livre convencimento motivado, esta regra

¹⁸⁹ Badaró destaca que o próprio Manzini nutria descrédito acerca de tais declarações: Até Manzini, cuja matriz ideológica dispensa comentários, afirmava não ser conveniente, além de ser ilógico, dar valor de testemunho às declarações do corréu em relação ao fato alheio, seja por razões de moralidade, seja para evitar fáceis e frequentes tentativas de vingança, de extorsões e de chantagem de terceiros, ou porque não se pode presumir no imputado a liberdade moral que se pressupõe na testemunha. Modernamente, Munhoz Conde adverte que dar valor probatório à declaração do corréu implica abrir a porta para a violação do direito fundamental à presunção de inocência e a práticas que podem converter o processo penal em uma autêntica frente de chantagens, acordos interessados entre alguns acusados, entre a Polícia e o Ministério Público, com a conseqüente retirada das acusações contra uns, para conseguir a condenação de outros. BADARÓ, Gustavo Henrique. **O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13**. Disponível em: <<https://edisdisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=257171>> p. 2. Acesso em: 7 de dezembro de 2018.

¹⁹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras lições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 327.

de valoração não se traduz em uma *prova legal ou tarifada*, isto porque o aludido parágrafo vincula o juiz a um determinado meio de prova, pelo qual se verificará a veracidade de determinado fato. O §16º do art. 4º, conforme aponta BADARÓ, inaugura um *regime de prova legal negativa*, ou seja, somente a declaração do colaborador é inservível à condenação daquele que fora delatado¹⁹¹. Evidentemente, a imposição feita pela Lei 12.850 de 2013 guarda correlação com a presunção de inocência.

O Processo Penal moderno e democrático tem, na presunção de inocência¹⁹², um dos seus principais pilares. O referido princípio, como é comezinho, assegura que, a despeito da acusação formalizada, o jurisdicionado seja tratado como inocente enquanto sua culpa não é comprovada via devido processo legal. Este princípio também representa uma regra de tratamento voltada a evitar que, ao longo da persecução penal, o acusado sofra medidas desnecessárias e voltadas à antecipação de pena. A presunção de inocência, conforme explica FERRAJOLI, representa uma opção garantista em favor da tutela da imunidade dos inocentes. O jurista italiano aponta que, neste escopo, a presunção de inocência constitui mais que uma garantia de liberdade e de verdade, mas, além disso, uma garantia de segurança dada pelo Estado de Direito e expressa pelos cidadãos na confiabilidade da justiça¹⁹³.

A presunção de inocência remonta ao Direito Romano, sendo, porém, estirpada na *Idade das Trevas*, voltando a ser reafirmada apenas no início da idade moderna. No entanto, mesmo com o impulso dado pelo Iluminismo, o princípio se viu atacado a partir da segunda metade do século XIX, ainda que elevado a “postulado fundamental” da ciência processual por Francesco Carrara. Isto se deve pelo recrudescimento da cultura penalista. Neste particular, FERRAJOLI menciona que o primeiro ataque se deu pela Escola Positiva Italiana, de ENRICO FERRI e

¹⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **O Valor Probatório Da Delação Premiada**: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=257171>> p. 3. Acesso em: 7 de dezembro de 2018.

¹⁹² Há alguma divergência doutrinária em relação à terminologia: BADARÓ destaca que a constituição não utiliza a expressão “presunção de inocência”, razão pela qual o preceito constitucional passou a ser denominado “presunção de não culpabilidade”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. p. 60). AMILTON BUENO DE CARVALHO, por seu turno, considera a presunção de inocência um pressuposto, que nem sequer precisaria ser positivado em qualquer ordenamento jurídico. CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre. (Coord.). **E escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 51.

¹⁹³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 442, 2002.

RAFFAELE GAROFALO, que consideravam a presunção de inocência “vazia”, “absurda” e “ilógica”¹⁹⁴.

A despeito disso, o princípio da presunção de inocência é reconhecido e positivado nas constituições democráticas, além de contar com previsão expressa nos principais tratados que versam sobre direitos humanos. Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem contempla o princípio em seu art. 11; A Convenção Americana de Direitos Humanos assegura a presunção de inocência no art. 8.2; e, de igual modo, a Convenção Europeia de Direitos Humanos no art. 6.2.

A presunção de inocência impõe que o juízo condenatório seja seguro, destituído de dúvidas (*in dubio pro reo*). Por essa razão, a acusação deve demonstrar a culpa do acusado de modo a superar a desconfiança do julgador. Portanto, se nenhuma condenação decorrerá sem a prova segura de culpa, é lícito concluir que este raciocínio se aplica também aos processos penais lastreados em acordos de colaboração premiada, sendo, assim, imprescindível que se apontem os elementos de corroboração (art. 4º, §16º da Lei 12.850 de 2013).

Portanto, o valor ou eficácia probatória da colaboração premiada deve ser verificado a partir de determinados critérios estabelecidos pela doutrina. Neste sentido, ao menos dois elementos devem ser verificados no momento da valoração pelo juiz: *confiabilidade externa e confiabilidade interna*. FREDERICO VALDEZ PEREIRA apresenta os seguintes elementos a serem sopesados: *especificidade do objeto; aferição interna; e, aferição externa*. Presentes tais elementos, é possível afastar a presunção de inocência¹⁹⁵. Já TIAGO CINTRA ESSADO trabalha com o conceito de idoneidade probatória, apresentando dois requisitos essenciais, quais sejam: *voluntariedade e imprescindibilidade da presença do defensor e do Ministério Público*¹⁹⁶.

VALDEZ PEREIRA, antes de adentrar na temática da *confiabilidade*, pondera a especificidade do objeto. Prosseguindo, embora *prima facie*, a colaboração premiada se assemelhe ao depoimento testemunhal ou mesmo à confissão, o tratamento dado ao instituto deve ser distinto. Isto porque o colaborador, ao contrário

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 77, p. 9, 2009.

¹⁹⁶ ESSADO, Tiago Cintra. Delação Premiada e Idoneidade Probatória. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 103, p. 134, 2013.

da testemunha, não é terceiro alheio ao processo. Pelo contrário, há evidente interesse do colaborador no deslinde do processo. Do mesmo modo, o depoimento do colaborador premiado não se traduz em mera confissão, levando em conta que não há apenas o reconhecimento da prática de fato criminoso, porquanto o colaborador imputa fatos a terceiros.

Em relação ao compromisso de dizer a verdade, insculpido no art. 4º, §16º da Lei 12.850 de 2013, o autor se insurge contra este regramento argumentando que o delator não deve estar submetido ao compromisso legal de dizer a verdade, vez que é sujeito interessado no objeto do processo¹⁹⁷.

Conclui apontando que a especificidade do objeto repousa no fato de não se tratar de informação advinda de pessoa desinteressada e/ou distante do objeto do processo, não servindo a mera declaração para embasar o decreto condenatório. Ademais, o delator, por não ser testemunha, não deve prestar o compromisso de dizer a verdade, não estando, deste modo, obrigado a responder a todas as indagações defensivas¹⁹⁸.

Já na acepção de ESSADO, se o ato (de delatar/colaborar) não for *voluntário*, será nulo, assim como tudo aquilo que dele decorrer. Por espontaneidade, entende o autor ato livre de sugestionamento. Deve haver, portanto, livre vontade do colaborador em se manifestar, não havendo qualquer coação física ou mental. De outro modo, se acaso o potencial colaborador padece de comprometimento mental que venha a prejudicar sua compreensão do ato (colaborar), isto vicia e pode ocasionar a nulidade do ato¹⁹⁹. Portanto, em não havendo *volutariedade plena* a idoneidade probatória da colaboração premiada restará comprometida.

Decorre da voluntariedade o segundo requisito relativo à indispensabilidade da presença do defensor e do Ministério Público no ato da delação. A presença destes sujeitos processuais representa um mecanismo de controle sobre a existência de voluntariedade do imputado que, naquele momento, está prestando declarações na qualidade de colaborador premiado. Não obstante, o aludido requisito está preenchido com a presença do defensor do colaborador, isto porque se colaboração for prestada na fase pré-processual, a participação do Ministério

¹⁹⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 77, p. 9, 2009.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 11.

¹⁹⁹ ESSADO, Tiago Cintra. Delação Premiada e Idoneidade Probatória. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 103, p.134, 2013.

Público é dispensável. Entretanto, na fase processual, a presença das partes (defesa e Ministério Público) é imprescindível, sob pena de nulidade²⁰⁰.

Retomando os elementos de confiabilidade, externa e interna, a primeira diz respeito à coerência interna das declarações, isto é, se relato do colaborador é dotado de lógica e verossimilhança. Deve haver uma espécie de *justa causa*, ou seja, a declaração do colaborador necessita conter elementos mínimos de veracidade e credibilidade. Deste modo, o colaborador que, reitera-se, não é terceiro alheio ao processo, mas alguém que vivenciou a *atividade criminosa*²⁰¹, deve apresentar dados objetivos, que contenham detalhes da atividade criminosa da qual fazia parte. Ausentes estes elementos, haverá mera acusação genérica, destituída de elementos concretos que conduzam a uma futura comprovação.

O que se espera, evidentemente, é a homogeneidade e a coerência das declarações apresentadas pelo colaborador. Não deve haver contradições, a narrativa deve ser bem estruturada. Portanto, as declarações do colaborador não podem apresentar brechas e lacunas, devendo ser lineares e sem mudanças bruscas e injustificadas. A aferição da credibilidade interna passa ainda pela riqueza na contextualização da narrativa dos fatos apresentados, ou seja, é a capacidade do colaborador em narrar eventos periféricos nos quais, paralelamente, ocorreu o fato criminoso desvelado pelas declarações do colaborador²⁰².

Ainda acerca da confiabilidade interna, VASCONCELLOS, invocando os ensinamentos de FENOLL, considera que a verificação da credibilidade passa pela análise da existência de *detalhes oportunistas*, ou seja, narrativas desnecessárias, com certo grau de artificialidade, que visam a reformar a posição do colaborador ou fragilizar os coimputados (delatados). Representa uma narrativa demasiadamente subjetiva voltada a elementos que não interessam ao teor da *colaboração*²⁰³.

A *confiabilidade externa*, por seu turno, está correlacionada à regra de corroboração (art. 4º, §16º), de sorte que as declarações do colaborador, de modo

²⁰⁰ Ibidem. p. 134-135.

²⁰¹ Nes sentido, PEREIRA VALDEZ explica que: Essa posição privilegiada, numa comparação com pessoa neutra e apartada do cometimento dos delitos, permite inevitavelmente ao colaborador processual o conhecimento interno de alguma situação objetiva, ainda que restrita embasada em dados e elementos concretos presenciados pelo agente, os quais devem ser explicitados e detalhados já nos contatos iniciais, para permitir a avaliação desses requisitos internos de procedibilidade da colaboração. PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 77, p. 12, 2009.

²⁰² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 223-224, 2017.

²⁰³ Ibidem, p. 224.

isolado, são inseríveis a fundamentar um decreto condenatório. A corroboração das declarações deve advir de elementos obtidos de maneira lícita e que possam ser valorados na fase processual²⁰⁴. A corroboração deve se dar em relação ao *thema probandum* e não em relação às questões periféricas às declarações do colaborador²⁰⁵. De modo diverso, VALDEZ PEREIRA argumenta que elementos de corroboração das declarações do colaborador podem constituir-se em provas ou indícios, sendo relevante que tais elementos devem ser indôneos aos “efeitos de constituir verificação da credibilidade dos fatos revelados pelo colaborador, mais do que constituir prova direta dos fatos narrados”²⁰⁶.

Demais disso, a corroboração deve ocorrer de forma individualizada, no caso em que colaborador incrimina mais de um corréu e por mais de um fato. A corroboração deve ser individualizada em relação a cada fato criminoso atribuído, bem como a cada corréu imputado.

Ainda sobre a valoração probatória das declarações do colaborador, destaque-se a leitura da jurisprudência italiana apresentada por BADARÓ e seu critério tríplice de valoração das declarações do colaborador, a saber (i) credibilidade do delator; (ii) coerência e verossimilhança da narrativa (iii) existência de elementos extrínsecos, ou seja, outros elementos de prova que confirmem a narrativa do colaborador²⁰⁷. Os dois primeiros são considerados *requisitos intrínsecos* e o terceiro constitui o requisito *extrínseco*. Portanto, é lícito concluir que há similitude entre os supraditos critérios de valoração probatória e método utilizado pela jurisprudência italiana.

Em relação ao *elemento intrínseco subjetivo*, cumpre destacar que deve se basear em “um juízo unitário e complexo, considerando a personalidade do delator,

²⁰⁴ Acerca da imprescindível valoração na fase processual, VASCONCELLOS ensina: [...] Não se pode aceitar a corroboração com elementos informativos produzidos em âmbito de investigação preliminar, sem atenção aos procedimentos adequados ou em violação ao contraditório. Por exemplo, no HC 74.368, o STF assentou que um reconhecimento fotográfico (exibição de foto à testemunha) é meio precário de prova, que, mesmo corroborado por incriminação de corréu (produzida na investigação preliminar e retratada em juízo), mostra-se insuficiente para a condenação. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 225, 2017.

²⁰⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 225, 2017.

²⁰⁶ VALDEZ PEREIRA, Frederico. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 77, p. 14, 2009.

²⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **O Valor Probatório da Delação Premiada**: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=257171>> p. 3-4. Acesso em: 7 de dezembro de 2018.

seu passado, as razões que o levaram a delatar²⁰⁸. É imperioso que se se verifique a ausência de ódio ou animosidade em relação ao delatado. De modo similar ao já exposto, no que concerne aos elementos intrínsecos objetivos, deve haver a verificação de firmeza e lógica concatenada na narrativa do colaborador, apresentando conteúdo articulado e rico na narrativa de detalhes em relação a fatos objetivamente verificáveis.

Noutro giro, quanto ao *elemento extrínseco* da colaboração, as declarações do delator não merecem aferição de crédito *como um todo*. Portanto, a decisão prolatada pelo magistrado deve considerar os pontos relativos a cada fato imputado e a cada sujeito delatado. Significa dizer que o juiz realizará uma avaliação dúplice, a primeira de cariz objetivo, relacionada, portanto, aos fatos narrados e a segunda de cariz subjetivo, ou seja, considerando as pessoas delatadas. A consequência disso é que parte da delação poderá se corroborada, enquanto outra parte restará destituída de elementos extrínsecos de corroboração²⁰⁹. Desta forma, é lícito concluir que, conforme supradito, a jurisprudência italiana subdivide a valoração probatória dos elementos de corroboração²¹⁰ sob os aspectos *objetivos e subjetivos*.

Uma indagação, no entanto, subsiste: poderia uma colaboração premiada constituir elemento de corroboração de outra? Seria possível a *mutual corroboration*? A doutrina e a jurisprudência apontam para uma resposta negativa²¹¹. Neste sentido, VASCONCELLOS e BADARÓ assinalam pela inadmissibilidade da *corroboração cruzada* e este aduz que a *confiabilidade externa* ou o *elemento*

²⁰⁸ Ibidem, p. 4.

²⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **O Valor Probatório da Delação Premiada**: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=257171>> p. 5. Acesso em: 7 de dezembro de 2018.

