

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LEONARDO DIAS ESTEVES CYRENO

**O VALOR PROBATÓRIO DA DELAÇÃO PREMIADA: exame à luz do sistema
acusatório brasileiro**

Recife
2017

LEONARDO DIAS ESTEVES CYRENO

**O VALOR PROBATÓRIO DA DELAÇÃO PREMIADA: exame à luz do sistema
acusatório brasileiro**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção de título de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique
Gonçalves de Siqueira

Recife
2017

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Cyreno, Leonardo Dias Esteves.

C997v O valor probatório da delação premiada: exame à luz do sistema acusatório brasileiro. / Leonardo Dias Esteves Cyreno. - Recife, 2017. 64 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.

Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Delação premiada. 3. Princípio da ampla defesa e contraditório. 4. Valor probatório. I. Siqueira, Leonardo Henrique Gonçalves de. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

343.1 CDU (22. ed.)

FADIC (2017-025)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LEONARDO DIAS ESTEVES CYRENO

O VALOR PROBATÓRIO DA DELAÇÃO PREMIADA: exame à luz do sistema acusatório brasileiro

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a):

Examinador(a)

Dedico à minha família que sempre me ajuda em todos os momentos, contribuindo na minha formação como ser humano, e por todo incentivo e apoio, além da confiança que sempre depositou em mim e a DEUS.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, pois sempre me proporciona o meio e o tudo das minhas conquistas, abrindo sempre os meus caminhos;

A MEU PAI Naerson, que sempre lutou para que eu realizasse o meu sonho e com a sua orientação pude chegar mais longe;

A MINHA MÃE Eleonora, que sempre me ajudou em todos os momentos, nesta longa jornada.

Ao MEU IRMÃO Naércio, que foi fonte de grande inspiração e apoio a mim nos momentos mais difíceis.

Aos MEUS AMIGOS, Alexandre Rêgo Barros, Bernardo Maniçoba, Edson Valença, Guilherme Ferraz, João Firmo e Romero Dantas que vivenciamos as batalhas do dia a dia, pois dividimos a sala de aula e nos tornamos mais que amigos viraram irmãos;

Às MINHAS AMIGAS, Beatriz Cerejeira, Camila Torres, Laura Marques, Luciana Carvalho que sempre me lembrei das nossas brincadeiras, deixavam meus dias mais animados, alegres e as palavras de apoio, toda vez que precisava.

À MINHA QUERIDA AMIGA Christiana, que neste período longo da faculdade, sempre me levava para o caminho correto, e sempre me ajudava nas horas que eu mais precisava.

AO PROFESSOR Leonardo Siqueira que com sua dedicação nos orienta, passando todo o seu conhecimento;

À FACULDADE DAMAS, seu diretor, professores e colaboradores que estão sempre prontos a ajudar.

“O poder não é a prova da verdade”

Samuel Johnson

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de pesquisa a delação premiada, uma vez que esse tema está em destaque no momento atual brasileiro. A colaboração premiada atua como um apoio ao Estado na persecução criminal, tendo como elementos um delator que deseje realizar um acordo com o Ministério Público, informando em sua declaração provas ou um caminho de obtenção probatória para a condenação de um terceiro; e a obtenção de um prêmio. Em um primeiro momento da análise desta pesquisa, estudam-se os sistemas do processo penal; a aplicação da prova; os princípios constitucionais do contraditório e o da ampla defesa. A finalidade dessa parte do estudo é compreender a estruturação do ordenamento jurídico, juntamente às aplicações das provas e dos princípios da ampla defesa e do contraditório no sistema acusatório para que, em um momento posterior, possa-se ponderar sobre os direitos e garantias do delatado. Em seguida, parte-se para uma análise sobre os precedentes legislativos do Brasil, verificando os países Estados Unidos e Itália. Neste momento, observa-se que os Estados supracitados possuem sistemas diversos – *common Law e o civil Law*. Em face disso, seguir-se-á para uma análise profunda da justiça negocial, a legitimidade e os requisitos para a aplicação da colaboração premiada, observando cada peculiaridade dos Estados propostos para análise. Nesse diapasão, chegou-se a um denominador de que, para os Estados citados, é, no mínimo, recomendado que, ao se realizar um pacto da delação premiada, o delator, ao fazer sua declaração, traga elemento probatório que corrobore com o que foi dito. Esse grau mínimo é a exigência dos Estados Unidos, ou, em outro caso, pode ocorrer um grau superior de exigência, como acontece na Itália. No contexto italiano, há a obrigatoriedade da validação da prova que corrobore com a declaração do delator. Por fim, a última parte da pesquisa consiste em uma análise acerca do procedimento da delação premiada no Brasil, como também o papel do julgador, juntamente com os direitos e garantias do delatado e o valor probatório da delação premiada. Chegou-se à conclusão de que a colaboração premiada no Brasil trouxe inovações para esse instituto, que foram aplicadas primeiramente na Operação Lava Jato: o termo de confidencialidade e a feitura das declarações em anexos. Diante desse termo já citado, o delatado não conhece a declaração do delator, e por consequência disso, neste momento, não é possível realizar o contraditório e a ampla defesa. Contudo, deve-se ressaltar que, quando formalmente acusado, o delatado tem o direito de conhecer todo o conteúdo da declaração desde o primeiro instante da acusação e, assim, poderá exercer seus direitos assegurados pela Constituição Federal. Destarte, mediante todas as informações levantadas, a delação premiada se apresenta como um meio de obtenção de provas, na qual a declaração do delator só é válida para a condenação de um terceiro no Brasil quando precedida de uma corroboração de outras provas que validem o que foi delatado.

Palavras-chave: Delação premiada. Princípio da ampla defesa e Contraditório. Valor Probatório.

ABSTRACT

The monograph presented here has plea bargaining as its research object, as the subject is trending in the current moment of Brazil. The awarded collaboration acts as a State support to criminal persecution, having as main elements a delator that wishes to make an agreement with the Public Ministry, informing in their declaration proofs or a path of probative achievement for the condemning of a third party; and the obtention of a prize. In the first part of this reasearch analysis, penal process systems, test application, constitutional principles of the contradictory and of the broad defense are studied. The objective of this piece of the research is to comprehend the legal order structure, together with the test applications and the broad defense and contradictory principles in the pleading system so that, afterwards, it can be wondered about the rights and guarantees of the indictee. Right after, it starts an analysis about Brazil's legislative precedents, verifying United States and Italy. In this moment, it is observed that the above cited States possess various systems - Common Law and Civil Law. Facing that, it will follow to a deep analysis of business justice, the legitimacy and the requirements of the application of plead collaboration, observing each peculiarity in the proposed States on this analysis. On this branch, it was concluded that for the United States, it is at least recommended that when making an agreement with the plea bargaining, the delator, by making their declaration, brings a probative element that confirms what was said. This minimum degree is the United States' requirement, however, in other cases, a higher degree of requirement might be needed, as it happens in Italy. In the Italian context, there is mandatory validation of a proof that corroborates with the delator's declaration. Lastly, the final part of the research consists in an analysis about the plea bargaining process in Brazil, as of the judge's role, together with the rights and guarantees of the indictee and the probative value of the plea bargaining. It is concluded that the awarded collaboration in Brazil has brought many innovations to this institute, that were applied first in Lava Jato Operation: the confidentiality term and the making of the declarations in attachment. Facing this above mentioned term, the indictee doesn't know the delator's declaration, and by consequence it isn't possible to perform the contradictory and the broad defense in this moment. Yet, it should be emphasized that, when formally accused, the indictee has the right to know about all the content of the declaration since the first moment, and by that will be able to practice their rights insured by Federal Constitution. This way, through all the joined information, the plea bargaining presents itself as a way of obtaining proof, in which the delator's declaration is only valid to the condemn of a third party in Brazil when preceeded by a confirmation of other proof that validates what was accused.

Key words: Plea bargaining. Contradictory and broad defense principle. Probative value.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A APLICAÇÃO DAS PROVAS E DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO SISTEMA ACUSATÓRIO.	13
2.1	Sistema Inquisitório	15
2.2	Sistema Acusatório	17
2.3	Sistema Misto ou Francês.....	21
2.4	Princípios Constitucionais da Ampla Defesa, Contraditório.....	25
2.4.1	Princípio Do Contraditório	26
2.4.2	Princípio da Ampla Defesa.....	28
3	ANTECEDENTES LEGISLATIVOS QUE INFLUENCIARAM A DELAÇÃO PREMIADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	33
3.1	Estados Unidos – EUA	33
3.1.1	<i>Common Law</i>	33
3.1.2	Prosecutorial Discretion	34
3.1.3	Justiça negocial – <i>plea bargaining</i>	37
3.1.4	Legitimidade, requisitos e procedimentos do <i>plea bargaining</i>	39
3.2	Itália.....	40
3.2.1	<i>Civil Law</i>	41
3.2.2	Ação penal: noções gerais sobre o exercício	42
3.2.3	Justiça Negocial.....	43
3.2.3.1	Rito: conteúdo e efeito.....	43
3.2.3.2	Legitimidade, Requisitos, Procedimento e Controle Jurisdicional.....	44
3.2.3.3	Penal: conteúdo e Efeito.....	45
3.2.3.4	Legitimidade, Requisitos, Procedimento e controle jurisdicional.....	45
4	PROCEDIMENTO DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL, ANALISANDO OS DIREITOS, GARANTIAS (DO DELATADO) E O VALOR DA COLABORAÇÃO ENQUANTO PROVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO	48
4.1	Procedimentos: Noção geral, aspecto do termo de confidencialidade e início das negociações.....	48
4.2	Legitimidade e o papel do juiz	50

4.3	Direitos e Garantias do delatado.....	53
4.4	Delação: aspectos valorativos.....	55
5	CONCLUSÃO.....	59
6	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

A delação premiada é um instituto que está presente no Direito Penal brasileiro, tendo como objetivo ajudar o Estado na perseguição de criminosos. Esse instituto é um incentivo criado pelo legislador, o qual premia o delator, concedendo-lhe benefícios ao agente que, com sua delação, (além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribuiu a um terceiro a participação como seu “comparsa”) proporciona a aplicação da justiça criminal por parte do Estado. A delação premiada pode ser aplicada em qualquer crime.

A delação premiada tem aplicação em diversos países do mundo. No Brasil, os principais precedentes legislativos são os dos Estados Unidos e da Itália. Esse recurso está previsto em várias leis brasileiras, cada uma requerendo uma condição para que ele seja empregado para, assim, obter-se o fim desejado pelo delator, o prêmio, mas, na maioria de suas realizações, requerem-se como condições: a voluntariedade do agente; a consciência do acordo; a capacidade de todas as partes envolvidas para realizar o pacto; e, ainda, a colaboração do autor, coautor ou partícipe, que atuará prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais de sua autoria ou à localização dos bens ou valores objetos do crime.

Com o presente trabalho, pretende-se analisar o instituto da delação premiada, tendo em vista o valor da prova produzida por ela no bojo do depoimento do coautor, ou seja, a possibilidade de que, no sistema acusatório, a delação do coautor embasaria a condenação de um terceiro, respeitando os direitos que estão determinados pelo Estado Democrático de Direito. Dessa forma, os depoimentos prestados não são sigilosos, apenas aqueles que celebram o “termo de confidencialidade” é que são sigilosos e, em sua maioria, estão relacionados com a operação Lava Jato. Quando há o sigilo, não abre-se espaço para os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa por parte do delatado, impedindo que este tenha ciência do acordo feito entre o delator e o Ministério Público até o momento em que se torne acusado. Assim, é possível afirmar que não obstante a delação premiada esteja prevista em múltiplas leis brasileiras, cada uma estabelecendo condições diferenciadas para a concessão dos benefícios, suas características gerais são: delação de comparsa(s), efetivação da justiça criminal e concessão de favores ao agente colaborador.

Dessa forma, considerando-se a delação premiada como instituto singular, presente em diversas leis nacionais, que se diferenciam quanto ao valor do depoimento como prova, procurar responder à seguinte indagação: no Sistema Acusatório, o depoimento do

coautor na delação premiada embasaria uma condenação de um terceiro, respeitando os direitos exigidos pelo Estado Democrático de Direito?

Como fundamentação da pesquisa no sentido de se responder ao problema proposto, são analisados os sistemas do processo penal (inquisitivo, acusatório e o misto), a ampla defesa, o contraditório, os precedentes legais (os modelos dos Estados Unidos e da Itália) e, ao fim, a colaboração premiada no Brasil e as suas nuances (o termo de confidencialidade) e o valor probatório. O intuito desta análise é buscar saber se o mero depoimento de um delator (sem provar as suas alegações) seria fundamental, mesmo que não possuísse validade por conta da falta de provas, ou se serviria como base para uma eventual condenação de um terceiro pelo delator. Assim, verifica-se que há uma discussão na doutrina, mas, majoritariamente, afirma-se que é necessário haver na delação provas ou informações de como obter essas provas que possam realmente corroborar com a sua declaração, não apenas o mero depoimento do delator, para haver as regalias e a condenação daquele que foi delatado. Ainda assim, deve haver um processo justo para que seja condenado aquele que foi delatado.

O objetivo principal deste presente trabalho é analisar a aplicação da delação premiada, o valor como prova da delação premiada, bem como se o depoimento do delator embasaria condenação de um terceiro e se essa condenação respeita os direitos exigidos pelo Estado Democrático de Direito. Os objetivos específicos presentes neste trabalho são: analisar o Estado Democrático de Direito, como também os sistemas processuais penais e os princípios do contraditório e da ampla defesa; analisar a aplicação da delação premiada nos Estados Unidos e na Itália e, por fim, ponderar a delação premiada no Brasil.

A metodologia de pesquisa utilizada foi a descritiva, com consulta a livros, monografias, legislações e artigos retirados da internet e de revistas especializadas, o que constitui farto material, essencial para a análise do instituto da delação premiada. Usou-se o método hipotético-dedutivo e se desenvolveu o trabalho a partir do problema de pesquisa formulado, o qual possibilitou obter as respostas procuradas.

Para responder ao problema proposto, desenvolveram-se três capítulos, um dos quais visa analisar os sistemas processuais penais, com desígnio de começar a entrar no assunto; desta pesquisa, tendo em vista que esses sistemas são estruturas do processo penal de uma nação, não só o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários da sua Constituição.

Assim, para haver a compreensão da delação premiada, é necessário entender como os sistemas que permitem a sua aplicação na persecução de criminosos, juntamente com

os princípios constitucionais da ampla defesa e a do contraditório embarcam na proteção dos envolvidos – delator e o delatado –, e os meios de provas usados no sistema acusatório, visto que este é o modelo aplicado no Brasil.

Nesse diapasão, os princípios da ampla defesa e do contraditório se apresentam como uma proteção a todos. Dessa forma, essa primeira análise foi desenvolvida para se conhecer sua base e, posteriormente, na pesquisa, realizar-se uma investigação das garantias e dos direitos que possuem os delatados.