²¹⁰ O Tribunal Constitucional Espanhol acerca da *corroboración*: No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, "más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso" (STC nº 68/2002, de 21 de marzo). Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda la STC 68/2001, es que "la declaración quede «mínimamente corroborada» (SSTC 153/1997 y 49/1998) o que se añada a las declaraciones del coimputado «algún dato que corrobore mínimamente su contenido» (STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración", (SSTC. 118/2004 de 12.7 , 190/2003 de 27.10 , 65/2003 de 7.4 , SSTs. 14.10.2002 , 13.12.2002 , 30.5.2003 , 12.9.2003 , 30.5.2003 , 12.9.2003 , 29.12.2004). ESPANHA. Tribunal Constitucional. STS 3087/2014. Madrid, 2014. p. 11.

²¹¹ VALDEZ PEREIRA, em sentido contrário, admite a corroboração cruzada: em tese poderia ser admitida, desde que as colaborações tenham vindo a conhecimento dos órgãos de acusação de modo independente e em procedimentos separados, em circunstâncias tais em que se excluíssem riscos de acordos falsos ou de recíprocas interferências entre os colaboradores. PEREIRA, Frederico Valdez. Delação Premiada. Legitimidade e procedimento. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 2010.

extrínseco da delação não encontra alicerce no conteúdo de outra colaboração premiada, pois, nestes casos, as chances de erro judiciário não seriam desprezíveis²¹².

Por fim, ressalte-se que esta é a posição atualmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 127. 483/PR, conforme abaixo:

Nesse ponto, penso não assistir razão a Vittorio Grevi, para quem nada obsta que os elementos de prova que confirmem uma delação possam ser representados por declarações de um diverso coimputado (“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”).

Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello em seu voto:

Registre-se, de outro lado, por necessário, tal como assinalou o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, que o Estado não poderá utilizar-se da denominada “corroboração recíproca ou cruzada”, ou seja, não poderá impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, por sua vez, por outros delatores, valendo destacar, quanto a esse aspecto, a advertência do eminente Professor GUSTAVO BADARÓ [...]

Ante o exposto, pode-se concluir que a *colaboração premiada* possui valor probatório mitigado, não bastando *per se* para transpor o manto de presunção de inocência. Para isto, a valoração probatória feita pelo juiz deve levar em conta os supraditos elementos de confiabilidade interna e externa, conforme amplamente sustentado pela doutrina e firmado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2.6 Sujeitos Envoltos no Acordo de Colaboração

A Lei 12.850 de 2013 estabelece quais são os *atores envolvidos* na *cadeia lógica* na qual se desenvolve a colaboração premiada: colaborador/delator; proponente; julgador/homologador; e, coimputados/delatados.

Evidentemente, o *grande protagonista* é o imputado colaborador, ou seja, aquele que celebra com o Estado um negócio jurídico processual no qual contribuirá com a persecução penal buscando, ao final, benefícios, ou prêmios, processuais. Apesar de representar a figura central do acordo de colaboração premiada, ao colaborador é vedado buscar o Estado/proponente desacompanhado de advogado. Esta vedação resta prevista no §15º do art. 4º da Lei 12.850 e visa a proteger o colaborador. A presença do advogado constitui *imposição não renunciável* pelo

²¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4. ed. rev. atual. e amp., p. 464, 2016.

delator²¹³. Portanto, sem a presença do defensor, as negociações não avançarão²¹⁴. Deste modo, logo após o primeiro contato do (potencial) delator com as autoridades estatais, é imprescindível que lhe seja assegurado o acesso à assistência jurídica, a fim de acompanhar a concretização do acordo²¹⁵. No entanto, apesar da obrigatoriedade da presença do advogado nas tratativas de celebração do acordo de colaboração premiada, não se pode olvidar que o grande interessado no acordo é justamente o colaborador. Assim, a decisão final sobre cooperar com o Estado é do colaborador, razão pela qual, é seu direito presenciar todos os atos de negociação que envolvam sua atuação²¹⁶.

Por fim, merece nota a lacuna deixada pela legislação quanto à possibilidade de renúncia, por parte do colaborador, da presença do advogado, bem como se haveria conflito de interesses em situações (corriqueiras na *praxis* forense) em que o mesmo advogado patrocina os interesses de variados coimputados colaboradores. Na primeira hipótese, a própria exegese do §15º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013 parece não deixar brechas para uma leitura permissiva. A segunda hipótese demanda solução *de lege ferenda* e, nesse sentido, VASCONCELLOS chama a atenção para o PL 2.755/15, que propõe o acréscimo de um parágrafo ao art. 4º da Lei 12.850 de 2013, vedando que o colaborador seja patrocinado por advogado que patrocine ou tenha patrocinado no mesmo processo outro corréu também interessado em celebrar acordo de colaboração premiada²¹⁷.

Em relação ao *proponente*, o §6º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013 esclarece que:

O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

²¹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed, p. 87, 2017.

²¹⁴ A indisponibilidade da defesa técnica pode ser explicada pelos fundamentos nos quais se baseia, conforme explica MARTA SAAD ao tratar dos cinco fundamentos da defesa técnica, quais sejam: fundamento político, garantia contra abusos do Estado; fundamento lógico, se existe uma acusação, também deve haver uma defesa; fundamento psicológico, o acusado necessita de alguém qualificado a defender seus interesses; fundamento deontológico, consistente na necessidade de conhecimento técnico para atuação na defesa; e, fundamento processual, contraponto à acusação na busca da verdade. SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 227-228, 2004.

²¹⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada**. Legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 132.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 89.

²¹⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 88, 2017.

É lícito concluir, da leitura do supradito dispositivo, que o acordo de colaboração premiada pode ser proposto por dois agentes estatais, o Delegado de Polícia e o Ministério Público. Deste modo, na fase da persecução penal, o Ministério Público é o único legitimado para a propositura do acordo, ao passo que na fase preliminar de investigação, tanto a autoridade policial, quanto o Ministério Público são legitimados para a proposição do acordo de colaboração premiada.

Uma relevante indagação desponta: seria a colaboração premiada um *direito* do imputado ou constituiria uma *faculdade* Ministerial? LEONARDO DANTAS COSTA, a partir de uma leitura negocial da colaboração premiada, conclui que o acordo constitui apenas uma faculdade do Ministério Público, “*que deve analisar as circunstâncias objetivas do delito, as circunstâncias pessoais do agente e adequação da colaboração à estratégia investigativa*”²¹⁸. BEDÊ, de igual modo, sustenta a inexistência de um *direito subjetivo* à colaboração premiada²¹⁹. Em sentido contrário, VASCONCELLOS sustenta a existência de um direito à colaboração premiada. Neste sentido, em digressão acerca da *justiça negocial*, o autor discorre que a *transação penal* representa um direito subjetivo da parte, não havendo, deste modo, espaço para discricionariedade do Ministério Público para propor ou não. Deste modo, e à luz do princípio da legalidade, e da isonomia, sustenta que a colaboração premiada é um *direito subjetivo do acusado*, concluindo que: (i) O Ministério Público está vinculado aos requisitos e pressupostos legais para o oferecimento do acordo; (ii) não sendo ato discricionário, torna-se possível o controle interno e externo; (iii) atendidos os critérios, no caso em concreto, a colaboração se torna *direito subjetivo* do acusado; (iv) havendo recusa injustificada do proponente, o juiz assegurará a segurança e a previsibilidade necessárias ao colaborador²²⁰.

²¹⁸ COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**: a atuação do estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017. p. 118.

²¹⁹ BEDÊ JUNIOR pontua que: Nesse caso, entendemos não ser possível afirmar a existência de um direito subjetivo do acusado ao acordo e às suas consequências no processo penal brasileiro. A lógica do acordo parte da premissa da disponibilidade do oferecimento de proposta, que possui caráter eminentemente funcional, do ponto de vista da produção de provas lícitas e úteis ao autor da ação penal. BEDÊ JUNIOR, Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. Revista dos Tribunais: vol. 969, Julho de 2016. p. 2. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.969.08.PDF> p. 3. Acesso em: 26 de dezembro de 2018.

²²⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 85, 2017.

Há ainda a figura do *jugador/homologador*, que exerce seu papel em dois momentos. O primeiro é o da *homologação do acordo* de colaboração premiada e o segundo, do *sentenciamento da ação penal*. Para além desses atos, é vedada, como visto, a participação do magistrado nas tratativas do acordo de colaboração premiada, vez que isto poderia comprometer sua imparcialidade²²¹. Neste sentido, conforme ensina BEDÊ, embora seja o juiz um dos *atores*, ou sujeitos, da colaboração premiada, não pode ser confundido como uma das partes do acordo, sendo excluído, portanto, das tratativas da colaboração²²². Portanto, o juiz ocupa posição de terceiro equidistante.

A partir do momento em que as partes atingem um acordo em relação à cooperação do imputado, o *negócio* entre eles celebrado deve ser submetido ao controle do judiciário, à luz do que dispõe o §7º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013, conforme abaixo:

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

Portanto, este é o momento inaugural em que o juiz toma ciência da existência de um acordo de colaboração entre imputado e Ministério Público. Ante o teor do §7º do art. 4º, resta evidente que o juiz não exerce uma *mera função burocrática* de homologador. Embora, como visto, não possa se imiscuir no *mérito* do acordo, exerce crucial função de verificar a presença dos pressupostos legais de regularidade, legalidade e voluntariedade, ou seja, deve verificar os aspectos formais do acordo de colaboração. A despeito do texto legal, legalidade e regularidade são termos que se confundem. Quanto à legalidade, o juiz deve verificar se a colaboração conta com previsão legal e respeita os Direitos Humanos; se é necessária, ou seja, se haveria outro meio menos restritivo de direitos

²²¹ A atuação direta do magistrado na negociação acarreta violação à sua imparcialidade e à presunção de inocência do acusado em razão de discussões sobre o lastro probatório existente no momento inicial da instrução e da situação do réu no processo, além de intensificar o poder de coerção estatal para forçar a realização da barganha. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: a análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 138.

²²² BEDÊ JUNIOR, Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 969, p. 2, julho de 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.969.08.PDF> Acesso em: 25 de dezembro de 2018.

fundamentais para obtenção da prova; e, se o crime apurado é grave²²³. Já em relação à voluntariedade, o juiz deve verificar se a colaboração foi livre e espontânea, ou seja, destituída de pressões externas, podendo o magistrado ouvir em sigilo o colaborador, conforme surpadito parágrafo sétimo, *in fine*.

Neste sentido, é o entedimento do STF, firmado no julgamento do HC 127.486/PR: “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”²²⁴. Prosseguindo, o acórdão ainda destaca que “o juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público”²²⁵.

Uma vez homologado o acordo de colaboração, o segundo momento de atuação do juiz será ao final da instrução processual, com o *sentenciamento*. Ocorre que, como visto, o acordo de colaboração premiada constitui um meio de obtenção de prova. Logo, será ao longo da instrução que se verificará a efetiva cooperação do colaborador com a persecução penal. Com efeito, ao prolatar a sentença o juiz examinará o grau de efetividade da colaboração para, assim, determinar o benefício que será concedido ao colaborador, à luz do que dispõe o §11º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013. A eficácia que se espera é em relação ao que foi expressamente disposto no termo de colaboração. Não se trata de uma verificação subjetiva de eficácia. Deste modo, se o acordo foi no sentido de se revelar a estrutura hierárquica da organização criminosa, mas o colaborador apresenta apenas alguns coautores, a colaboração é tida como ineficaz, já que os efeitos almejados pelas partes não foram produzidos²²⁶.

Questão tormentosa que tangencia a *homologação*, e o posterior *sentenciamento*, diz respeito à vinculação do magistrado, aos termos do acordo homologado, no momento da prolação da sentença. BADARÓ aponta para uma resposta negativa, ao dispor que “assim, apenas na sua concretização o acordo de delação será remetido ao magistrado, [...] não estando vinculado aos termos

²²³ BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração Processual: legalidade e valor probatório. In: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, vol. 23, n. 269, p 6-7, 2015.

²²⁴ BRASIL. STF, HC 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, p. 25.

²²⁵ Ibidem, p. 26.

²²⁶ COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada**: a atuação do estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça. Curitiba: Juruá, 2017. p. 135.

negociados pelas partes”²²⁷. O Manual ENCCLA, do Ministério Público Federal, aponta na mesma direção ao dispor que “a homologação não implica qualquer compromisso judicial em acatar as condições pactuadas entre colaborador e o Delegado de Polícia ou entre o colaborador e o Ministério Público”²²⁸.

Em sentido oposto, VASCONCELLOS sustenta que, em decorrência da segurança jurídica, o juiz está vinculado ao que previamente as partes pactuaram e por ele homologado, ainda que, em virtude de férias ou remoção, o juiz sentenciante seja diverso daquele que homologou o acordo de colaboração²²⁹. Mas não é só, CANOTILHO e BRANDÃO asseveram que o juiz homologador assume um compromisso em nome do Estado, razão pela qual, “ocorrendo a colaboração nos termos pactuados e sendo ela eficaz, em princípio devem ser outorgadas ao réu colaborador as vantagens que lhe foram prometidas”²³⁰. Na mesma linha de raciocínio, VALDEZ PEREIRA ensina que “preenchidos os seus termos, cumprindo o agente com suas obrigações e ônus assumidos no acerto, passa a ter direito a tratamento favorável, o que deveria mesmo constar no termo, o qual é condicional, mas vinculado pelo seu conteúdo”²³¹. A jurisprudência do STF se consolida neste sentido, conforme se verifica do emblemático HC 127.483/PR:

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 acordo judicialmente homologado, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

A posição assumida pelo STF decorre substancialmente do dever observância do princípio da segurança jurídica, haja vista que se o colaborador cooperou de modo eficaz, a não concessão dos prêmios previamente pactuados representaria uma *trapaça* estatal. Neste sentido consignou o supradito acórdão:

A segurança jurídica, de acordo com Humberto Ávila, traduz-se na “exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis” (“confiabilidade”), bem como na possibilidade de o

²²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4. ed. rev. atual. e amp., p. 468, 2016.

²²⁸ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>>.

Acesso em: 20 de dezembro de 2018.

²²⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 100-101, 2017.

²³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Ed. RT, vol. 133, ano 25, p. 150, jul. 2017.

²³¹ VALDEZ PEREIRA, Frederico. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 138.

cidadão conseguir prever, com alto grau de determinação (certeza relativa), o conteúdo das normas a que está sujeito (“determinabilidade”) e, em medida razoável de profundidade e extensão, as consequências jurídicas que serão atribuídas a seus atos e que o ordenamento determina que sejam implementadas (“calculabilidade”).

Com isso, o STF concluiu pela existência de um *direito subjetivo do colaborador ao benefício* previamente pactuado no acordo de colaboração premiada, já que os primados da segurança jurídica e da confiança tornam inafastável a obrigação estatal de “*honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador*”.