Outro capítulo foi elaborado para processar a origem e a aplicação de delações premiadas diversas do Brasil com enfoque nos Estados Unidos e na Itália, verificando as divergências entre as estruturas jurídicas – *civil Law e a common Law* – das duas nações para, a partir das divergências entre elas, encontrarem-se as peculiaridades dessas nações e de seus usos, além da noção geral do procedimento, a legitimidade e o requisito da justiça negocial.

Nesse sentido, observa-se que, no modelo dos Estados Unidos, há uma maior liberdade para a Promotoria realizar acordos. Isso se dá devido à tradição do país. Os Promotores de justiça norte-americanos tendem a dispor de maior poder para realizar a *plea bargaining*, cabendo ao julgador um controle da fiscalização e da legalidade.

Todavia, não ocorre o mesmo na Itália, uma vez que a Promotoria deve seguir o princípio da obrigatoriedade, cuja finalidade consiste na manutenção do dever do *parquet* de ter a legitimidade da ação penal, e cuja obrigação é tratar todos com isonomia, não podendo existir o critério discricionário como acontece nos Estados Unidos.

O terceiro capítulo do presente trabalho tem como finalidade averiguar a delação premiada no Brasil: como ocorre o procedimento, como ela é aplicada no sistema brasileiro, qual é o seu valor, como se dá o seu procedimento, e as inovações feitas por ela no país, que são: o termo de confidencialidade e o anexo por declaração. A Operação Lava Jato foi a primeira a usar o termo de sigilo no Brasil, e com isso, a declaração ficou em sigilo, de modo que o delatado não pôde tomar consciência de que há uma investigação contra ele. Por conta disso, não existe possibilidade de haver um contraditório de imediato. Contudo, após receber formalmente a denúncia, o delatado, tem o direito de conhecer todas as informações da declaração para exercer de forma eficaz o contraditório e a ampla defesa.

Com isso, pode-se chegar a uma resposta do problema proposto, vendo ou não se, no sistema acusatório, o depoimento do coautor na delação premiada embasaria a condenação de um terceiro, pois, dessa forma, podem-se observar os limites da colaboração.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A APLICAÇÃO DAS PROVAS E DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO SISTEMA ACUSATÓRIO.

Para iniciar este trabalho, é necessário, antes, entender o que significa “sistema” para que, em seguida, compreendam-se os sistemas processuais penais. A palavra “sistema” tem como significado no Dicionário Aurélio:

Conjunto de princípios verdadeiros ou falsos reunidos de modo que formem um corpo de doutrina. 2 - Combinação de partes reunidas para concorrerem para um resultado, ou de modo a formarem um conjunto: Sistema nervoso; sistema planetário. 3 - Modo de organização: O sistema capitalista. 4 - Modo de governo, de administração, de rotação: Os sistemas eleitorais.¹

Assim, ainda há outra forma de interpretar o sistema, pois ele também pode ser entendido como um conjunto de normas jurídicas reunidas segundo um princípio que as unifica e que tem como finalidade as fazer obedecer à convivência social². Assim, pode-se entender que os Sistemas Processuais Penais são métodos de pacificação social pelos quais diversas comunidades, em diferentes lugares e momentos da história, resolviam seus problemas penais.

Na obra *A Crítica da Razão Pura* de Kant³, o sistema era o conjunto de elementos postos em relação a uma ideia única. Esta, por sua vez, era concebida como determinada pela intenção do conjunto e estaria alocada como princípio de união entre os elementos integrantes, assim, trabalharia como um princípio unificador. Por conta disso, é possível pensar em diversos sistemas em vários campos, algo que vai do sistema solar ao sistema de governo, ou seja, assunto claramente de conhecimento ordinário no dia a dia.

Diante disso, observa-se que, em todos os sistemas, há um princípio unificador. De tal modo, não é complicado entender que as ciências e teorias se baseiam em princípios unificadores, ali assentados como a representação da Verdade.

¹ **Dicionário Aurélio de Português online**, 2016. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/sistema>>. Acesso em: 15 Setembro de 2017.

² ANDRADE JÚNIOR, Carlos Sérgio Dias. **Precedentes na justiça do trabalho**: a possibilidade de um sistema jurídico misto no Direito Romano-Germânico brasileiro. 2015. Disponível em: <https://csdajr.jusbrasil.com.br/artigos/285514559/precedentes-na-justica-do-trabalho?ref=news_feed>. Acesso em: 20 set 2017.

³ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução: Rodolfo Shaefer. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011. – (coleção a Obra-prima de cada autor, 126).

Vista a definição de sistema, pode-se compreender a ideia da criação de um sistema para o processo penal, pois, através deste meio, é possível assegurar a efetividade e a aplicação das normas oriundas do Estado. Desse modo, o entendimento do sistema processual penal para Rangel:

É o conjunto de princípios e regras constitucionais de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.⁴

Os sistemas processuais penais estão ligados ao fim último do processo, neste caso, a uma sentença do órgão jurisdicional. Para sentenciar, é necessário o conhecimento, esse faz imprescindível a compreensão das provas, ou seja, aquilo que é introduzido no processo com a finalidade de tornar conhecidos fatos, pessoas ou coisas, isto é, nada mais do que uma reconstituição histórica de um fato pretérito, que nesta ocorrência, é o crime. Desta forma, não se trata de averiguar se o crime é existente ou não, mas sim da sua reconstituição, algo que se faz pela linguagem, como não se pode negar. Neste sentido, a linguagem é tratada como uma busca da verdade, através da reconstrução do fato, de pessoas ou de coisas, utilizando elementos probatórios que podem ser trazidos ao caso.

Diante disso, mostra-se o motivo pela qual a linguagem é tão importante no Direito Processual Penal. Por fim, consumado o crime, a partir deste momento, tudo já é considerado matéria processual e, assim, caminha-se nos crivos da linguagem. A investigação preliminar é nada mais do que uma reconstrução do fato delituoso – com os elementos probatórios até então encontrados – desta forma é possível dizer que se trata de uma linguagem⁵.

O Estado pode atuar de três formas em três diferentes sistemas – os sistemas acusatório, inquisitivo e o misto – nas atividades da persecução criminal, em que ele faz a investigação, o processamento e a condenação.

⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, p.46 e 47.

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 23. out. 2017.

2.1 Sistema Inquisitório

O nome desse sistema remonta à época da Inquisição no século XIII, quando ele surgiu na época das monarquias e foi melhorado pelo Direito Canônico, tendo como finalidade a investigação e as punições daqueles que eram considerados como hereges. As investigações e punições eram feitas pelos membros do clero e esse sistema era aplicado em quase todas as legislações dos séculos XVI, XVII e XVIII.

Deste modo, o sistema inquisitivo tem seu começo com a vindicação do Estado para si o poder de conter a prática do delito, pois, antes de sua aplicação, dependia da vontade dos particulares, já que estes eram os que começavam a persecução criminal e, com a mudança para o inquisitivo, não era mais aceitável que a contenção fosse confiada aos particulares.

Por conta de haver a centralização dos poderes que faz parte da característica do próprio sistema ao longo da história, este continuamente esteve ligado a umas estruturas políticas ao mesmo tempo centralizadas, bem como nos diversos Estados absolutistas, tendo estes como exemplo acima citado.

Diante das ordens políticas, em prol da soberania do Estado, o acusado/réu atua com mínima ou uma completa ausência de elementos garantidores basilares dos acusados, de modo que se verifica o motivo por que o atribuído é observado não como sujeito detentor de direito coatuante no processo, mas como mero objeto de inquisição na qual se faz o processo. Seu principal objetivo é a procura da “verdade”, a qualquer custo, não importando os modos utilizados para a consecução de tal mister⁶.