Por fim, uma vez celebrado o acordo de colaboração premiada, esta trará reflexos na esfera privada de terceiros, os *coimputados delatados*, ou seja, aqueles que sofrem as consequências da formalização do acordo de colaboração premiada. A toda evidência, não há uma posição de simetria entre delator e delatado. A posição do corréu delatado é, na verdade, frágil frente à colaboração premiada, já que ocupa um local *limítrofe e nebuloso*. Por um lado, o corréu delatado é um terceiro, alheio, portanto, às tratativas do acordo de colaboração, mas, por outro, sofre as consequências diretas e indiretas da homologação do acordo²³². As tensões daí decorrentes não são sonegadas pela doutrina e tampouco pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Neste particular, interessa ao escopo desta dissertação a verificação do exercício do *direito ao confronto* em face do depoimento do colaborador premiado e a possibilidade de *impugnação* das cláusulas do acordo de colaboração. Cumpre esclarecer, desta forma, que estes temas serão retomados com maior profundidade no capítulo seguinte.

²³² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 103, 2017.

2.7 Fases do acordo de colaboração premiada

A colaboração premiada não se perfaz em um único ato²³³. A partir do momento em que determinado corréu opta por *colaborar* com a Justiça, enfrentará algumas fases até que, efetivamente, goze dos prêmios previstos em seu termo de colaboração. Ademais, a colaboração premiada pode ocorrer em qualquer fase da persecução penal²³⁴, ou seja, durante a investigação (*pré-processual*), ou ao longo da ação penal (*processual*) e mesmo em sede de execução de pena (*pós-processual*). Esta conclusão se extrai da exegese dos parágrafos 2º e 5º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013²³⁵.

Com efeito, esta dissertação tratará do *procedimento padrão*, assim intitulado por VINICIUS VASCONCELLOS, isto porque é no contexto desse procedimento que aborda-se-á, mais adiante, a submissão da colaboração premiada ao *direito ao confronto*. Deste modo, por procedimento padrão entende-se aquele em que as negociações ocorrem na etapa investigativa e após a homologação do acordo é oferecida a denúncia, razão pela qual a colaboração efetivamente ocorre na fase processual – momento em que poderá(ia) ser exercido o *direito ao confronto*²³⁶. Este procedimento padrão, conforme leciona BADARÓ, é composto por três fases, a saber: (i) fase de negociação; (ii) fase de homologação judicial; e (iii) fase de sentença (onde se decidirá sobre o cumprimento ou não do acordo)²³⁷.

²³³ Neste sentido, explica BADARÓ: Uma premissa que nos parece fundamental para a análise probatória da delação premiada é que ela não se efetiva em um único ato isolado. [...] Assim, inicia-se com o acordo de vontades entre o investigado ou acusado delator e o Ministério Público, não qual são estabelecidos os limites do acordo, o seu conteúdo, as obrigações do delator, as exigências a serem satisfeitas, os processos em que poderão ser utilizados, os efeitos pretendidos, em termos de redução ou mesmo isenção de pena, entre outras questões. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4. ed. rev. atual. e amp., p. 457, 2016.

²³⁴ VALDEZ PEREIRA esclarece que: Resumindo, a colaboração processual pode se concretizar tanto no inquérito policial, no processo penal, ou na fase de execução da pena. VALDEZ PEREIRA, Frederico. **Delação Premiada**. Letitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 139.

²³⁵ Art. 4º [...] § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). § 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

²³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 176, 2017.

²³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4. ed. rev. atual. e amp., p. 457, 2016.

A primeira etapa do acordo, chamada *fase de negociação*, é de iniciativa do imputado²³⁸ e sua defesa técnica ou mesmo por iniciativa da acusação. O que se busca, por um lado, são os prêmios advindos da celebração do acordo e, por outro, o auxílio do imputado às Agências Estatais responsáveis pela persecução e deslinde de fato(s) criminoso(s). Nesta etapa, serão discutidos e convencionados os prêmios e obrigações impostas ao imputado/colaborador. Com o escopo de preservar o sistema acusatório, a lei veda a participação do juiz nessa etapa da colaboração, do contrário, a imparcialidade restaria comprometida, haja vista que, em eventual fracasso das negociações, seriam desconsiderados todos os termos da colaboração, inclusive a confissão do imputado²³⁹.

Uma vez alcançado o acordo entre o imputado e a acusação, seus termos devem ser submetidos à autoridade judicial competente (fase de homologação judicial), conforme preceitua o art. 7º da Lei 12.850 de 2013. O parágrafo 1º do art. 7º impõe ao juiz o dever de decidir, em até 48h, sobre a homologação do acordo. Além disso, à luz do que ocorre com a decisão de pronúncia no rito do Tribunal do Júri, o juiz, ao homologar, não deve emitir qualquer juízo de valor acerca das declarações prestadas pelo imputado/colaborador²⁴⁰. Nesta etapa, compete ao juiz a observância das formalidades legais que, caso não se façam presentes, haverá a recusa na homologação, à luz do §8º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013. O juiz, portanto, detém o controle das cláusulas do acordo de colaboração premiada²⁴¹. Além de recusar a homologação, o juiz pode ainda adequar a proposta ao caso em concreto, conforme faculta o §7º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013.

²³⁸ Não se sonega a existência de acirrados debates acerca da voluntariedade (ou sua ausência) na celebração dos acordos de colaboração premiada. Contudo, não é o escopo desta dissertação discutir tais questões. Neste sentido, *v.g.* confira: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 135-146, 2017; ESPINEIRA LEMOS, Bruno; CALDEIRA, Felip Machado. Delação premiada de acusado preso. In ESPINEIRA LEMOS, Bruno; CALDEIRA, Felip Machado. (Orgs.). **Delação Premiada**. Estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016. p. 75-91.

²³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4. ed. rev. atual. e amp., p. 458, 2016.

²⁴⁰ Este é, inclusive, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, exarado no julgamento do paradigmático Habeas Corpus 127.483/PR, quando se consignou que: Nessa atividade de deliberação, o juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emitirá nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas, pelo colaborador, à autoridade policial, ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo de idoneidade a seus depoimentos posteriores.

²⁴¹ Neste sentido, VASCONCELLOS aponta que: O magistrado deverá controlar a legalidade e a constitucionalidade dos dispositivos do acordo, podendo anular cláusulas manifestamente inadmissíveis (como renúncias inconstitucionais ou obrigações abusivas) ou deteminhar às partes a emenda de eventuais imprecisões. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 188, 2017.

Ainda sobre a fase de homologação, VASCONCELLOS destaca que, embora seja vedado ao magistrado se aprofundar nas questões fáticas do caso, trazidas à baila pelo depoimento do colaborador, a análise homologatória não deve ser *excessivamente superficial*, isto porque tal análise vincula o julgador no momento da prolação da sentença. O que se pretende, portanto, é que haja um mínimo controle sobre o mérito dos elementos probatórios ou informativos da investigação²⁴².

No que concerne ao juízo competente para homologação do acordo de colaboração premiada, à luz do que ocorre, por exemplo, com pedidos de quebras de sigilo, o acordo de colaboração deve ser remetido para à Vara para qual o inquérito foi distribuído. CANOTILHO e BRANDÃO asseveram que “*a competência para homologação deve ser deferida ao tribunal que à partida se anteveja como competente para o julgamento das causas em 1ª instância*”²⁴³.

O escopo da fase de homologação é, portanto, assegurar que o colaborador, cumprindo sua parte, receba ao final os prêmios convencionados no acordo de colaboração. Nas palavras de CANOTILHO e NUNO BRANDÃO:

Homologando o acordo, o juiz não se limita a declarar a sua validade legal, mas também, de certo modo, assume um compromisso em nome do Estado: ocorrendo a colaboração nos termos pactuados e sendo ela efi caz, em princípio devem ser outorgadas ao réu colaborador as vantagens que lhe foram prometidas²⁴⁴.

Por fim, na *fase da sentença*, conforme supradita lição de CANOTILHO, deve o juiz conceder os prêmios pactuados entre acusação imputado/colaborador. É o momento de execução do acordo e de verificação da efetividade da colaboração. Nesta fase, são concedidos os benefícios ao imputado/colaborador.

A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apontam para a existência de um direito subjetivo do colaborador ao prêmio pactuado, quando a cooperação do imputado for efetiva²⁴⁵. A esse respeito, em abril de 2010, no julgamento do Habeas Corpus 99.736/DF, de Relatoria do Ministro Ayres Brito, o STF firmou o seguinte entendimento:

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

²⁴² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 185, 2017.

²⁴³ CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Ed. RT, vol. 133, ano 25, p. 50, jul. 2017.

²⁴⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 188, 2017.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 200.

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.

Portanto, havendo colaboração efetiva do imputado, o juiz fica obrigado a conceder os benefícios do acordo, não havendo, deste modo, espaço para discricionariedade do magistrado sobre que prêmio atribuir. Reitera-se que, ao homologar o acordo, o juiz se vincula à decisão de homologação. No entanto, cumpre destacar que a referida vinculação não exonera o juiz de seu dever de motivação (art. 93, inciso IX da Constituição Federal) em relação à concessão de prêmios.

2.8 Natureza jurídica do depoimento do colaborador

Uma vez homologado o acordo de colaboração premiada, o imputado colaborador deverá se manifestar sobre os fatos criminosos que, pelo acordo, se comprometeu a revelar às autoridades estatais responsáveis pela persecução penal. O §14º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013 estabelece que o colaborador renuncie ao direito ao silêncio e preste compromisso de dizer a verdade.

A doutrina, entretanto, diverge quanto ao *regime jurídico* adotado em relação ao depoimento do colaborador, apontando uma natureza dúplice: em relação ao próprio colaborador, representaria uma *confissão*, ao passo que em relação aos delatados seria uma *prova testemunhal*.

TOURINHO explica que a confissão é “o reconhecimento feito pelo imputado de sua própria responsabilidade”²⁴⁶. BADARÓ, de igual modo, considera que a confissão é a admissão expressa e voluntária, perante autoridade competente, de um crime contra si²⁴⁷. Apesar do Código de Processo Penal prever a confissão como *meio de prova*, o mais correto seria classificá-la como o *resultado*, eventual, do

²⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 35 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 319.

²⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4. ed. rev. atual. e amp., p. 451, 2016.

interrogatório, pois, note-se, a confissão representa apenas uma possibilidade, ou estratégia, no momento do interrogatório. Portanto, é um elemento de prova.

Deste modo, é lícito concluir pelo descabimento da classificação do depoimento do colaborador como confissão, pois como visto, para além de reconhecer, contra si, a responsabilidade pelo cometimento de um crime, o depoimento do colaborador envolve questões mais amplas, notadamente no que tange à incriminação de terceiros²⁴⁸.

Já o conceito de testemunha, à luz do *direito ao confronto*, aponta para um terceiro desinteressado que comparece em juízo para, compromissado com a verdade, prestar esclarecimentos a respeito de fatos que pessoalmente presenciou. Apesar de o colaborador prestar compromisso com a verdade, nos termos do §14º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013, ele não é um terceiro desinteressado, até uma porque também participou dos fatos criminosos e seu depoimento decorre do interesse na obtenção dos prêmios pactuados no acordo de colaboração premiada²⁴⁹. LAUAND sustenta que prestará seu depoimento em desfavor do coimputado incriminado, “mas nunca na qualidade de testemunha, pois, como já esclarecido, não possui imparcialidade para tanto”²⁵⁰.

VALDEZ PEREIRA, entretanto, se insurge contra o dever legal de o colaborador prestar compromisso com a verdade. Neste sentido, o regime processual do colaborador premiado deve ser concebido de modo a figurar entre o exame testemunhal e interrogatório do réu, sendo inadequado pretender equipará-lo à condição de testemunha, ou seja, o colaborador ostenta um *status* jurídico intermediário²⁵¹.

Já VASCONCELLOS, refuta classificar o depoimento do colaborador como *confissão* e/ou como *prova testemunhal*. Neste passo, sustenta que o depoimento do colaborador merece ser analisado no processo penal como *uma categoria*

²⁴⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 65, 2017.

²⁴⁹ Merece nota, entretanto, que o STJ aceita que o colaborador possa ser testemunha, desde que em processo alheio no qual não figure como acusado ou envolvido, conforme julgado no Recurso em Habeas Corpus nº 67.493/PR, apreciado pela 5ª Turma em 19 de abril de 2016.

²⁵⁰ LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 126.

²⁵¹ VALDEZ PEREIRA, Frederico. **Delação Premiada**. Letitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 198.

*própria*²⁵². O autor, entretanto, não apresenta proposta sistematizada desta *nova categoria*.

No entanto, tendo em vista o escopo desta dissertação, as divergências conceituais mencionadas não possuem relevância. Interessa saber que a declaração do colaborador, independentemente se sua natureza jurídica formal representa, à luz do *conteúdo do direito ao confronto*, depoimento incriminador ou, conforme a Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, *witnesses against him*. Deste modo, conforme será sustentado no capítulo seguinte, constitui direito do delatado confrontar o colaborador premiado e, além disso, impugnar as cláusulas do acordo de colaboração que *desencadeou* o depoimento incriminador.

²⁵² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., p. 68, 2017.

3 PROBLEMAS RELACIONADOS AO EXERCÍCIO DO *DIREITO AO CONFRONTO* NO ÂMBITO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Nos capítulos anteriores, o *direito ao confronto* e a colaboração premiada foram sistematizados. Este derradeiro capítulo tem por escopo analisar o *direito ao confronto* aplicado à colaboração premiada e apontar os entraves que desembocam na impossibilidade de seu exercício em sede de colaboração premiada, conforme recorte epistemológico proposto nesta dissertação.

No mais, este capítulo visa a demonstrar que a colaboração premiada prevista na Lei 12.850 de 2013, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não têm o condão de afastar a incidência do *direito ao confronto*, materialmente constitucional.

3.1 O sigilo até o oferecimento da denúncia (art. 7º, §3º da Lei 12.850 de 2013)

A colaboração premiada, consoante visto no capítulo anterior, não se perfaz em uma única etapa, perpassa por diversas fases: (i) fase de negociação; (ii) fase de homologação judicial; e (iii) fase de sentença (onde se decidirá sobre o cumprimento ou não do acordo).

O art. 7º da Lei 12.850 de 2013 determina que o pedido de homologação será distribuído em sigilo, sendo certo que a colaboração somente se tornará pública com o oferecimento da denúncia, à luz do que dispõe o §3º do já citado art. 7º. A preponderância do sigilo ao longo da fase de negociação e mesmo da fase de homologação se justifica pela necessidade de assegurar a espontaneidade e voluntariedade do colaborador, que estaria vulnerável a pressões externas voltadas a dissuadi-lo de prosseguir com as tratativas, bem como assegurar o prosseguimento das investigações.

Dito isto, repise-se que o *direito ao confronto* incide na produção da prova testemunhal incriminadora ao longo da instrução processual. Resta evidente que o depoimento prestado pelo colaborador logo após a celebração do acordo e antes de sua homologação repercutirá no exercício do *direito ao confronto*, ainda que em momento futuro, posterior ao oferecimento da denúncia. Isto porque o *direito ao*

confronto decorre da existência de conteúdo probatório oral incriminatório, ou seja, contrário ao acusado e, a toda evidência, este conteúdo probatório poderá se encontrar em atividades anteriores à fase judicial da persecução penal, quando o colaborador depõe perante o Ministério Público.

Em relação ao sigilo, o §2º do art. 7º estabelece:

§ 2º 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.