Assim sendo, o modelo inquisitivo tem seu início após a não mais aceitação do modelo vigorado anterior deste sistema. Para Paulo Rangel, o início é:

Após o acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que estes que iniciavam a persecução criminal. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para sido poder de reprimir a pratica de delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares.⁷

⁶ ARMBORST, Aline Frare. **A ATUAÇÃO INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO***. 2008. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 23. out. 2017.

⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, p. 47.

Um sistema inquisitivo é caracterizado pela concentração de poderes na mão do julgador – Estado-juiz –, de maneira que este pode acusar julgar e defender o investigado, comprometendo, invariavelmente, sua imparcialidade. Mas esta foi uma forma de tirar o poder de acusar dos particulares, já que estes eram movidos apenas por sua consciência, ou seja, acusavam quando tinham interesse de fazê-lo, deixando, assim, certo ar de impunidade e dificultando a aplicação da justiça, pois isso afetava gravemente a eficácia do combate à delinquência.

Deste modo, a alteração do modelo, para o inquisitivo, havendo varias alterações. De acordo com Aury Lopes Jr.:

A mudança em direção ao sistema inquisitivo começou com a possibilidade de, junto ao acusatório, existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito. Os poderes do magistrado foram posteriormente invadindo cada vez mais a esfera de atribuições reservadas ao acusador privado, até o extremo de se reunir no mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz.⁸

A mudança para o novo modelo trouxe vários benefícios. Inicialmente, ela foi adotada pela Igreja, aplicando em seu direito canônico, o modelo criado foi congregado por todos os legisladores da sua época, não só para os delitos em flagrante, porém, para toda classe de delito.

Este sistema trouxe grandes mudanças, principalmente na forma da igualdade entre o acusador e o acusado. Antes, era um empate em que as partes eram iguais em termos de poderes e oportunidades, mas se transformou em um duelo desigual entre o julgador inquisitivo e o acusado, pois este primeiro abandonou sua imparcialidade, assumindo uma atividade mais ativa no processo, atuando como um acusador.

Neste tipo de sistema, entende-se que o investigado é apenas um objeto do processo. A ideia principal que se aplica a esse sistema é que o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso da fase pré-processual, ou seja, nas investigações, e também no curso da fase processual, não depende de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. Desta forma, o próprio órgão é quem investiga e o que pune. Assim, a gestão das provas estava concentrada nas mãos do magistrado, que, a partir da prova e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse.

⁸ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2010, p. 63.

Assim, o Estado Juiz não forma sua persuasão perante as provas dos autos que lhe foram originadas pelas partes, contudo tem em vista convencer as partes de sua íntima convicção, pois já enunciou, antecipadamente, um juízo de valor ao iniciar a ação.

Nesse sistema, tem como características de acordo com Rangel:

- a) As três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, *ex officio*, a acusação quebrando, assim sua imparcialidade;
- b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta longe dos olhos do povo; c) não há o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é um mero objeto do processo e não sujeito de direito, não lhe conferindo nenhuma garantia; d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal (cf. item 7.11.2 infra) e, conseqüentemente, a confissão a rainha das provas.⁹ (Grifos do autor).

Assim, não existe presunção de inocência. Aqui, o réu é culpado até que se prove o contrário.

O magistrado aqui é o gestor das provas, pois ele as busca para confirmar o seu pensamento sobre o fato. Assim, as provas são colhidas apenas para a sua comprovação.¹⁰

Em relação a esse sistema e à delação premiada, pode-se notar que ela surge nesta época da Inquisição através das confissões dos fiéis perante a autoridade da Igreja como padres, bispos. Desse modo, o clérigo sabia de tudo que se passava na comunidade por conta das confissões e delações dos fiéis.

Além disso, as provas, naquela época, tinham valores diferentes em relação ao testemunho, pois o relato de um nobre ou clérigo detinha um maior valor do que o de um plebeu ou o de uma mulher. E, ainda, a confissão naquela época era absoluta e irretratável, e por conta disso que foi chamada a rainha das provas, pois, uma vez confesso, não haveria mais nada que se pudesse fazer; para tentar buscar a inocência deste indivíduo.

2.2 Sistema Acusatório

Este modelo deve o seu nascimento ao Direito Grego, que é caracterizado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. No primórdio desse sistema, vigorava a ação popular para os delitos graves, de modo que qualquer ente podia

⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, p. 49.

¹⁰ NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais**. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sistemas-processuais-penais>> acesso em: 10 Ago 2017.

acusar. Havia a acusação privada, que era para delitos menos graves, devendo ser estes em harmonia com os princípios do Direito Civil.

Com o passar do tempo, no Direito Romano da Alta República, surgem duas formas do processo penal, as quais são referidas como *cognitio* e *accusatio*. Na forma *cognitio*, era a responsabilidade dos órgãos do Estado, que outorgava poderes ao magistrado, podendo até esclarecer os fatos da melhor maneira que entendesse, incluindo também a possibilidade de um recurso de anulação ao povo, uma vez que o condenado fosse cidadão ou varão.

Diferente desta forma, a *accusatio* se refere ao modo em que o cidadão de espontânea vontade, assume o polo ativo da acusação. A persecução e o exercício da ação penal eram confiados a um órgão distinto do juiz, não pertencentes ao Estado, senão a um representante voluntário da sociedade.

O sistema acusatório é, em tese, o ideal procurado pelos Estados Democráticos de Direito, haja vista que a escolha ideológica de tal arcabouço processual é uma natural decorrência das extensões do princípio democrático em relação ao direito. Ainda assim, sua dedicação expressa é raramente deparada nos ordenamentos jurídicos modernos¹¹.

Para Lopes Jr., as características desse sistema acusatório são:

a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que eles se mantinham afastados da iniciativa e gestão da prova, atividades a cargo das partes; b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas; c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo acusador legítimo e idôneo; d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais); e) acusação era por escrito e indicava as provas; f) havia contraditório e ampla defesa; g) o procedimento era oral; h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar.¹²

O sistema acusatório é diferente em vários aspectos do inquisitivo. Neste modelo, a figura do juiz é um órgão imparcial e, somente quando provocado, é que surge a possibilidade da sua manifestação. A provocação é dada através do autor, sendo este aquele que faz a acusação, e assume todos os seus ônus, e o terceiro elemento nesse sistema, o réu, é

¹¹ ARMBORST, Aline Frare. **A ATUAÇÃO INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO***. 2008. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 23. out. 2017.

¹² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2010, p. 59.

aquele que exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo se proteger usando todos os meios e recursos à sua defesa.

Desse modo, é possível vislumbrar a clara separação das funções, que não existia no sistema inquisitivo. Ainda no modelo acusatório, o magistrado não inicia mais de ofício a persecução criminal, já que o Estado criou um órgão próprio para a propositura da ação, assim dando a origem ao Ministério Público, que surge na França no final do século XIV, denominados de “os procuradores do rei”.

Na era atual, houve alteração do sistema acusatório. O presente modelo tem outras inovações trazidas, não sendo igual ao mesmo quando se deu a sua origem. Desse modo, as atuais características do sistema acusatório para Rangel são:

A) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu (*ne procedat iudex ex officio*); b) o processo é regido pelos princípios da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, *vide* art. 93, IX, da CRFB combinado com o art. 792, parágrafo 1º, combinado com art. 481, ambos do CPP); c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas; d) o sistema de provas adota é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (cf. art. 155 do CPP, com redação da Lei nº 11.690/2008 c/c art. 93, IX, da CRFB); e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (cf. art.130 do CPC).¹³. (grifos do autor)

Pode-se dizer que a principal característica desse sistema acusatório é a separação das funções de acusar e julgar, já que ambas as tarefas são importantes, não podendo ser configuradas à mesma pessoa, uma vez que a união delas impediria um julgamento imparcial e justo para aquela que está sendo acusada, de tal forma que a razão do processo acusatório é a preservação da imparcialidade, para que haja um embate honesto e justo.

Este sistema difere bastante do inquisitivo, uma vez que estão em lados opostos. O modelo acusatório possui como o gestor da prova uma pessoa diferente do julgador. Assim, como se percebe a diferença, no inquisitivo o julgador é aquele tem o controle da prova.

Existe uma separação em relação à prova no modelo acusatório, pois este se divide em sistema acusatório puro e não puro. No modelo acusatório puro, não é possível a determinação de provas pelo magistrado, já que, caso este o faça, será considerado de fazer às

¹³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, p. 50.

vezes das partes, e dessa forma, não é permitido fazer isto, já que há uma separação de tarefas. Porém, a entendimento contrário a este, a corrente contrária tem fundamento no princípio da verdade real – cuja finalidade é investigar a verdade ocorrida no delito, não se limitando ao que é trazido pelas partes –, contudo, o sistema acusatório não permite ao juiz que produza provas ou recorra de ofício sem determinação das partes.

Diferente do acusatório puro, o não puro, adotado pelo ordenamento brasileiro, aceita como possível a realização de provas de ofício pelo julgador, percebendo que aquilo que se procura é a verdade real, pois a consequência do direito penal pode ser severa, de maneira que, diante disso, não pode limitar-se apenas às provas que as partes trazem. Porém, ainda há resquícios de um modelo misto.

Destarte que, para Eugênio Pacelli, a prova judicial é:

Um objeto claramente definido: a reconstrução dos fatos investigativos no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.¹⁴

Isto é, no processo, a prova tem como finalidade, a comprovação da verdade dos fatos, como ocorreu, embora não seja possível e sabidamente imperfeito, o processo de construção de uma verdade judicial, uma vez que apenas aqueles envolvidos nos fatos, podem saber com precisão o ocorrido.

Na valoração das provas, domina o sistema do livre convencimento, não existindo hierarquia entre aquelas. Existem diversos métodos e formas jurídicas no processo brasileiro que são admitidos como provas, porém há um limite anteriormente definido pela Constituição Federal. O interrogatório é uma forma de meios de provas, por meio do qual o acusado será interrogado. Esta é mais uma forma de defesa, pois é uma oportunidade que se abre para que ele apresente a sua versão dos fatos, no entanto, ele não é obrigado a fazê-lo. Há as provas periciais, que são provas técnicas, na medida em que pretende certificar a existência de fatos, que somente poderão ser comprovados através de conhecimento específico. Por isso, elas devem ser produzidas por pessoas habilitadas a fazê-las. Além dessas, há outras formas e métodos, para tentar chegar à verdade do fato. Embora seja realmente difícil e imperfeita a reconstrução da realidade, não é possível renunciar a este compromisso.

Ainda com base em Pacelli, este afirma que:

¹⁴ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 327.

Por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do fato delituoso), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional. Monopolizada a jurisdição, com a rejeição de qualquer forma de solução privada e unilateral dos conflitos (sociais, coletivos ou individuais), impõe-se a atuação do Direito, sempre que presente uma questão penal, entendendo-se por essa a prática de determinadas condutas, por alguém, definida em lei como crime, porque suficiente para causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem ou valor juridicamente protegido.¹⁵

Desta forma, não há como falar de um processo justo sem relacionar este tema a um contraditório e a uma ampla defesa, pois a prova busca a reconstrução da verdade, mas é necessário que haja um contraditório e uma ampla defesa para as partes procurarem meios de convencer o juiz do seu ponto de vista e, com isso, poderem ajudar o magistrado a tomar uma justa, pois este saberá como ocorreu o fato através dos elementos probatórios trazido ao processo, e a partir disso, poderá tomar a sua decisão do caso.

2.3 Sistema Misto ou Francês

Com a falha do sistema inquisitivo e o aumento da adoção do acusatório, o poder estatal mantinha a titularidade máxima do poder de penar e não podia largar em mãos de privados essa função e a persecução criminal. Logo, era necessário dividir o processo em etapas ou fases e encarregar as atividades de acusar e julgar a órgãos e pessoas diferentes.

Neste modelo misto, a parte de acusar continua com o monopólio estatal, contudo, ela é alcançada através de um terceiro distinto do magistrado. Com este sistema, surge a figura do Ministério Público. Por conta disso, há uma ligação, ou nexos, entre este e o inquisitivo, pois havia uma necessidade de dividir a atividade estatal, exigindo, assim, duas partes. Quando não existe o ente, deve ser criado, e o Ministério Público é uma parte criada que nasce da necessidade do modelo acusatório e assegura a imparcialidade do juiz.

De acordo com Lopes Jr:

É lugar-comum na doutrina processual penal a classificação de “sistema misto”, com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dito) possibilitaria o predomínio, em

¹⁵ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 328.

geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual desenhando um caráter “misto”.¹⁶

O sistema misto tem características dos dois sistemas - o acusatório e o inquisitivo – o modelo inquisitivo passa a sofrer mudanças à alteração Napoleônica, que institui o denominado sistema misto. Este novo molde para época foi como uma fusão dos dois modelos anteriores. Assim, surge com o “*code d’instruction crimielle Francês*” de 1808 e, em seguida, espalhou-se por todo o mundo e, hoje em dia, é o mais utilizado. Ele possui duas fases: na primeira, é o sistema inquisitivo e a segunda fase é o sistema acusatório. Por fim, o modelo processual misto contém as características de ambos os sistemas supracitados. Possui duas fases: a primeira, inquisitória e a segunda, acusatória.

A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquirido policial, era inquisitiva. É um procedimento presidido por um magistrado, colhendo provas, indícios e outras informações essenciais para embasar uma futura acusação ao juízo competente. Neste caso, o magistrado é o gestor das provas, pois indica quais provas necessárias, para o seu convencimento.

A segunda fase é a processual. Nela, já há o Ministério Público ou o particular atua como acusador. O termo “segunda fase” se trata de uma maneira falsa de se chamar, visto que, ainda que haja as demais características de um sistema acusatório, o juiz permanece como gestor da prova.

Existe uma corrente doutrinária que alega que o sistema processual brasileiro é o sistema misto, como, por exemplo, os autores Mougenot e Tornaghi. A primeira fase se dá em uma fase pré-processual, e a segunda, já na fase processual, que se inicia após o recebimento da denúncia ou a sua queixa.

O sistema processual penal misto não é apenas a soma entre os dois sistemas, ditos puros, como pensam alguns¹⁷. Isso se dá porque não se ampararia uma somatória do gênero, visto de um lado, contudo, por outro, porque a ideia sobre o sistema não admite algo da espécie. Como visto no início deste capítulo, a ideia de sistema se baseia na concepção de um princípio unificador, o sistema é um conjunto de elementos postos em relação a uma ideia única. Esta, por sua vez, consiste em determinada pela intenção do conjunto e estaria alocada

¹⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2010, p. 70.