No entanto, este regime parece insuficiente. A Constituição Federal assegura a publicidade dos atos processuais que, aliás, configura um direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LX, sendo possível, em casos excepcionais a mitigação do princípio da publicidade (defesa da intimidade e interesse social). Portanto, justificadamente, é possível operar restrição ao acesso à informação acerca do ato processual. À luz do mandamento constitucional, o *direito de informação* jamais pode ser eliminado por completo. De igual modo, com fulcro no art. 37 da Constituição Federal, a publicidade vincula a atuação da administração pública ao princípio da publicidade.

Apesar não ser adequado falar em atos processuais, por não haver atividade jurisdicional, resta evidente que o princípio constitucional se aplica à fase da colaboração premiada em análise. Neste particular, MARIANA LAUAND sustenta que “em virtude da garantia da publicidade dos atos processuais e pré-processuais penais, o procedimento preliminar em que tenham sido tomadas as declarações incriminadoras do colaborador não pode ser um documento secreto”²⁵³.

O Supremo Tribunal Federal, por vezes, se debruçou sobre a questão do sigilo nas fases iniciais da colaboração premiada. Neste sentido, no Mandado de Segurança 33278/DF, o Ministro Relator LUIZ ROBERTO BARROSO fixou entendimento ressonante ao estabelecido pela Lei 12.850 de 2013, visto ter consignado que até o oferecimento da denúncia o acesso aos depoimentos colhidos na colaboração premiada é restrito ao juiz, ao Ministério Público ou ao Delegado de Polícia, assim como aos patronos que atuam na causa, conforme abaixo:

[...] 16. O sigilo previsto no art. 7º da Lei nº 12.850/2013, portanto, é instituído “como forma de garantir o êxito das investigações” (§ 2º), e, por

²⁵³ LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 113.

isso mesmo, vale apenas temporariamente, até o recebimento da denúncia (§ 3º). Como se percebe, o sigilo é da essência da investigação.

17. Portanto, está longe de ser teratológica a interpretação segundo a qual, até o recebimento da denúncia, o acesso aos depoimentos colhidos em regime de colaboração premiada é restrito ao juiz, ao membro do Ministério Público, ao delegado de polícia e aos defensores que atuam nos respectivos autos. Isto porque a divulgação de dados durante o período crítico que antecede o recebimento da denúncia – ainda que para autoridades com hierarquia e poderes semelhantes – poderia comprometer o sucesso das apurações, bem como o conteúdo dos depoimentos ainda a serem colhidos e a decisão de eventuais envolvidos em colaborar ou não com a Justiça [...].

O sigilo, como visto, é a regra a ser observada até a homologação do acordo de colaboração premiada. Em contrapartida, não é absoluto, visto que há possibilidade de acesso aos autos pelo coimputado delatado, desde que constitua defensor. Isto, sem dúvida, assegura o exercício das garantias do delatado, tal como o contraditório na modalidade de direito de influência. Com o acesso aos autos, o delatado poderá, por exemplo, apresentar um *alibi* que desconstrua uma narrativa fantasiosa, por exemplo.

O *direito ao confronto*, entretanto, exige mais do que o acima exposto. Isto porque o conteúdo do *direito ao confronto* “impõe que todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma pública, oral e na presença do julgador e acusado e submetido à inquirição deste último”²⁵⁴. Entretanto, pela sistemática do art. 7º da Lei 12.850 de 2013, o saber testemunhal incriminador é produzido desrespeitando as condições ora elencadas. Isto ocorre porque o depoimento do colaborador é colhido pelo próprio Ministério Público, que, após, remete ao juiz para homologação. Portanto, o saber testemunhal é produzido sem a presença do juiz e tampouco do delatado.

Não se sonega, evidentemente, que o colaborador se obriga a reproduzir seu depoimento em juízo, momento em que o delatado poderá exercer o contraditório e a ampla defesa, porém, o *direito ao confronto* permanece comprometido, pois o depoimento prestado em juízo é mera *corroboração* do que já fora dito em momento anterior à fase de homologação, ou seja, o saber testemunhal deixou de ser confrontado em seu *nascedouro*.

O adequado seria que a sistemática de produção do saber testemunhal incriminador (depoimento do colaborador) fosse disciplinada de modo diverso na Lei 12.850 de 2013. O ideal seria que, no momento da negociação, fossem elencados

²⁵⁴ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 78.

os fatos que o delator pretende apontar, mas que este os revelasse efetivamente o saber testemunhal incriminador em uma audiência designada para este fim, ainda que sob sigilo externo, mas na presença do juiz, do Ministério Público e, sobretudo, com a presença física do coimputado delatado. É uma questão, portanto, *de lege ferenda*.

A consequência do modelo adotado pela lei 12.850 de 2013 é a impossibilidade de valoração das declarações extrajudiciais do colaborador na sentença, pois não foi oportunizado ao delatado exercer o *direito ao confronto* em relação ao saber testemunhal incriminador, produzido pelo colaborador em seu depoimento junto ao Ministério Público.

O art. 155 do Código de Processo Penal dispõe que:

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.

Entretanto, a *repetição* do depoimento do colaborador na fase judicial, como visto, não muda este cenário, isto porque, mesmo em juízo o *direito ao confronto* tem seu conteúdo esvaziado, na medida em que lhe é assegurado depor sem manter contato visual com delatado. A doutrina, no entanto, admite a valoração²⁵⁵, porquanto focada na observância do contraditório, que, como visto à exaustão, não se confunde com o *direito ao confronto*.

²⁵⁵ VASCONCELLOS aduz que a partir da lógica da oralidade e publicidade que deve guiar o sistema acusatório, é necessário que somente possam ser valorados pelo julgador no sentenciamento aqueles elementos de prova produzidos durante a fase processual da persecução, com respeito ao contraditório. Tal premissa caracteriza a “regra de ouro do processo acusatório” [...]. VASCONCELLOS, Vinicius. Colaboração Premiada no Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 218, 2017.

3.2 O acesso ao registro audiovisual das declarações extrajudiciais do colaborador (art. 4º, §13º da Lei 12.850 de 2013)

O art. 4º da Lei 12.850 de 2013 estabelece que “sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.” a Lei preconiza, assim, que se opere o chamado *duplo registro* da colaboração premiada: o termo escrito e a gravação audiovisual das declarações do colaborador.

No entanto, a Lei 12.850 de 2013 determina que o registro ocorrerá “sempre que possível”. A redação do dispositivo, deste modo, abre margem para eventual discricionariedade na captação audiovisual do depoimento do colaborador. Porém, em face da extrema relevância do meio de obtenção de prova, a leitura desta cláusula deve ser a mais rigorosa possível. Deste modo, cabe a autoridade responsável pela coleta dos depoimentos expor, de modo justificado, a impossibilidade de registro dos depoimentos, em decorrência da motivação dos atos administrativos. O registro funciona como uma *via de mão dupla*, por um lado assegura maior confiabilidade às declarações do colaborador e, por outro, pontencializa o direito à eventuais impugnações pelo delatado.

Demais disso, como visto *supra*, o sigilo da colaboração premiada não é absoluto, na medida em que o coimputado delatado pode pugnar pelo acesso aos elementos de prova em momento anterior ao oferecimento da denúncia à luz do art. 7º, § 2º. Incluídos nestes elementos de prova, estão as gravações audiovisuais.

Conforme se verá mais adiante, o *direito ao confronto* assegura ao coimputado delatado a possibilidade de formular questões acerca da validade do acordo de colaboração premiada avençado. Deste modo, é crucial ao delatado acessar previamente o conteúdo audiovisual produzido no momento do depoimento do colaborador, pois, com isso, é possível averiguar imprecisões ocorridas na *redução a termo* do depoimento e mesmo avalair o *estado de espírito* do colaborador a fim de, quando confrontar o colaborador, formular perguntas que correlacionadas à voluntariedade do colaborador, por exemplo.

3.3 O direito assegurado ao colaborador de depor sem contato visual com delatado (art. 5º, inciso IV da Lei 12.850 de 2013)

Consoante visto nos capítulos anteriores, o *direito ao confronto* apresenta origem Saxã e resta cristalizado na Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, sendo um direito típico dos países da *Common Law*. Entretanto, por seu conteúdo universal, tem aplicabilidade também nos países de tradição continental. Neste sentido, muitos tratados que versam sobre Direitos Humanos contemplam o instituto, razão pela qual, no Brasil, o *direito ao confronto* goza de *status* materialmente constitucional. Dito isto, é lícito concluir que, apesar de não ser da tradição jurídica brasileira, o *direito ao confronto* se traduz em um direito fundamental cogente que deve ser observado e efetivamente assegurado nas persecuções penais aqui deflagradas, sempre que o imputado estiver diante de um *saber testemunhal incriminador*.

A colaboração premiada, por seu turno, em apertada síntese, *desemboca* em um depoimento incriminador, em desfavor de um ou mais coimputados. Logo, seria lógico concluir que o *direito ao confronto* pode ser exercido em face do colaborador, ao prestar o depoimento incriminador. No entanto, não é isto que se verifica, seja por uma leitura equivocada por parte da doutrina e da jurisprudência, que fazem certa confusão entre o *direito ao confronto* e o exercício do contraditório e ampla defesa, seja pelas disposições legais que, voltadas a assegurar o *bem estar* e a integridade do colaborador (consectários da dignidade da pessoa humana), vedam o exercício do *direito ao confronto*.

A Lei 12.850 de 2013 estabelece uma série de direitos assegurados ao colaborador premiado. O rol destes direitos se encontra no art. 5º da lei. A esta dissertação interessa o direito assegurado no inciso IV, cujo texto dispõe: (são direitos do colaborador) “participar das audiências sem contato visual com os outros acusados”. Neste particular, a doutrina que se debruça sobre os institutos da Lei 12.850 de 2013 não vislumbra maiores dificuldades neste dispositivo e a razão disto já fora exposta ao longo deste trabalho (*notadamente no item 1.7.1*), ou seja, apesar de materialmente constitucional, o *direito ao confronto* é renegado pelos operadores do Direito, ou, quando lembrado, é tratado como se fosse uma forma de exercício do contraditório e da ampla defesa.

Demais disso, o direito assegurado pelo art. 5º, inciso IV, da lei 12.850 de 2013 é corolário do princípio da constitucional da dignidade da pessoa humana decorrente do art. 5º, inciso III, da Constituição Federal. Segundo PIOVESAN, a dignidade da pessoa humana é um princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido e condicionando a interpretação de suas normas²⁵⁶.

Este cenário inaugura um conflito entre o direito assegurado ao colaborador de não ter contato visual com o coimputado delatado, que visa a tutelar sua dignidade, segurança e liberdade e, portanto, açambarcado pela dignidade da pessoa humana com o *direito ao confronto*, assegurado ao delatado pelos tratados internacionais e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como norma materialmente constitucional.

3.3.1 A regra de ponderação de ROBERT ALEXY aplicada ao direito do colaborador de depor sem contato visual com delatado

A fim de solucionar o conflito, são necessárias notas a respeito da Teoria da Ponderação, desenvolvida pelo filósofo do Direito ROBERT ALEXY. Antes de analisar sua estrutura, ALEXY se preocupa em conceituar *norma*. A palavra é empregada em diversos sentidos, sejam eles de “regra”, “mandamento”, “preceito”, todavia, sempre marcados por sua vagueza. É necessário, portanto, que se alcance um conceito sólido o suficiente para se construir bases para análises futuras. Da mesma forma, é necessário que seja flexível (ou frágil) o suficiente para se permitir adequação aos mais diversos casos apresentados.

Normas, portanto, devem ser diferenciadas de enunciados normativos. Norma é o significado de um enunciado normativo. Normas podem ser expressas de diversas maneiras, como o texto de lei, o comando de um oficial de trânsito, um semáforo. O enunciado normativo será, portanto, o texto da norma incorporado em determinado ordenamento jurídico. Norma é, portanto, um conceito primário de enunciado normativo²⁵⁷. Toda norma poderá ser expressa por um enunciado normativo, bem como por diversas outras formas. Já um enunciado normativo

²⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54.

²⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Vírgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2. ed, 2015. p. 54.

deverá, necessariamente, observar requisitos de formalidade para compor o arcabouço legal do sistema jurídico em que está inserido.

Partindo de uma abordagem concreta, devem ser observados os conceitos de norma de direito fundamental e disposição de direito fundamental. ALEXY pontua que a referida diferenciação deverá ter por base critérios estruturais, substanciais ou formais.

O critério formal apontado por ROBERT ALEXY no que tange à diferenciação de normas e disposições fundamentais diz respeito à forma de positivação. Neste sentido, as disposições do Título II da Constituição brasileira de 1988 são, portanto, disposições de direitos fundamentais, além de uma infinidade de outras disposições normativas no direito brasileiro que versam sobre tais direitos. Há que se remeter à cláusula de abertura do parágrafo segundo do Art. 5º da CRFB/88. Assim, na visão de ALEXY, é lícito afirmar que são disposições de direitos fundamentais aquelas contidas no Título II da CRFB/88, bem como aquelas outras que se encontram ao longo da redação da Magna Carta, tais como as disposições dos arts. 225 e 226. Normas de direitos fundamentais, por outro lado, seriam aquelas normas diretamente decorrentes de tais disposições.

Apresentado o ideal de norma de direito fundamental, há que se observar a sua textura ampla, como apontado alhures. Passa-se à análise da subdivisão em regras e princípios para, após, tratarmos dos casos de colisão.

Conceituada a norma de direito fundamental, é necessário analisar sua estrutura. Diante da vasta gama de teorias, ALEXY prefere aquela em que as normas de direitos fundamentais têm sua estrutura definidas por regras e princípios²⁵⁸. Regras possuem em sua aplicação uma forte característica de *tudo ou nada*. Isso significa dizer que ou se cumpre uma norma ou não se cumpre. Quando as circunstâncias do enunciado da regra ocorrem, ou esta seria válida e suas consequências deveriam ser aceitas de imediato, ou seria inválida, situação em que nenhuma medida poderia solucionar o conflito²⁵⁹. Regras²⁶⁰ são, portanto, comandos

²⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 84-86.

²⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad.: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 200.

²⁶⁰ É necessário esclarecer que as regras podem conter as chamadas cláusulas de exceção, o que não invalidam o seu caráter absoluto (ou do tudo ou nada). Cite-se como exemplo uma situação comum no ambiente escolar: alunos somente podem deixar a sala de aula mediante o toque do sinal. Ora, caso um aluno deixe a sala de aula sem o toque do sinal, estaria violando a regra; todavia, a regra poderá conter exceções. Imaginemos que “todo aluno somente poderá deixar a sala após o

permissivos ou proibitivos, de menor grau de generalidade e positivados em um determinado ordenamento jurídico.

Princípios, no entanto, são marcados pela amplitude. Princípios são normas que determinam o cumprimento de algo na maior amplitude possível diante das inúmeras possibilidades de fato e de direito que possam ser observadas. São, portanto, mandamentos de *otimização* do ordenamento jurídico. ALEXY utiliza uma conceituação ampla de princípio, ou seja, poderão ter um viés permissivo ou proibitivo. Tais mandamentos podem ser cumpridos em diversos graus, tendo em vista que seu cumprimento depende de questões de fato e questões de direito. Tudo dependerá das regras e dos princípios incidentes no caso concreto. Da mesma forma, em razão de sua vagueza, são possíveis, em princípio, várias soluções. Por tal razão, os princípios são mandamentos de otimização, de maior grau de generalidade, mas não necessariamente positivados e dotados de forte carga deontológica e até axiológica²⁶¹. Os princípios, deste modo, se caracterizam ainda como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis²⁶².