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 23. out. 2017.

como princípio de união entre os elementos integrantes, assim, trabalharia como um princípio unificador¹⁸. Por conta disso, a ideia de juntar os dois sistemas puros iria contra a de ter apenas um único princípio unificador, pois, neste caso, haveria mais de um princípio.

O surgimento dos sistemas processuais penais puros – os modelos inquisitivo e acusatório – se deu em função das opções políticas, tanto na Igreja Católica quanto na Grã-Bretanha, onde surge, como hoje em dia é formulado, o Sistema Acusatório. Quando esse modelo estava sendo criado supunha-se que ele estaria embasado no contexto social ou filosófico. Porém, em sua gênese, não se cogitou essa possibilidade, de modo que ele se voltou para um enfoque político. Contudo, ao ser criado, como dito anteriormente, esse modelo deveria ter um viés voltado para o plano filosófico, mas ele não foi a força motriz da sua constituição.

Verificando de um ponto de vista filosófico, deveria haver antes a preocupação dos modelos processuais, entretanto, ela só aparece mais tarde, defronte do andamento histórico, sucessivamente ligado à chamada Filosofia da Consciência.

Do mesmo modo, o Direito Processual Penal não poderia ser distinto. Condição como uma composição complexa, o caso não poderia ser ponderado hilemorficamente, mesmo porque está interligado por informações que, eram de uma complexidade intolerável à redução à unidade.

Diante de toda a narrativa, é dever do sujeito conhecer e ter acesso a informações do fato delitivo, neste caso, parte delimitado pelo caso penal que dele resulta, o que se dá pela reconstituição, ou seja, pelo processo seguido no processo penal. A dificuldade é apresentada no fim, com o surgimento da sentença, pois o princípio unificador, que, em tese, deveria ser uno, neste caso, por haver mais de um sistema, recebe um tratamento diferente nos dois sistemas admitidos. De tal modo, o princípio unificador será inquisitivo se o sistema mostrado for inquisitório; e será ampliador se o sistema for acusatório.

Entretanto, o princípio unificador não permite divisão, ou seja, não é permitido em tese haver mais de um princípio único por teoria. Dito isso, não seria possível haver um sistema misto ou princípios mistos. Todavia, hoje em dia, os sistemas atuais aplicados não são os sistemas puros, mas sim os sistemas mistos. Para o conhecimento de sistema, não se pode ter um sistema misto. Parece inequívoco, pois se trata de uma dificuldade puramente conceitual, e não fático, tendo em vista, que tem aplicação no mundo.

¹⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução: Rodolfo Shaefer. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011. – (coleção a Obra-prima de cada autor, 126).

Observando este tema, pode-se chegar a uma conclusão: que os sistemas mistos não são apenas elementos que se somam, associando-se, porém são mistos em sua essência, porque, sendo sistemas administrados pelo princípio inquisitivo, têm acrescentados a si informações nativas do sistema acusatório, como vai acontecer com o sistema processual penal brasileiro em vigor ou, se forem conduzidos pelo princípio dispositivo, têm juntado a si informações derivadas do sistema inquisitório, como vai acontecer com o sistema processual penal norte-americano.¹⁹.

Diante disso, pode-se perceber que existe mais de um tipo de sistema misto. Um é quando há o sistema inquisitivo, mas contendo informações ou matérias relacionadas com o sistema acusatório, e o outro é quando o principal modelo é o acusatório e agrega conteúdo do outro sistema. Todavia, neste passo, não há uma diferença firme entre esses sistemas mistos, como se pode reparar.

A diferença não está presente em uma situação filosófica, muito menos pelas regras jurídicas que governam a matéria. Em uma realidade, o que se pode observar, tendo em vista os fundamentos históricos dos dois sistemas, é que a diferença está presente caso seja política, tanto em um, quanto no outro.

Dessa forma, não se pode ir contra Jacinto Coutinho, quando o autor afirma que “ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro”.²⁰.

Através deste debate, há reconhecido a não aplicação dos ditos sistemas puros na atualidade, devendo estes sistemas permanecerem nas “areias do tempo”, mas também se percebeu que há uma inviabilidade de uma configuração de um princípio misto, tendo em vista que o princípio unificador deve ser apenas um e este precisa ser puro.

Incide em considerar os princípios informadores dos sistemas acusatório e inquisitório a fim de reconhecer o seu núcleo fundante e o seu reconhecimento é, de tal maneira, importante para a atuação instrutória do magistrado no processo penal de modo condenatório²¹.

¹⁹COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 23. out. 2017.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**. Revista de estudos criminais. p. 29.

²¹ ARMBORST, Aline Frare. **A Atuação Instrutória Do Juiz No Processo Penal Brasileiro À Luz Do Sistema Acusatório***.

Diante disso, a opção política surge a partir da função da criação das provas, ou seja, quem pode produzi-las no processo, seja o juiz, neste caso, apresentado no modelo inquisitivo, sejam as partes, como no sistema acusatório, valendo ressaltar que isto não implica na exclusão das atividades secundárias de um ou do outro, tudo isto é apresentado no oposto dos sistemas puros, e por consequência disso, afirma-se que todos os sistemas são mistos.²²

A partir daí, a gestão da prova individualiza o princípio unificador e, por consequência, o sistema adotado. Todavia, embora não seja complicado, tem havido problemas na compreensão de alguns que primam pela leitura óbvia da vida, insistindo em ir contra a Constituição, em conservar o Sistema Inquisitório em que reflete a ideia presente no CPP, permanecendo, assim, um conflito com o molde constitucional, do qual deriva a ideia de um devido processo legal e, de tal modo, entra em embate, devido ao fato de que as ideias deste molde são incompatíveis com aquele no qual o juiz é o senhor do processo – modelo inquisitivo –, o senhor das provas, e justifica a deliberação igualmente adotada.

2.4 Princípios Constitucionais da Ampla Defesa, Contraditório.

De início, para compreender os princípios constitucionais, é necessário compreender o significado da palavra “princípio”. Os princípios jurídicos podem ser definidos como de condutas presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico. Assim, diz-se que os princípios, são como as normas, cujo cumprimento requer ser observado e assegurado.

Tendo em vista isso, a Constituição Federal Brasileira de 1988 inseriu em seus textos normativos diversos princípios constitucionais. Assim, é considerado princípio no ordenamento jurídico a conduta de um indivíduo mediante as leis já impostas, além de exigências básicas ou fundamentos para tratar uma determinada situação que podem até ser classificados como a base do próprio Direito. Assim, este trabalho acadêmico visa focar nos princípios da ampla defesa e do contraditório para melhor compreensão do tema.

2008.Disponível em:<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 23. out. 2017.

²²COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado.**

2009.Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 23. out. 2017.

2.4.1 Princípio Do Contraditório

Na Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, está prevista os princípios da ampla defesa e do contraditório. De acordo com o artigo supracitado: “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 ela inerentes, pois garante a ampla defesa do acusado”.²³.

Dessa forma, pode-se dizer que o princípio do contraditório é um método de confrontação da prova e comprovação da verdade sobre um conflito, cujas partes – acusação e a defesa – se contrapõem, sendo este uma metodologia indispensável à existência do processo. Este princípio é uma garantia fundamental às partes e é necessário no processo, e diferente da ampla defesa, este é para todas as partes, cabendo igualmente o direito de a outra parte não concordar, aceitar ou alterar fatos e direitos declarados pelo autor, conforme lhe seja mais adequado.

No entendimento tradicional do princípio, o contraditório era colocado como a garantia de participação no processo como meio de admitir a ajuda das partes para a formação da persuasão do magistrado. Entretanto, não havia a ideia da paridade de armas na busca da igualdade do processo. Porém, a doutrina moderna esquadrinha uma nova formulação do instituto para que inclua uma forma que deixe armas parecidas para as partes, ou seja, uma forma que assegure que haja igualdade processual.