A distinção entre regras e princípios pode ainda ser evidenciada em seu caráter *prima facie*. Ocorrendo as situações previstas em determinada regra, ocorrerão as consequências jurídicas. A regra inserta no art. 121 do Código Penal brasileiro é um exemplo claro de uma regra que impõe uma abstenção. Ao impor uma pena à prática do homicídio, está clara a sua consequência jurídica: reclusão de seis a vinte anos. Há aqui um *dever ser* definitivo ou real. Quem pretender afastar tal enunciado com base em regras previstas (como por exemplo, as causas de excludentes de culpabilidade e punibilidade) ou princípios, necessariamente deverá apresentar a devida e fundamentada argumentação.

Princípios possuem um aspecto diferente. O seu caráter abstrato e geral implica sua amplitude. Além de seu caráter de otimização, há um *dever ser ideal*.

toque do sinal”, porém, a regra contenha duas exceções: “alunos poderão deixar a sala de aula mediante autorização do professor responsável pela turma”; ou então, “alunos poderão deixar a sala de aula ao soar do alarme de incêndio”. É evidente a abstenção imposta pela regra. Porém, diante de circunstâncias específicas, desde que previstas, um aparente “descumprimento” não invalidaria seu caráter absoluto. As exceções integram a regra. Ocorrendo a exceção, forçosamente se cumpre a regra à qual a exceção pertence.

²⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.

²⁶² Ibidem, p.99.

Um *dever ser* ideal exige o cumprimento mais amplo e aproximado possível de algo. Este *dever ser* é o que define o caráter *prima facie* dos princípios. Para a realização de um princípio são necessárias possibilidades fáticas e jurídicas, além de outros princípios.

Por outras palavras, regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio²⁶³.

Norma, na medida de seu conteúdo mandamental (permissivo ou proibitivo), é gênero, do qual as regras (de menor grau de generalidade e positivadas) e os princípios (de maior grau de generalidade, não necessariamente positivados e dotados de forte carga deontológica e até axiológica) são espécies. Esta visão de princípio é a visão clássica de DWORKIN. Para ALEXY, todavia, os princípios se caracterizam ainda como mandamentos de otimização²⁶⁴.

Ponto de particular relevância na diferenciação entre regras e princípios é a ocorrência de colisões entre eles. Ambas as normas em uma aplicação isolada são válidas. Porém, há casos em que sua aplicação de forma conjugada leva a resultados inconciliáveis entre si. Formam-se dois juízos concretos de *dever-ser* jurídico contraditórios. As normas se distinguem, portanto, pela forma de solução do conflito²⁶⁵.

De forma geral, havendo conflito entre regras, a solução é alcançada por meio de cláusulas de exceção inseridas em uma destas, permitindo a solução do conflito. Neste caso, ambas as regras permanecem válidas. A harmonia pode ser alcançada ainda através da declaração de invalidade de uma das regras, o que deverá ser adotado caso não seja possível a inserção de cláusulas de exceção em uma das regras. Diante de tal declaração de invalidade, deverá a norma inválida ser retirada do ordenamento jurídico.

Deste modo, dois juízos de *dever-ser* real, contraditórios entre si, não podem ser válidos. Diante de consequências jurídicas concretas e contraditórias, ou se

²⁶³ Ibidem, p. 91.

²⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 91-92.

²⁶⁵ Ibidem, p. 98.

insere uma cláusula de exceção em uma das regras ou se invalida uma das regras. Diante de tais orientações, surge o questionamento: em caso de conflitos de regra, qual regra deverá sofrer exceção ou anulação? Em casos de colisão de regras sem cláusula de reserva em princípios, deverá ser utilizado o critério do *tudo ou nada*²⁶⁶, a saber: (i) regra hierarquicamente superior derroga regra inferior; (ii) regra especializada derroga regra geral (ou genérica); (iii) regra contemporânea derroga regra antiga. Havendo regras com cláusula de reserva em princípios, somente uma será aplicável. Quando o princípio que apoia uma regra cumpre a cláusula de outra regra, somente uma é aplicável, não a outra. A partir da descrição da situação em que a inaplicabilidade ocorre, podem-se obter nesse caso as características para a formulação de uma exceção, reduzindo, assim, possíveis contradições entre regras. A aplicação de regras se dá, portanto, pela subsunção²⁶⁷.

A solução para colisão de princípios, por sua vez, se dá de maneira diversa das regras. Ocorre que, não raro, registra-se a ocorrência de princípios permissivos que colidem com princípios proibitivos. Nestes casos, um dos princípios deverá ceder, sem que, contudo, o princípio cedente seja declarado inválido. Da mesma forma, não é possível inserir em um dos princípios uma cláusula de exceção como é feito em casos de conflitos de regras.

Em verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso²⁶⁸.

A solução de conflitos de princípios proposta por ROBERT ALEXY se dá através do sopesamento de princípios e da análise de seus respectivos pesos. A essa técnica dá-se o nome de Lei da Ponderação ou Lei de Colisão.

²⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 93.

²⁶⁷ Ibidem, p. 214.

²⁶⁸ Ibidem, p. 94.

Assim como o Supremo Tribunal Federal brasileiro, o Tribunal Federal Alemão se depara dia a dia com tensões entre deveres e garantias constitucionalmente amparadas. ALEXY cita a conclusão do Tribunal Alemão:

Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, 'por si só, de prioridade'. O 'conflito' deve, ao contrário, ser resolvido 'por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes'²⁶⁹.

A lei da ponderação proposta preconiza que quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio²⁷⁰. Deste modo, são estabelecidos os seguintes níveis: (a) avaliar o grau de descumprimento ou de interferência de um princípio em outro; (b) identificar o grau de importância de cumprimento do princípio oposto e (c) identificar se o grau de importância de cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele. Para todos os níveis é possível a emissão de um juízo racional.

A chamada de *lei de colisão* é um dos fundamentos da teoria dos princípios formulada por ROBERT ALEXY. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores²⁷¹.

Observe-se que a lei de colisão prevê que princípios, de maneira isolada (P1 e P2), têm sua aplicabilidade preservada e sua precedência assegurada. Em casos de colisão, deve-se avaliar o peso de tais princípios conforme as circunstâncias (C). Logo, P1 poderá prevalecer sobre P2 diante de circunstância C; da mesma forma, P2 poderá prevalecer sobre P1 diante de determinada circunstância C'.

Esse "conflito" - como o Tribunal Constitucional Federal Alemão costuma chamar esse tipo de colisão - não é solucionado por meio da declaração de

²⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 95.

²⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad.: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 200.

²⁷¹ É necessário apenas salientar que, ao estabelecer relações concretas de precedência, a lei de colisão conduz a uma dogmática diferenciada dos direitos fundamentais específicos, isto é, não a preferências e cedências generalizantes. Assim, nos termos dessa lei, o estabelecimento de uma restrição não é uma questão tudo-ou-nada [como nas regras], mas um problema de "afastamento do direito fundamental em relações individuais". ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 99.

invalidez de uma das duas normas (princípios), mas por meio de "sopesamento", no qual nenhum dos princípios - nesse contexto, o Tribunal Constitucional Federal chama-os de "valores constitucionais" - "pode pretender uma precedência geral". Ao contrário, é necessário "decidir qual interesse deve ceder, levando-se em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais". Uma descrição mais inequívoca de uma colisão entre princípios dificilmente seria possível.

Deste modo, à luz da teoria de ALEXY, é lícito concluir que o *direito ao confronto* prevalece sobre o direito do colaborador de depor em juízo sem contato visual com os coimputados colaboradores. O *direito ao confronto* apresenta feição constitucional e transnacional, além de ser uma importante ferramenta na inquirição da fonte de prova testemunhal.

A toda evidência, andou bem o legislador ao assegurar um rol de direitos ao colaborador. No entanto, o direito a depor sem manter contato visual com o coimputado não se sustenta, já que o que se pretende não é a preservação da identidade do colaborador, que será conhecida pelo coimputado e seu defensor técnico tão logo requisitarem acesso aos autos da colaboração, conforme preceitua o parágrafo segundo do art. 6º da Lei 12.850 de 2013. Demais disso, o colaborador não é um terceiro que presenciou os eventos criminosos, mas alguém que concorreu para sua execução, ou seja, sua identidade é notória. Como se não bastasse, o ordenamento jurídico dispõe de mecanismos que poderiam se aplicar a questões pontuais, tal como quando – justificadamente – a presença do coimputado causaria tamanho pavor ao colaborador ao ponto de comprometer seu depoimento. Mas, com a devida vênia, nem isto se sustenta, pois parece razoável supor que nessa situação extrema o colaborador nem sequer negociaria um acordo. Portanto, a norma prevista no inciso IV do art. 5º ainda que correlata ao princípio da dignidade da pessoa humana deve ser afastada, pela proporcionalidade, prevalecendo o *direito ao confronto*.

Por cautela, cabe ressaltar que eventual argumentação quanto à prevalência do interesse público sobre o *direito ao confronto*, em razão da obtenção de provas e combate às organizações criminosas via colaboração premiada, igualmente não se sustenta. Neste sentido, MALAN destaca que no "ordenamento jurídico inexistente a supremacia do interesse público à persecução penal sobre as garantias processuais

penais do acusado”²⁷². Isto porque o legislador constituinte emitiu um juízo de preponderância dos direitos fundamentais, dentre os quais, está inserido, a toda evidência o direito ao confronto.

Por fim, a regra de ponderação aqui invocada e utilizada como substrato para a prevalência do *direito ao confronto* somente faz sentido porque se buscou o princípio por detrás do direito assegurado ao colaborador de depor sem manter contato visual com o delatado. Isto porque numa análise detida exclusivamente ao dispositivo da lei 12.850 de 2013 face ao *direito ao confronto*, este, sem maiores delongas, prevaleceria sobre aquele, em virtude da hierarquia das normas, já que se trata de aparente conflito em norma constitucional e norma infraconstitucional, prevalecendo, naturalmente, a norma constitucional. Demais disso, o instituto da colaboração premiada não seria abalado pelo afastamento da norma do art. 5º, inciso IV, em benefício do *direito ao confronto*. Os direitos do colaborador continuariam assegurados, bem como interesse público, em relação às persecuções deflagradas a partir de acordos de colaboração premiada. Não se pretende uma reforma radical do instituto, tampouco seu esvaziamento, mas apenas sua compatibilidade com o *direito ao confronto*.

3.4 Vedação às perguntas que se relacionem à legalidade do acordo de colaboração: posicionamento adotado pelo STF

No capítulo anterior, a natureza jurídica da colaboração premiada foi abordada sob a ótica probatória e processual. Em relação àquela, restou esclarecido que a colaboração premiada se traduz em um *meio de obtenção de prova*; em relação a esta, conclui-se que se trata de *negócio jurídico processual*.

No entanto, é lícito concluir que a doutrina e a jurisprudência abordam o tema de maneira perfunctória, se valendo, na maioria das vezes, daquilo que foi sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do Julgamento do paradigmático *Habeas Corpus* 127.783/PR, que questionou a homologação de acordo de colaboração premiada que continha cláusulas em desconformidade com a legislação. Naquela ocasião, o STF estabeleceu posicionamento segundo o qual o

²⁷² MALAN, Diogo Rudge. Gravações ambientais domiciliares no processo penal. 15º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), São Paulo, 27.08.2019.

acordo tem natureza de negócio jurídico personalíssimo e, por esta razão, terceiros não são legitimados a questionar suas cláusulas.

Importante destacar o fato de que a parcela doutrina que se insurge contra o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal²⁷³, e sustenta que a prova obtida a partir da homologação do acordo, e do consequente depoimento do colaborador, seria uma prova ilícita por derivação. No entanto, como já asseverado alhures, esta dissertação não tem por recorte epistemológico abordar a colaboração premiada sob a ótica da ilicitude probatória, mas a partir da perspectiva do *direito ao confronto*.

Deste modo, é necessário investigar a exata natureza jurídica processual da colaboração premiada, pois, com isso, será possível apurar se o *direito ao confronto* também pode ser exercido com o escopo de indagar ao colaborador quanto à licitude das cláusulas contratuais e, a toda evidência, requer a análise do acórdão prolatado nos autos do *Habeas Corpus* 127.783/PR.

Em 06 de abril de 2015, foi impetrado o aludido HC 127.483/PR, apontando como autoridade coatora o então Ministro Relator da “Lava Jato”, TEORI ZAVASCKI, em virtude da homologação da colaboração premiada de Alberto Youssef, contendo cláusulas ilegais.

Em apertada síntese, os impetrantes argumentaram que (i) a decisão que homologa um acordo de colaboração premiada reflete na esfera privada do indivíduo, porquanto ensejador da produção de uma prova penal; (ii) consequentemente, a prova obtida por meio de um acordo ilegal estaria viciada, ou seja, seria uma prova ilícita; e (iii) a denúncia oferecida em desfavor do paciente estava lastreada na colaboração de Alberto Youssef.

É sintomático notar que GILSON DIPP, em parecer que instruiu o *Habeas Corpus*, reconhece que o debate é inovador, carecendo à época, e ainda hoje, de estudo profundo por parte da doutrina. DIPP afirma que “não há decisões judiciais e nenhuma jurisprudência sobre o tema e na doutrina ainda se constitui uma zona cinzenta”²⁷⁴.

²⁷³ Neste sentido, cf.: VASCONCELLOS, Vinicius. Colaboração Premiada no Processo Penal. Revista dos Tribunais, São Paulo; WURDERLICH, Alexandre. Colaboração Premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos. in Colaboração Premiada. Coord: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; CRUZ BOTTINI, Pierpaolo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

²⁷⁴ BRASIL. STF, HC 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.

Em relação à possibilidade de impugnação das cláusulas do acordo, o raciocínio aplicado no *Habeas Corpus*, a partir do parecer de GILSON DIPP, parte da premissa que a negociação de um acordo de colaboração premiada envolve o interesse público. Deste modo, DIPP registra que o interesse público é “inegociável, não admitindo a mínima corrupção de seus direitos”²⁷⁵. O parecerista conclui que, apesar da colaboração ser um direito entre as partes, é um *direito da sociedade recusá-la*, quando ilegal por ferir o interesse público.

Portanto, o interesse público constituiu o *leitmotiv* argumentativo para permitir que um terceiro que não participou do acordo de colaboração possa impugnar suas cláusulas.

A questão foi enfrentada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de agosto de 2015. A relatoria coube ao Ministro Dias Toffoli.

Consta da ementa do acórdão:

6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

A partir do Item III, o voto condutor analisa a natureza jurídica da colaboração premiada, concluindo, como já adiantado, que se trata de negócio jurídico processual. Neste particular, após introduzir o conceito de negócio jurídico processual, o relator assinala:

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.

Em seguida, o voto condutor se dedica ao exame do negócio jurídico sob os planos da *validade, existência e eficácia*, ressaltando que esta análise, típica do direito privado, é plenamente aplicável aos negócios jurídicos processuais.