Para garantir a efetiva paridade de armas, o magistrado deve suprir em caráter auxiliar as carências defensivas de uma parte que a ponham em posição de inferioridade em relação à outra para que ambas concretamente estejam nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses.²⁴

Desta configuração, o contraditório não é apenas uma garantia para o direito à informação ou alegações contrárias ao interesse das partes e o direito à reação, contudo, esta é uma garantia que dá oportunidade de resposta na mesma intensidade e extensão.

A afirmação de Pacelli diz muito sobre a importância do contraditório:

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 ago 2017.

²⁴ GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. 2002. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23. out. 2017.

Relativa às provas, o contraditório é um dos princípios mais caro ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito da validade do processo, na medida em que a sua não observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado. Já veremos que, quando se tratar de violação do contraditório em relação à acusação, será necessária à arguição expressa da irregularidade no recurso, sob pena de preclusão, ainda que se cuide de nulidade absoluta²⁵.

O princípio do contraditório apresenta às partes a equidade de oportunidade para argumentações e provas e de contradizê-las em um juízo. O contraditório garante que o processo seja imparcial por parte do juiz. Uma vez que as partes podem alegar, trazer provas e desdizer o que a outra parte alega, isso faz com que o magistrado escute o posicionamento e os elementos probatórios trazidos pelo acusado e pelo autor. Com isso, é possível que o juiz sentencie uma sentença mais justa.

De acordo com Lopes Jr., o contraditório é:

Um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (Expressão do interesse punitivo do Estado) e da defesa (expressão do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imunes as penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura do processo.²⁶

Nessa relação, existe o sujeito de direito, que é aquele que está na condição de acusado ou de réu. Há direitos e garantias constitucionais previstas para ele. Além do contraditório, ele possui uma ampla defesa para haja uma garantia de um processo justo. A ampla defesa é essencial para o contraditório, uma vez que ela fortalece a própria imparcialidade do juiz. Isso ocorre para que, com mais elementos apresentados ao processo, o julgador entenda melhor a reconstrução do fato e as ideias que foram trazidas ao caso. Quanto mais atuantes e eficientes forem as partes, mais alheio ficará o julgador.

Vale ressaltar que, em uma visão moderna, é necessária a participação também do juiz, que deve participar de forma intensa, respondendo as petições e os requerimentos das partes, motivando as suas decisões e, assim, impedindo atuações de ofício e as surpresas. Pois ao sentenciar é necessário analisar a correlação acusação-defesa-sentença.

O contraditório é essencial para a valoração da prova, mas também é necessária a ampla defesa, pois juntos se tornam uma proteção diante do aparato persecutório penal. Assim, segundo Pacelli,

²⁵ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 43.

²⁶ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2010, p. 196.

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como pedra fundamental do todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.²⁷

O primeiro momento do contraditório é quando há a citação ou um ato homólogo a ela, quando há uma informação as partes de atos praticados pelo seu contendor. Quando há ciência de atos e manifestações da parte contrária, o interessado poderá ir contra, tratando-se de exercício de atividades processuais. Este tipo se trata pela reação da conduta exercitada pela outra parte, contrariando os atos perpetrados por seu adversário. Este segundo momento é a atuação do princípio do contraditório.

No sistema acusatório, a primeira fase é caracterizada como inquisitiva e é executada por repartição não judicial, ou seja, o inquérito policial, não tem restrições à aplicação do contraditório estabelecido na constituição. As funções na fase pré-processual, o inquérito, não apresenta sigilo e as investigações preliminares e a instrução dos elementos de informação são secretas e não contraditórias. Assim, esta fase não apresenta um momento para haver contraditório, visto que este será apenas apreciado na fase processual.

2.4.2 Princípio da Ampla Defesa

Este princípio está presente na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, no inciso LV, já supracitado, e tem como objetivo o direito do réu de se valer de extensos e amplos meios de defesa da imputação feita pelo acusado. Assim, caso um indivíduo seja acusado de um fato delitivo, este terá vários meios de demonstrar a sua inocência com diversos caminhos de defesa. Porém, há defensores da ideia de que a ampla defesa vem a ser a outra medida do contraditório. De acordo Grinover, Fernandes e Gomes Filho,

Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A

²⁷ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 44.

defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantia. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.²⁸

Em uma perspectiva teórica do processo, no contraditório não é permitido ir além da garantia de participação. Assim, fica reservado a ele um poder das partes de ir contra todas as alegações contrárias ao seu interesse, sem, no entanto, máximas perquisições acerca da visível efetividade com que se cumpre referida impugnação.

No princípio da ampla defesa, não só o réu tem direito a uma defesa, mas o corréu também o possui. Dessa forma, durante o interrogatório de todos os acusados, o corréu tem o direito à participação da defesa técnica – do advogado -, isto porque é possível que haja um choque de interesses entre os réus, e por isso, justificaria a participação de um defensor para aquele a quem incidam incriminações por parte de outro no momento do interrogatório.

De tal modo, fica evidente que o contraditório e a ampla defesa decretam a participação dos defensores de corréus no interrogatório de todos os acusados.

É importante salientar que o interrogatório é um elemento de defesa e, como para o amparo do acusado, é viável observar o interesse da defesa, para a elaboração da sua autodefesa. De acordo com Pacelli:

O interrogatório é um meio de defesa- incluído na denominada autodefesa que consiste no desenvolvimento de qualquer ato ou forma de atuação em prol dos interesses da defesa, razão pela qual é indispensável à presença de um defensor para o ato. Naturalmente, a partir da Lei 11.719/08, que instituiu a concentração dos atos instrutórios, a defesa sempre estará presente ao interrogatório, já que este se realiza após a inquirição das testemunhas e peritos, na mesma audiência. Isso, como regra, é claro.²⁹

Não obstante que o interrogatório seja um meio de defesa, já que o acusado tem o direito a ser ouvido, ou seja, o direito de contar a sua versão do fato ocorrido para o juiz da causa, análoga meio de defesa estar à possibilidade do réu, exercê-lo ou não a autodefesa, assim, compete a ele a discricão de oportunidade e conveniência do exercício de tal direito.

Entretanto, diferente da autodefesa, em uma defesa técnica não há uma disponibilidade do exercício desta defesa, uma vez que é o princípio geral da ampla defesa, que supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos de Direito, que esteja necessariamente inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, em todos os atos do

²⁸ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal* 2 Ed. São Paulo, Malheiros, 1992, p. 63.

²⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 45.

processo como pronuncia o artigo 261 do Código Processo Penal. De acordo com o artigo supracitado, “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem um defensor”.³⁰

Há uma presunção de hipossuficiência entre a acusação e a defesa do sujeito passivo, pois este não possui o conhecimento necessário e suficiente para se opor à vontade do Estado em iguais condições técnicas com o acusador. Está presente ao acusado uma condição de hipossuficiente, levando, assim, uma situação de inferioridade perante o poder da autoridade estatal (promotor, polícia e até mesmo o juiz). O réu ou acusado, na maioria dos casos, não é profissional com conhecimento teórico do Direito, que possua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e, por conta disso, há uma dificuldade de compreender o resultado no inquérito preliminar, ocasionando um descontrole. Ademais, em existindo uma prisão cautelar, haverá uma impossibilidade física de atuar de forma efetiva. Por conta de todos esses motivos, é indispensável uma defesa técnica.