Após fixar a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, o voto condutor aponta, já no Item IV, que o delatado não detém legitimidade para impugnar acordos eventualmente eivados de ilegalidades.

Neste sentido, segundo o acórdão “o acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente

²⁷⁵ BRASIL. STF, HC 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.

sua esfera jurídica: *res inter alios acta*”²⁷⁶. Nas palavras do relator, o acordo de colaboração não produz qualquer efeito na esfera privada do indivíduo, visto que esta pode ser atingida pelas declarações e imputações constantes do depoimento do colaborador, conforme abaixo:

Assim, 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 colaboração²⁷⁷.

Nas palavras de VASCONCELLOS, são quatro os argumentos empenhados pelo STF para negar a possibilidade de impugnação do acordo de colaboração por parte do delatado coimputado, a saber: (i) a formalização e homologação do acordo não acarretam prejuízo aos coimputados, visto que na homologação o juiz não adentra ao mérito do acordo; (ii) o coimputados exercerão sua defesa em momento posterior, exercitando o contraditório em relação às declarações ou provas indicadas pelo colaborador; (iii) as declarações do colaborador não são provas suficientes para fundamentar a condenação; e (iv) a desconstituição do acordo não trará consequências para terceiros e, portanto, não impede a valoração das provas já produzidas²⁷⁸.

O Supremo afastou, assim, correlação entre a homologação do acordo e a posterior obtenção da prova. Significa dizer que, pela ótica do STF, a homologação do acordo e o depoimento do colaborador constituem momentos distintos e *incomunicáveis*, não havendo, portanto, relação de *causa e efeito*. No entanto, esta não parece ser a posição mais acertada, uma vez que o objetivo do colaborador é a obtenção do prêmio (e não há nada de anormal nisto), porém, inegável a posição de vulnerabilidade do delatado. Neste sentido, é evidente que o benefício ofertado pelo Estado ao colaborador representa um incentivo à incriminação de terceiros.

A toda evidência, é preciso estabelecer e mesmo reiterar o objetivo desta dissertação: o estudo da teoria das nulidades (em relação às cláusulas do acordo), bem como da ilicitude probatória por derivação não compõem o recorte epistemológico. Embora forçoso reconhecer que o acordo eivado de ilicitudes contaminará a prova obtida a partir do depoimento do colaborador, sendo a prova

²⁷⁶ BRASIL. STF, HC 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, p. 40.

²⁷⁷ *Ibidem*, p.40.

²⁷⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 105, 2017.

produzida ilícita por derivação, o que se pretende aqui é demonstrar que o *direito ao confronto* constitui instrumento idôneo a esse propósito, na medida em que permitirá ao delatado formular indagações não apenas em relação ao teor do depoimento do colaborador, mas também acerca das cláusulas do acordo que firmou. Entretanto, os desdobramentos processuais desta *confrontação* não serão aqui estudados²⁷⁹.

Deste modo, para além dos *argumentos de autoridade*, é necessário perquirir fundamentos dogmáticos idôneos a fornecer os substratos jurídicos necessários para que se possa afirmar que o delatado goza do direito de impugnar as cláusulas (quando ilícitas) do acordo de colaboração premiada.

3.4.1 Colaboração premiada: um *negócio jurídico processual* passível de controle via impugnação do delatado quando em exercício do *direito ao confronto*

O Supremo Tribunal Federal, conforme visto supra, firmou posição segundo a qual a colaboração premiada constitui negócio jurídico processual. Ainda que o instituto apresente um cariz processual, de direito público, a Corte se valeu também de categorias típicas do Direito Privado para, deste modo, examinar a *existência, validade e eficácia* do aludido negócio jurídico. O instituto da colaboração premiada concilia características típicas do direito privado e do direito público.

Necessário reiterar que a parcela esmagadora da doutrina não se debruça sobre o tema no sentido de construir argumentação teórica a partir do posicionamento firmado pelo STF. Por outras palavras, o *estado de coisas* posto pelo STF, ou seja, a delação premiada como *negócio jurídico processual*, não é diretamente enfrentado, de modo a perquirir conclusões permissivas à impugnação das cláusulas do acordo de colaboração pelo terceiro delatado.

No entanto, este diálogo é promovido por FREDIE DIDIER, que trabalha a colaboração premiada enquanto negócio jurídico processual, sujeito ao controle de

²⁷⁹ Sobre esta questão, VASCONCELLOS assinala que: Se houver rescisão de um pacto lícitamente formalizado e homologado, realmente, as provas eventualmente obtidas que incriminem os corréus serão mantidas no processo e poderão ser valoradas em prejuízo de terceiros. Contudo, se o acordo for anulado, por exemplo, em razão da falta de pressuposto ou de requisito de validade, há a declaração de sua ilicitude, o que compromete eventuais elementos dele derivados, impondo-se o desentranhamento do processo e a proibição de valoração, inclusive em relação a coimputados. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração Premiada no Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 108, 2017.

validade por demanda autônoma²⁸⁰. Deste modo, sustenta a possibilidade de terceiros exercerem controle sobre a validade da decisão homologatória da colaboração premiada. No mais, complementando a argumentação do processualista baiano, esta dissertação, em seus limites, irá propor que o acordo de colaboração premiada representaria um *negócio jurídico em desfavor* de terceiros.

Neste sentido, DIDIER conceitua o negócio jurídico processual como um “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”²⁸¹. Cumpre mencionar que os negócios jurídicos processuais, apesar de possíveis sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, foram consagrados pelo CPC de 2015²⁸², diploma voltado a outorgar maior autonomia às partes processuais.

A natureza jurídica da colaboração premiada já fora aqui tratada, razão pela qual, pela brevidade, oficioso sintetizar os pilares nos quais DIDIER se apoia para definir a colaboração premiada como negócio jurídico processual, quais sejam: (i) o seu suporte fático tem como essência a vontade exteriorizada pelas partes, haja vista que a celebração do acordo constitui uma iniciativa voluntária das partes; (ii) as partes negociam consequências jurídicas, tais como a renúncia ao direito ao silêncio por parte do colaborador, sendo os benefícios estipulados em favor do colaborador a principal consequência jurídica do negócio; (iii) a própria Lei 12.850 de 2013 reconhece a natureza jurídica negocial ao se socorrer a expressões como “negociações”, “acordo de colaboração”, “voluntariedade”, “homologação de acordo”. Isto, segundo o autor, é um indicativo de que o sistema deixou espaço para o autorregramento das partes; (iv) os negócios jurídicos têm por característica a bilateralidade²⁸³, que se encontra presente no acordo de colaboração premiada

²⁸⁰ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, p. 23-59, out./dez. 2016.

²⁸¹ DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. p. 59-60.

²⁸² Previstos nos arts. 190; 191 e 200 do Código de Processo Civil de 2015.

²⁸³ Os contratos bilaterais são aqueles dos quais decorrem deveres de prestar principais para ambas as partes, estas entendidas como polos de interesses homogêneos formados pelos sujeitos que exteriorizaram a sua vontade para a formação do negócio jurídico. Tais deveres de prestar estão em relação causal recíproca: um é a razão de ser da outra. No contrato de compra e venda, por exemplo, o vendedor obriga-se a transferir a propriedade porque receberá o preço, o comprador obriga-se a pagá-lo, porque irá receber a propriedade. Esta dependência recíproca entre as obrigações é o sinalagma; por isso, os contratos bilaterais são também chamados de sinalagmáticos. Dos contratos unilaterais, por sua vez, decorre dever principal de prestar apenas para uma das partes; é o caso, por

(colaborador – Ministério Público), havendo ainda contraposição de interesses; (v) o acordo de colaboração premiada representa um contrato oneroso, visto que ambas as partes lucram e perdem com a celebração do acordo de colaboração premiada²⁸⁴; e, por fim, (vi) é um contrato de natureza mista, isto porque a colaboração premiada é negócio jurídico processual e material, pois a obrigação de colaborar é uma situação jurídica processual, enquanto a vantagem perseguida pelo colaborador aponta para um negócio jurídico *material*²⁸⁵.

O autor sustenta a existência de uma lacuna no sistema processual penal, que torna incapaz de responder indagações no que diz respeito ao instituto da colaboração premiada, criado por esse mesmo sistema. Entretanto, DIDIER pondera que a existência desta lacuna não deve causar espanto, uma vez que a tendência natural de a evolução dogmática não conseguir acompanhar a evolução social. Aponta, ainda, que “os sistemas penal e processual penal encontram-se em processo de alteração de paradigma, de um tradicional esquema do direito penal de intervenção unilateral para um complexo sistema de justiça negociada”²⁸⁶. Nas palavras processualista baiano:

O sistema processual penal recebe tal fenômeno com algum incômodo e estranheza, já que construído sob os pilares da decisão absolutória e da decisão condenatória. Inexiste no Código de Processo Penal qualquer disciplina sobre o regime de estabilidade de uma decisão judicial homologatória do contrato de colaboração premiada. Tal disciplina também não consta na Lei nº 12.850/2013. Não há, assim, um regime jurídico próprio sobre a irradiação da estabilidade e imutabilidade decorrente de tal decisão homologatória, seus pressupostos, meios e hipóteses de controle posterior²⁸⁷.

exemplo, da doação e do comodato. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, p. 35, out./dez. 2016.

²⁸⁴ Os contratos também podem qualificar-se como onerosos ou gratuitos. Nesta classificação, analisa-se a existência de vantagem e desvantagem em um mesmo polo de interesses. Nos contratos onerosos, cada parte visa obter uma vantagem e, logo, terá uma desvantagem, correspondente ao proveito da outra; no contrato gratuito, apenas uma das partes obterá um proveito. O conceito de contrato oneroso não está, portanto, relacionado à prestação de entregar quantia, mas, sim, à existência de vantagem e desvantagem em um mesmo polo da relação. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, p. 35, out./dez. 2016.

²⁸⁵ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, p. 31-36, out./dez. 2016.

²⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, p. 46, out./dez. 2016.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 45.

A despeito disso, o próprio sistema dispõe de mecanismos para integração da lacuna, ou seja, ainda que inexista regramento específico, quer seja pelo Código de Processo Penal, quer seja pela Lei 12.850 de 2013, não significa dizer que a impugnação ao acordo de colaboração premiada não possa ser operada por terceiros, isto é, pelo delatado²⁸⁸, ou seja, “O fato de a lei processual penal não prever meio específico para que tal controle de validade seja requerido pelo interessado não significa que o controle não poderá ser feito”²⁸⁹.

São necessárias breves digressões ao Direito Privado. Da leitura do *Habeas Corpus* 127.483/PR, é possível extrair que o STF, em diversas passagens, se socorre às regras de Direito Civil para fundamentar seu posicionamento. A proposta desta dissertação toma como partida o instituto jurídico do *contrato em favor* de terceiros, previsto nos artigos 436²⁹⁰ e 438 do Código Civil. ARAKEN DE ASSIS define o instituto como:

O contrato em que um dos figurantes, chamado de estipulante ou promissário contrata em nome próprio com seu parceiro, designado de promitente, que prestará a um terceiro, por sua vez rotulado de beneficiário, adquirindo este um direito próprio²⁹¹.

Significa que o estipulante determina que o promitente realize uma obrigação em favor de terceiro. Porém, o contrato é firmado apenas entre estipulante e promitente, e seu escopo é a criação de um direito para o terceiro. Por outras palavras, o terceiro não participa da formulação das cláusulas contratuais, isto porque o objetivo do contrato é atribuir algum patrimônio em seu favor. Deste modo, o contrato em favor de terceiros apresenta três polos subjetivos, assimetricamente distribuídos e anteriormente designados²⁹².

²⁸⁸ DIDIER pondera, entretanto, que: O direito à invalidação pode ser titularizado por diversos sujeitos distintos, quer terceiros potencialmente atingidos, quer as próprias partes contratantes. A cotitularidade do direito potestativo não impede que ele seja exercido por apenas um dos titulares – inexistente, no caso, litisconsórcio necessário ativo. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, p. 50, out./dez. 2016.

²⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, p. 48, out./dez. 2016.

²⁹⁰ Dispõe o artigo 436 do Código Civil: Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigí-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

²⁹¹ ASSIS, Araken de. Contrato a favor de terceiros. In: **Revista Autônoma de direito privado**, Curitiba, n. 1, p. 112, out.-dez. 2006.

²⁹² Ibidem, p. 119.

Este contrato, por sua peculiaridade, apresenta pressupostos específicos, voltados ao terceiro. Estes pressupostos determinam que se observe a (i) capacidade do terceiro, que nem sempre será exigida, a exemplo de um contrato de transporte escolar; (ii) determinação do terceiro, o terceiro beneficiário deve ser determinado, havendo, entretanto, a possibilidade de indicação de pessoa futura (iii) a forma do contrato em favor de terceiro deve atender às regras gerais da Teoria dos Contratos; e, (iv) o objeto da prestação ao terceiro pode representar um direito obrigacional ou um direito real²⁹³. Pormenores atinentes à relação entre estipulante e promitente não apresentam relevância neste momento, considerando que a inquietação aqui proposta recai sobre os efeitos da celebração do acordo de colaboração premiada, ou seja, em relação ao terceiro delatado.

A toda evidência, este contrato tem por escopo beneficiar o terceiro. Segundo ARAKEN DE ASSIS, o art. 436 do Código Civil parte do pressuposto que nada obsta o contrato favorecer terceiro, sem seu conhecimento, atribuindo-lhe vantagem patrimonial, desde que não crie obrigações²⁹⁴. No entanto, existe a possibilidade de o terceiro aderir ao negócio jurídico alheio, conforme preceitua o parágrafo único do art. 436 do Código Civil. Neste caso, “o terceiro abandona sua passividade inicial e toma uma atitude em relação à prestação adquirida”^{295 296}.

Porém, não havendo anuência do terceiro, a liberdade individual lhe assegura a possibilidade de recusa do direito. Portanto, ainda que não haja previsão expressa no ordenamento pátrio da recusa pelo terceiro, a doutrina acolhe esta possibilidade. O fundamento é bastante lógico: ninguém pode ser compelido a adquirir um direito contra sua vontade²⁹⁷. A renúncia não requer forma solene, sendo imprescindível, porém, que se dê de forma expressa. Aconselhável que se opere de modo escrito, mas a renúncia oral é igualmente eficaz. A renúncia, evidentemente, se opera em relação aos direitos já adquiridos, havendo a possibilidade de que o promitente e

²⁹³ Ibidem, p. 120-124.

²⁹⁴ Ibidem, p. 136.

²⁹⁵ Ibidem, p. 141.

²⁹⁶ Se o terceiro abandona sua indiferença e antes de receber a prestação aceita estipulação em seu favor, emite declaração de receptícia de que acolhe o direito já atribuído na conclusão do contrato. A estipulação torna-se definitiva, não cabendo ao estipulante resolvê-la, nem ao terceiro rejeitá-la ulteriormente. Todavia, o direito do terceiro continua subordinado à sorte do contrato, passível de resolução ou anulação. ASSIS, Araken de. Contrato a favor de terceiros. Revista Autônoma de direito privado. Curitiba: 2006, p. 142.

²⁹⁷ ASSIS, Araken de. Contrato a favor de terceiros. In: **Revista Autônoma de direito privado**, Curitiba, n. 1, p. 137, out.-dez. 2006.

estipulante fixem prazo para a recusa do terceiro. Os efeitos da renúncia são retroativos, pois para o terceiro tudo se passa como se jamais tivesse adquirido.

As conclusões que se extraem do instituto são: (i) é facultado ao terceiro anuir ao contrato e (ii) o terceiro pode renunciar ao benefício patrimonial estipulado no contrato. Ou seja, mesmo em um contrato voltado a beneficiar o terceiro, lhe são assegurados mecanismos mínimos de influência no negócio jurídico.

Prosseguindo, o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado não constitui uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A dicotomia entre direito público e privado²⁹⁸ perdeu espaço em favor dos direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, o Direito Civil requer interpretação à luz dos valores em princípios encampados pela Constituição da República de 1988. Isso é sintomático no Código Civil de 2002, pautado pela *eticidade, operabilidade e sociabilidade*.

Este cenário influi na Teoria dos Contratos. O *pacta sunt servanda* resta mitigado em prol dos postulados constitucionais. Tanto que a Teoria Geral dos Contratos é pautada pelas cláusulas gerais da função social do contrato (art. 421 do Código Civil) e da boa-fé objetiva (arts. 113; 187 e 422 do Código Civil). Com isso, o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de intervenção judicial nos contratos que deixem de observar estes primados. Na atual quadra, o juiz é mais que um mero espectador do contrato, seu papel é de integração e eventualmente modificação, de modo que o contrato se adeque aos princípios do direito, como a legalidade e razoabilidade²⁹⁹. Deste modo, mesmo no âmbito do direito privado, a intervenção judicial pode vir a ocorrer a fim de assegurar a observância dos postulados constitucionais.

Neste sentido, consoante visto *supra*, a fase de homologação do acordo de colaboração premiada é o momento em que o juiz poderá intervir no acordo entre as

²⁹⁸ BOBBIO preleciona que: Sendo o direito um ordenamento de relações sociais, a grande dicotomia público/privado duplica-se primeiramente na distinção de dois tipos de relações sociais: entre iguais e desiguais. O Estado, ou qualquer outra sociedade organizada onde existe uma esfera pública, não importa se total ou parcial, é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, ou melhor, entre detentores do poder de comando e destinatários do dever de obediência, que são relações entre desiguais; a sociedade natural tal como descrita pelos jusnaturalistas, ou a sociedade de mercado na idealização dos economistas clássicos, na medida em que são elevadas a modelo de uma esfera privada contraposta à esfera pública, são caracterizadas por relações entre iguais ou de coordenação. BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira, 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 13-14.

²⁹⁹ SILVA, Luciano Felix do Amaral. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato: normas abertas versus segurança jurídica. In: **Revista de direito privado**, ano 10, n. 37, p. 132, 2009.

partes, caso verifique que o acordo de colaboração apresenta os requisitos da *regularidade, legalidade e voluntariedade*. Se o acordo não preencher estes requisitos, o juiz deixará de homologá-lo, ou o adequará ao caso concreto.

Como visto, é plenamente possível transmutar a lógica dos supraditos institutos de direito privado ao acordo de colaboração premiada. Portanto, não é disparatado afirmar que acordo de colaboração premiada representa um *contrato em desfavor* de terceiro. Nenhum acordo de colaboração premiada é celebrado e homologado para produzir resultados *inter partes*, pelo contrário, o acordo visa sempre a esfera jurídica de terceiros de modo que o acordo e o depoimento estão indissociavelmente interligados. Afirmativas no sentido de que o colaborador poderia depor voluntariamente, caso não houvesse acordo firmado, constituem mera retórica.

Assiste razão a DIPP, em parecer que instrui o *Habeas Corpus* 127.483/PR, ao afirmar que a controvérsia relativa à impugnação do acordo de colaboração premiada esbarra no interesse público. Isto porque as negociações do acordo levadas a efeito pelo Ministério Público envolvem os interesses da sociedade e o interesse público, sendo inegociável, não admite qualquer corrupção de seus direitos, sendo, portanto, um direito subjetivo público da sociedade recusá-lo, quando se mostra incompatível, desproporcional ou inconveniente ao interesse social³⁰⁰ e o delatado, sobretudo em decorrência da presunção de inocência, é parte integrante da sociedade, sendo-lhe lícito impugnar o acordo ilegal.

Deste modo, se o acordo de colaboração premiada pode apresentar *defeitos* jurídicos, deve haver o devido controle judicial no momento da homologação do acordo, conforme preceitua o parágrafo 7º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013. A indagação retórica que surge é: qual seria o mecanismo, caso o juiz não se atente à presença dos requisitos estampados no parágrafo 7º do art. 4º? Se assim não proceder o órgão jurisdicional, o mencionado controle da validade do negócio poderá ser exercido pelo terceiro delatado. Evidentemente, este controle é possível porque, apesar de não participar das tratativas, o acordo poderá atingir (e, normalmente, atinge) a esfera jurídica de terceiro. DIDIER acrescenta que o controle de validade deve ser garantido aos que não tiveram oportunidade de participar da fase de homologação, não exercendo seu direito de influência. Deste modo, não havendo um

³⁰⁰ BRASIL. STF, HC 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.

meio específico de controle é preciso encontrá-los no sistema, tais como o *habeas corpus* ou mandado de segurança³⁰¹.

O que se extrai é: (a) o acordo de colaboração premiada necessariamente causa efeitos na esfera jurídica de terceiros, sendo incorreto afirmar que o acordo de e seus termos de depoimento constituem elementos distintos e dissociados, seria o mesmo que pretender que os efeitos ambientais de uma determinada obra, por exemplo, não têm correlação com o contrato firmado entre um ente público e uma construtora; (b) na atual quadra do Direito, os princípios constitucionais se espraiam para os mais diversos ramos e com isso, mesmo em institutos típicos do Direito Privado, há a possibilidade de intervenção judicial e, (c) o acordo de colaboração premiada reflete no interesse público. Portanto, a impugnação do acordo é possível ao terceiro que será afetado por sua homologação.

Resta esclarecer o um ponto: em quais dos planos do negócio jurídico recairá a impugnação? Parece adequado concluir que a impugnação deve se dirigir ao plano da *validade* do negócio, pois sendo válido o negócio jurídico passará a produzir efeitos na esfera do terceiro. Por outras palavras, a impugnação do acordo pode ocorrer, conforme visto *supra*, na fase de homologação da colaboração premiada, caso o próprio magistrado não exerça o devido controle judicial.

Para que isso seja possível, porém, DIDIER trabalha a legitimidade do acusado para impugnar o acordo de colaboração premiada. Para tanto, são necessárias breves digressões ao conceito de legitimidade *ad causam* que, na clássica lição de BUZAID, se traduz como “a pertinência subjetiva relativamente à lide que constitui o objeto do processo civil”³⁰². GRECO acrescenta que aquele que é titular de um direito contra outrem tem o poder de propor uma ação figurando como autor do pedido, que é a chamada legitimidade ordinária³⁰³. BADARÓ, por sua vez afirma que a legitimidade se verifica quando o autor for titular do direito subjetivo materialmente demandado e ninguém pode pleitear direito alheio em nome próprio, ou seja, só haverá legitimidade extraordinária excepcionalmente, quando alguém defender em nome próprio interesse alheio³⁰⁴.

³⁰¹ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, p. 48, out./dez. 2016.

³⁰² BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 259.

³⁰³ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 236.

³⁰⁴ Dispõe o art. 18 do Código de Processo Civil: ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Prosseguindo, DIDIER sintetiza suas ideias, conforme abaixo:

Como visto, (i) a colaboração premiada é negócio jurídico bilateral de natureza contratual e mista, por meio do qual se estabelecem situações jurídicas materiais e processuais; (ii) entre as situações jurídicas processuais, há o dever de colaboração do investigado/acusado e o correspectivo direito do Estado à produção probatória; (iii) o negócio de colaboração é submetido à homologação do órgão jurisdicional, que irá proceder ao juízo de equivalência com determinado modelo abstrato para que as consequências jurídicas previstas sejam tidas como certificadas pela própria decisão jurisdicional; (iv) a decisão homologatória é pressuposto do fato jurídico da coisa julgada ou de uma situação de estabilidade que venha a ser, de outra forma, denominada; (v) uma vez homologado o acordo, não mais seria possível a retratação pelas partes; a impossibilidade de retratação não significa impossibilidade de controle de validade³⁰⁵.

A celebração do acordo de colaboração premiada, conforme já sustentado, necessariamente produzirá prejuízos à esfera privada do terceiro atingido pelas declarações do colaborador. Entretanto, o terceiro não participa do processo de homologação do acordo de colaboração premiada. A esfera jurídica do terceiro poderá ser atingida com a coleta da prova pelo Estado. Deste modo, é possível ao terceiro atingido promover o controle da validade do acordo. A esse respeito, DIDIER sustenta que o terceiro não poderá requerer em seu favor a declaração de ineficácia do negócio e da homologação, mas poderá requerer que se proceda ao controle da validade do negócio, maculado por vício insanável. E mais, em se verificando tais vícios de validade “surge a todos aqueles cuja esfera jurídica seja atingida pela decisão homologatória o direito de invalidação do negócio, direito potestativo, cujo exercício independe de conduta de outrem”³⁰⁶.

Quanto à legitimidade, o terceiro é legitimado ordinário do *direito desconstitutivo*. Deste modo, “cuida-se de hipótese de legitimidade ordinária: o terceiro é titular (em estado de afirmação) do direito à invalidação, que é afirmado em demanda que seja por ele ajuizada em nome próprio”³⁰⁷. O exercício do direito de invalidação deve ocorrer perante o órgão jurisdicional competente para desconstituir a decisão homologatória. Em outras palavras, cabe apenas ao judiciário o controle da validade do acordo de colaboração³⁰⁸.

³⁰⁵ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, p. 50, out./dez. 2016.

³⁰⁶ Ibidem, p. 50.

³⁰⁷ Ibidem, p. 51.

³⁰⁸ Neste sentido, DIDIER afirma que: O julgamento procedente do pedido de invalidação significará a certificação e a efetivação do direito desconstitutivo; os atos impugnados deixarão de existir no mundo jurídico. Dessa forma, o julgamento do pedido poderá beneficiar os demais cotitulares do direito, que não eram parte na demanda de invalidação. Cuida-se de consequência que decorre da efetivação de um direito potestativo titularizado por diversos sujeitos, mas isso não significa que o

A toda evidência, sendo o terceiro legitimado a impugnar a validade do acordo de colaboração premiada, também lhe é outorgado o interesse de agir, definido por GRECO como “a necessidade de se recorrer ao exercício da jurisdição para tentar obter a satisfação da pretensão do autor”³⁰⁹, o que significa dizer que se o titular do direito detiver outros meios para atingir o *bem da vida*, ele não terá interesse de agir e não há qualquer dificuldade em se perceber que o terceiro delatado não tem ao seu alcance mecanismo de impugnação do acordo de colaboração senão dirigir sua pretensão ao Poder Judiciário, pois, em decorrência da separação dos poderes, só o próprio judiciário poderá revisar seus atos.

Ainda sobre o interesse de agir, DIDIER pondera que seria equivocado argumentar que os terceiros padeceriam do interesse em virtude de ser possível discutir incidentalmente, no bojo das respectivas ações penais, a validade dos acordos de colaboração. Isto porque o controle incidental de invalidade jamais foi impeditivo para o controle principal de invalidade³¹⁰.

Por tudo isso, é lícito concluir pela possibilidade de impugnação da validade do acordo de colaboração premiada. Conforme apontado supra por DIDIER, o sistema dispõe de mecanismos jurídicos que possibilitam que o terceiro delatado possa impugnar as cláusulas *defeituosas* do acordo de colaboração premiada. O autor sugere alguns mecanismos jurídicos, porém, não apresenta e tampouco sustenta a hipótese de um rol taxativo. Logo, é lícito concluir que o *direito ao confronto* pode ser um mecanismo de impugnação nos próprios autos, tendo a vantagem de ser um direito que, se exercido corretamente, contribui para um processo penal mais justo e democrático.

Considerando a primazia do *direito ao confronto* em relação aos direitos assegurados ao colaborador, resta claro que a impugnação pode ser levada a efeito

sujeito que o exerceu atue em favor dos demais. A demanda seria ajuizada por titular do direito (em estado de afirmação); legitimidade ordinária, pois. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, p. 51, out./dez. 2016.

³⁰⁹ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 232.

³¹⁰ O Autor complementa que: Não é por acaso que, nos termos do parágrafo único do art. 168 do Código Civil, cabe ao juiz, de ofício e incidentalmente, o controle da validade dos negócios jurídicos, sem prejuízo da ação de nulidade. Também não é por acaso que a existência de uma ação de controle concentrado de inconstitucionalidade não impede o controle difuso de constitucionalidade. O controle incidental (*incidenter tantum*) e principal (*principaliter*) dos atos jurídicos convivem harmonicamente, nos mais diversos setores do ordenamento jurídico, cada qual com a sua função. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, p. 53, out./dez. 2016.

pelo delatado, enquanto confronta o colaborador em audiência. Rememore-se que o *direito ao confronto* tem por características: (i) direito à produção da prova testemunhal incriminadora em audiência pública; (ii) o acusado tem o direito de presenciar a produção de tal prova; (iii) a prova também deve ser produzida na presença do juiz que apreciará o mérito da causa; (iv) as testemunhas devem estar compromissadas com a verdade; (v) o acusado deve conhecer a identidade da(s) testemunha(s); (vi) direito à inquirição da fonte de prova testemunhal de forma contemporânea à sua produção; e (vii) direito à livre comunicação, reservada e ininterrupta, com o defensor técnico ao longo da inquirição da testemunha.

Portanto, em vez de manejar um instrumento processual para impugnação da validade do acordo, o delatado poderá fazê-lo de modo oral em audiência se valendo do caráter multifacetado do *direito ao confronto*. Mas não é só. As indagações concernentes a eventuais *defeitos* do acordo de colaboração, que deixaram de ser observadas no momento do controle judicial pela homologação, não poderão ser indeferidas pelo magistrado, sob o argumento de não guardarem relação com a causa, à luz do que dispõe o art. 212 do CPP. Demais disso, o colaborador não poderá se evadir do dever de responder às impugnações orais, pois, sendo a colaboração premiada um contrato oneroso, o colaborador tem por dever esclarecer tudo o que for indagado, já que, em busca do prêmio, renunciou ao direito ao silêncio.

Além disso, o *direito ao confronto* pode ser um meio para viabilizar, durante o depoimento do colaborador em juízo, a impugnação do acordo de colaboração premiada, ao permitir que o delatado dirija ao colaborador linhas de questionamento acerca da legalidade, regularidade e voluntariedade na aceitação do acordo, além de indagar sobre as cláusulas do acordo e em quais circunstâncias foram negociadas, dentre outras.

CONCLUSÕES

O Direito Processual brasileiro, nas últimas três décadas, passou por dois grandes *giros*. O primeiro diz respeito ao influxo constitucional a um código, às vésperas de completar oito décadas, oriundo de um pensamento jurídico inquisitorial, que decretou o Código de Processo Penal, em 1941. O CPP, *indene* de dúvida, foi oxigenado pela principiologia constitucional, embora continue a representar uma *caricatura do* Codice Rocco. O segundo *giro* vislumbrado pelo Processo Penal pátrio se deu em relação à influência dos institutos da *Common Law* em diversos diplomas legais – que seria a suspensão condicional do processo, senão uma forma de *nolo contendere*? Já no contexto do objeto de estudo desta dissertação, é inconteste que a Lei 12.850 de 2013 inaugurou uma modalidade de *plea bargain* ao regulamentar a Colaboração Premiada. Este influxo *negocial* parecer ser uma tendência irreversível³¹¹.

Este é o *retrato* da lógica processual penal do século XXI. Portanto, é razoável afirmar que um eventual novo Código de Processo Penal de um lado contemplará os mandamentos constitucionais e de outro criará uma gama de hipóteses negociais. Necessário, portanto, reconhecer esta realidade e trabalhá-la de modo crítico, papel que incumbe a todos nós, operadores do Direito.

A toda evidência, esta dissertação se desenvolveu tendo como cenário os supraditos *fenômenos* que Direito Processual Penal vem experimentando. Neste particular, considerando o estudo que foi realizado nesta dissertação, é possível sintetizar as principais conclusões atingidas pela pesquisa, a saber:

- I. Impossível delimitar com exatidão as origens do *direito ao confronto*. No entanto, é lícito concluir que sua concepção está atrelada às condenações criminais pautadas em testemunhos secretos, prestados

³¹¹ Conforme amplamente noticiado, o Ministro de Estado de Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, pretende submeter ao Congresso Nacional projeto de lei anticrime que ampliará as hipóteses de *plea bargain* no Processo Penal. Segundo Moro: “Não haverá, aqui, a estratégia não muito eficaz de somente elevar penas. Pretende-se, sim, enfrentar os pontos de estrangulamento da legislação penal e processual penal e que impactam a eficácia do Sistema de Justiça Criminal. Propostas simples, mas eficazes, como, entre outros, a previsão de operações policiais disfarçadas para combater o crime, proibição de progressão de regime para membros de organizações criminosas armadas e o *plea bargain*, para que a Justiça possa resolver casos criminais nos quais haja confissão”. Disponível em: MORO QUER TRAZER AO BRASIL SISTEMA DE ACORDOS ENTRE RÉU E MP DOS EUA. Conjur. <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-05/moro-trazer-brasil-sistema-acordos-entre-reu-mp-eua>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2019.

na ausência do imputado, conforme se verifica nos julgamentos de Sir WALTER RALEIGH e JOHN LILBURNE;

- II. o conteúdo do *direito ao confronto*, em sua acepção moderna, é norma de direito fundamental. O *right to confrontation* é consagrado na Constituição dos Estados Unidos da América e em variegados tratados que versam sobre Direitos Humanos, notadamente o Pacto de São José da Costa Rica;
- III. o Brasil, como signatário da CADH, incorporou o *direito ao confronto* ao ordenamento jurídico, com o *status* de normal materialmente constitucional e, por conta disso, assumiu o compromisso de implementá-lo;
- IV. o *direito ao confronto* não se confunde com o contraditório e a ampla defesa e tampouco com institutos típicos da *Common Law*, tais como o *cross-examination* e o *hearsay evidence*;
- V. o momento de incidência do *direito ao confronto* ocorre na produção do saber testemunhal incriminador;
- VI. o *direito ao confronto* impõe que tal saber testemunhal seja produzido em audiência pública; na presença do juiz; na presença do acusado; o declarante deve se comprometer a dizer a verdade; a identidade do declarante deve ser conhecida; e o declarante deverá depor de modo a ser inquirido diretamente pelo imputado;
- VII. a colaboração premiada, no ordenamento brasileiro, remonta às Ordenações Filipinas. No entanto, ganhou novo *fôlego* com o advento da Lei 12.850 de 2013, sendo a modalidade de colaboração prevista no art. 4º da Lei o objeto de estudo desta dissertação;
- VIII. a colaboração premiada tem natureza jurídica de meio de obtenção de prova, no viés probatório; e, negócio jurídico processual, no viés processual;
- IX. a colaboração premiada pode ser dissecada em fases, a saber: (i) fase de negociação; (ii) fase de homologação judicial; e (iii) fase de sentença (onde se decidirá sobre o cumprimento ou não do acordo);
- X. à luz do conteúdo do *direito ao confronto*, o colaborador premiado depõe como testemunha, haja vista seu saber testemunhal incriminador;

- XI. a doutrina e a jurisprudência apresentam uma leitura equivocada do *direito ao confronto*, na medida em que o equiparam ao contraditório e ampla defesa. Deixam, portanto, de observar o conteúdo autônomo do *direito ao confronto*;
- XII. a Lei 12.850 de 2013 apresenta entraves ao exercício do *direito ao confronto*, uma vez que o depoimento prestado sem sigilo pelo colaborador e posteriormente apenas *corroborado* em juízo, bem como pelo direito assegurado ao colaborador de não depor mantendo contato visual com o coimputado delatado;
- XIII. o *direito ao confronto*, no entanto, por sua natureza de direito fundamental de feição constitucional, deve prevalecer sobre os dispositivos da Lei 12.850 de 2013, à luz do que preconiza a regra de ponderação de ROBERT ALEXY, pelo sopesamento de pesos;
- XIV. o Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* 127.483/PR, firmou entendimento segundo qual o delatado não detém legitimidade para impugnar o acordo de colaboração premiada que entender eivado de ilegalidades, pois o acordo seria um *negócio jurídico processual personalíssimo*;
- XV. no entanto, como negócio jurídico que atinge a terceiros, é lícito ao delatado impugnar a validade do negócio, caso não tenha havido o devido controle judicial na fase de homologação do acordo; e,
- XVI. dentre os meios de impugnação possíveis, é lícito concluir que o coimputado delatado, face a face com colaborador, poderá se valer do exercício do *direito ao confronto* para inquirir sobre as cláusulas do acordo de colaboração que julgar ilegais, de modo a questionar também a validade do acordo e voluntariedade do colaborador.

Os itens ora elencados sintetizam o cenário ideal sob a ótica do *dever ser*. Porém, conforme desvelado ao longo desta dissertação, o *direito ao confronto*, apesar de formalmente assegurado pela adesão do Brasil aos tratados que versam sobre Direitos Humanos, sendo, portanto, normal materialmente constitucional, é sonogado ou esvaziado, na medida em que é tratado como equivalente ao contraditório pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Já a colaboração premiada é um instituto que permanecerá por longa data em nosso ordenamento e, diga-se, não se sonoga a relevância do instituto. A despeito disso, é lícito concluir que o instituto

deve ser racionalizado de modo a se adequar às peculiaridades de um ordenamento de tradição continental e, sobretudo, que seja modulada conforme os direitos e garantias constitucionais, dentre eles o *direito ao confronto*.

Por fim, os entraves ao exercício do *direito ao confronto*, revelados no último capítulo desta dissertação, podem ser resolvidos com uma reforma da Lei 12.850 de 2013, não com o escopo de descaracterizar o instituto, mas para que se torne mais democrático.

Estas são, portanto, as conclusões alcançadas nesta dissertação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad.: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Vírgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015..
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1973.
- ALONSO GOMES, Décio Luiz. **Imediação Processual Penal**: definição do conceito, incidência e reflexos no direito brasileiro. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- ASSIS, Araken de. Contrato a favor de terceiros. In: **Revista Autônoma de direito privado**, Curitiba, n. 1, p. 111-160, out.-dez. 2006.
- ASSIS MOURA, Maria Thereza de; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Colaboração Premiada. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou novo modelo de justiça penal não epistêmica. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2017. Colaboração Premiada. Coord: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; CRUZ BOTTINI, Pierpaolo.
- _____. A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 122, p. 171-204/2016.
- _____. A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional. Estudo sobre sua admissibilidade e valoração. In: **Zeitschrift Internationale Strafrechtsdogmatik**. ZIS/04. 2014.
- _____. **Delação**: futuro ou passado? Disponível em <<http://www2.ovale.com.br/delac-o-futuro-ou-passado-1.573911>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.
- _____. **O Valor Probatório da Delação Premiada**: sobre o parágrafo 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Disponível em <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=257171>>. Acesso em: 07 de dezembro de 2018.
- _____. Processo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 4 ed. rev. atual. e amp., 2016.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: **Temas de Dir. Proc. (Sétima Série)**, São Paulo, 2001.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração Processual: legalidade e valor probatório. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, vol. 23, n. 269, 2015.
- BEDÊ JUNIOR, Américo. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 969, julho de 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.969.08.PDF>. Acesso em: 26 de dezembro de 2018.
- BELLIN, Jeffrey. The Incredible Shrinking Confrontation Clause. In: **Willian & Mary Law School Scholarship Repository**, p. 1865-1916, 2012.
- BITTAR, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil. In: BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: Direito estrangeiro, doutrina, jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 88, p. 225-269, 2011.
- _____. **O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/valor-probatorio/>>.

- BLACK, Michael. Cross-examination: The greatest legal engine for the discovery of truth – A comparative analysis of the American and English rules of cross-examination. In: **Southern University Law Review**, v. 15, n. 2, p. 397-405, 1988.
- BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- BRAGANOLLO, Daniel Paulo Fontana. **Direito ao Confronto e declarações do Corréu**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo: 2018.
- BRASIL. STF, HC 127.483/PR, Trib. Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015.
- _____. STF, HC 0005781-89.2015.1.00.0000/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, julgado em 24.08.2015.
- _____. STJ, HC 320.689/DF, Quinta Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 17.03.2016.
- _____. STJ, RHC 52.902/RS, Quinta Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 17.03.2016.
- BROWN, Joel. The confrontation clause and the hearsay rule: A problematic relationship in need of a practical analysis. In: **Florida State University Law Review**, v. 14, n. 4, pp. 949-73, 1987.
- BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CAFERATA NORES, José I. **La prueba en el proceso penal** – con especial referencia a La ley 23.984. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998.
- CALDEIRA, Felipe; ESPINERA, Bruno. **Delação Premiada: Estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello**. São Paulo: D'Plácido Editora, 2016.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da operação Lava Jato. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Ed. RT, vol. 133, ano 25, jul. 2017.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2015.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. Lei, para que(m)? In: WUNDERLICH, Alexandre. (Coord.). **Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru. Supervisão de cumprimento de sentença. In: **Resolução da Corte Interamericana**, de 17 de novembro de 1999. Série C, N. 59. San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/castillopetruzzi_01_07_11.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.
- _____. Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru. San Jose da Costa Rica, 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.
- _____. Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativistas do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile. Sentença de 29 de maio. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.
- COSTA, Leonardo Dantas. **Delação premiada: a atuação do estado e a relevância da voluntariedade do colaborador com a justiça**. Curitiba: Juruá, 2017.
- DIDIER Jr., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. In: **A&C- Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, n. 67, p. 108-116, jan. /mar. 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/32483221/A_colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_como_neg%C3%B3cio_processual_at%C3%Adpico_no_processo_da_improbidade_administrativa>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

DIDIER Jr., Fredie. Colaboração Premiada (Lei 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. In: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, out./dez. 2016.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001.

ENCYCLOPEDIA BRITANNICA. **Court of Star Chamber**. Disponível em <<https://www.britannica.com/topic/Court-of-Star-Chamber>>. Acesso em: 11 de maio de 2018.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. STS 3087/2014. Madrid, 2014, j. 12.07.2014.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação Premiada e Idoneidade Probatória. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 103, pp. 203-227, mar.-abr. 2013.

ESTADÃO. Delação de Alberto Youseff desencadeou a Lava Jato. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,delacao-de-alberto-youssef-desencadeou-a-lava-jato,70002516081>>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2002.

FRIEDMAN, Richard D. 'Face to face': Rediscovering the right to confront prosecution witnesses. In: **International Journal of Evidence & Proof**, v. 8, n. 1, pp. 1-30, 2004.

_____. Confrontation: The search of basic principles. In: **Georgetown Law Journal**, v. 86, n. 4, pp. 1011-1043, 1998.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Orgs.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. pp. 303-318

_____. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis. (Coord.). As reformas no processo penal: As novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. Salvador: JusPodivm, 2015.

GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho; WUNDER, Paulo. Colaboração Premiada: Justa Causa para quê? In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 148, p. 283-318, out. 2018,

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito Processual Civil Brasileiro**. vol. 2. 11. ed. Atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. **Nova interpretação sistemática do acordo de delação premiada**. Disponível em <http://revistafdc.uniflu.edu.br/2017-1-cooperacao-premiada.pdf>>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

_____. Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP. In: **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-18/afra-nio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada>>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

KHALED JR, Salah. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LAUAND, Mariana de Souza Lima. **O valor probatório da colaboração processual**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo: 2008.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

_____. Gravações ambientais domiciliares no processo penal. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM), 15. **Anais...** São Paulo, 27.08.2019.

MARINONI, Luis Guilherme. Controle de Convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: PIZZOLO, Calogero et al. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A regra da obrigatoriedade da ação penal pública e suas exceções no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121939017/a-regra-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica-e-as-suas-excecoes-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 01 de setembro de 2017.

ORDENAÇÕES FILIPINAS ON LINE. Disponível em <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 29 de agosto de 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: CALDEIRA, Felipe; ESPINERA, Bruno. **Delação Premiada: Estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio de Mello**. São Paulo: D'Plácido Editora, 2016. pp. 115-143.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos Humanos e Justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2004.

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, vol. 3, n.1, pp. 131-166, jan./abr. 2017. Disponível em: <www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/49/55>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras lições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARCEDO, Leandro. A delação premiada e a necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. In: **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 27, p. 54, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Luciano Felix do Amaral. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato: normas abertas versus segurança jurídica. In: **Revista de direito privado**, ano 10, n. 37, p. 131-147, 2009.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Crawford v. Washington. 541 U.S. 36 (2004). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/541/36/>>. Acesso em: 20 de setembro 2018.

_____. Caso Melendez Diaz v. Massachusetts. 557 U.S. 305 (2009). Disponível em <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=bjcl>>. Acesso em 21 de setembro de 2018.

_____. Caso Michigan v. Bryant. 562 U.S. 344 (2011). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/344/>>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

_____. Caso Ohio v. Roberts. 448 U.S. 56 (1980). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/56/>>. Acesso em: 20 de setembro de 2018.

TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. In: **Revista de Processo**, Coord. Maria Thereza Alvim, ano 39, vol. 229, pp. 75-87, março de 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. V. I e II. 13. ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Al-Khawaja e Tahery v. Reino Unido. N.ºs. 26766/05 e 22228/06, ECHR 2009. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/45f9d8/pdf/>>. Acesso em: 03 de outubro de 2018.

_____. Caso Lucá v. Itália. no. 33354/96, ECHR 2001. Disponível em: <[file:///C:/Users/Diego%20do%20Valle/Downloads/001-57653%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Diego%20do%20Valle/Downloads/001-57653%20(1).pdf)>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

_____. Caso Unterperthinger v. Áustria. 24/11/1986, Series A no. 110. Disponível em: <<https://www.legal-tools.org/doc/adb0ea/pdf/>>. Acesso em: 01 de outubro de 2018.

VALDEZ PEREIRA, Frederico. **Delação Premiada**. Letitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 77, 2009.

VASCONCELLOS, Vinicius 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. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2017.