Vale ressaltar que a garantia à participação é exigida no contraditório, todavia, o princípio da ampla defesa vai mais adiante disso, atribuindo à realização efetiva dessa participação sob pena de nulidade, se e quando prejudicado o acusado, isto é, além de exigir uma defesa técnica, é necessário que os meios empregados sejam efetivos, ou seja, o advogado deve interpor a ação com a peça processual certa, dentro do prazo e, indo além do mais, deve buscar, dentro dos meios legais, o melhor interesse do acusado.

Dito isto, a ampla defesa pode ser realizada por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, por fim, por qualquer meio de prova hábil a evidenciar a inocência do réu.

Esse princípio acima mencionado está sob a égide e interesse do acusado, pois a ampla defesa é vista como um direito salvaguardado pela Constituição Federal Brasileira, tendo como características o reconhecimento da disposição desfavorável do juízo e a possibilidade de recorrer a essa decisão.

Assim surge o duplo grau de juízo, de modo que, da sentença proferida do juiz de primeira instância, é possível que seu caso seja reanalisado, incluindo o mérito, para uma possível alteração da decisão em uma instância superior, com o colegiado de magistrados para verificar este processo sem a influência da antiga decisão para que com isso, possa-se determinar uma nova sentença. Além do mais, o acusado tem o direito de conhecimento claro do que está sendo acusado para que este possa se defender melhor, pois, sem essa informação,

³⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 out 2017.

impossibilita-se a aplicação da ampla defesa, isso porque a realização efetiva da defesa depende desta notícia e dificulta a defesa técnica, tendo em vista que é mais favorável ao acusado uma advocacia específica do seu caso do que uma genérica.

Há também o direito de produzir provas, demonstrando o seu ponto de vista e a sua inocência, e ainda há possa fazer contraprovas às alegações, diante de trazer as provas que colidam diretamente com as provas trazidas pela acusação, ou seja, pedir para que seja anulada uma prova apresentada anteriormente pelo autor, com base em elementos trazidos ao processo.

Considera-se também a possibilidade de se produzirem e se apresentarem alegações contra a acusação e, por fim, de se possuir defesa técnica por advogado, pois, através dessa defesa técnica, ele – acusado – estará assegurado de que todos os procedimentos legais estão sendo cumpridos e, ainda, de que seu advogado esteja empenhando de procurar uma maneira de mostrar a sua inocência à justiça.

Dessa forma, a ampla defesa é o núcleo na qual se desenvolve o processo penal, visto que sem ele, não teria um processo justo, pois este princípio não é apenas um mero direito, mas uma garantia que se tem para que o processo ocorra de uma maneira equitativa.

Porém, é preciso deixar claro que o princípio da ampla defesa não se confunde com a plenitude da defesa, pois esta última está prevista na Constituição Federal, no artigo 5º, no inciso xxxviii, alínea “a”, cuja afirmação diz: “É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa [...]”.³¹ Porquanto, este se encontra dentro princípio maior da ampla defesa, consolidando na garantia da apreciação de todas as teses e argumentos despendidos aos jurados e também ao magistrado.

Do mesmo modo, vale ressaltar que a doutrina divide a ampla defesa em duas, sendo elas a positiva e a negativa, pois, junto a uma defesa técnica, existe também a desempenho do sujeito passivo no sentido de opor-se pessoalmente ao poder do Estado. Por meio dessas performances, o sujeito atua para proteger a si mesmo como indivíduo particular, fazendo amparar seu discernimento e seu interesse privado.

A chamada defesa pessoal, ou autodefesa, aparece de diversas maneiras, contudo, descobre no interrogatório policial e judicial seu momento de máxima importância. Classificamos a autodefesa a partir de seu caráter exterior (positivo ou negativo), pois é neste

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 ago 2017.

momento que o acusado ter a chance de atuar de contorno efetivo, anunciando os seus motivos e as justificativas dos fatos que lhe foram imputados.

De acordo com Lopes Jr., a defesa pessoal positiva é:

A autodefesa deve ser compreendida como o direito disponível do sujeito passivo de praticar atos, declarar, constituir defensor, submetem-se a intervenções corporais, participar de acareações, reconhecimentos etc., em suma, praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigação do Estado, fazendo valer seu direito à liberdade.³²

Existe também a possibilidade da não produção de elementos probatórios, porém no judiciário, a não produção de provas é danoso tanto para a parte acusada quanto para o sistema jurídico, visto que o ordenamento tem como finalidade a busca da verdade real, para que, com o contraditório, ou seja, uma afirmação com outra, possa, ao final, chegar à inocência ou não do acusado. Dessa forma, a defesa pessoal positiva, o acusado, ele age de forma ativa, para poder resistir à investigação do Estado, na forma que ele permite a acareação, submetendo a invenções corporais ou a reconhecimento, e ainda de praticar atos ou de fazer declarações em prol da sua defesa.

Ainda com Lopes Jr.:

A autodefesa negativa reflete a disponibilidade do próprio conteúdo da defesa pessoa, na medida em que o sujeito passivo pode simplesmente se negar a declarar. Se a defesa técnica deve ser indisponível, a autodefesa é renunciável. A autodefesa pode ser renunciada pelo sujeito passivo, mas é indispensável para o juiz, de modo que o órgão jurisdicional sempre deve conceder a oportunidade para que aquela seja exercida, cabendo ao imputado decidir se aproveita a oportunidade para atuar seu direito de forma ativa ou omissiva.³³

Na autodefesa negativa há uma omissão, cujo réu se nega a prestar ou declarar no interrogatório, como também se nega a dar mais contribuições para a produção de provas realizada pelos órgãos estatais de investigação.

³² LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2010, p. 203.

³³ *Ibid.*, p. 203.

3 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS QUE INFLUENCIARAM A DELAÇÃO PREMIADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Nesse momento, é oportuno saber quais as legislações que influenciaram a criação da colaboração no Brasil. Antes de chegar ao Brasil, a delação premiada, já era utilizada em outros países, como os Estados Unidos e a Itália, tendo sido essas ocorrências as suas maiores fontes de inspirações dos modelos de justiça penal negocial.

A partir deste andamento, é importante conhecer a sua origem para descobrir a si mesmo, ou seja, é adequado analisar as legislações e aplicações dos Estados Unidos e da Itália em relação à colaboração premiada para compreender de que forma a influência dessas duas nações reflete na aplicação desse instituto no Brasil- e, a partir das divergências, observarem-se as peculiaridades dessas nações, como entre as estruturas jurídicas – *civil Law e a common Law* – dos países e, também, sobre o seu uso e as vantagens e a desvantagens na delação premiada.

3.1 Estados Unidos – EUA

Nos Estados Unidos e nos países que seguem o *common Law* de uma maneira geral, a colaboração premiada é uma decorrência apropriada da liberdade que é atribuída à acusação para efetivarem-se pactos com a defesa.

3.1.1 *Common Law*

Para os norte-americanos, o sistema jurídico é o *common Law*. Nesse sistema, há uma preocupação menor em teorizar o direito, dessa forma, ele procura sistematizar a sua aplicação ao caso concreto. De tal modo, as normas nascem a partir do caso prático – *leading case* –, ou seja, partem do caso específico para o geral.

Todavia, existe outro sistema que se difere bastante do que é usado pelo EUA, cujo nome é o sistema românico-germânico, aqui há uma apreensão para a teorização do Direito ou dos seus dogmas, pois as suas normas de condutas rematam direções abstratas. Por

isso, há uma necessidade, desta teorização, já que ela requer um enfoque teórico.³⁴ Contudo, no *common Law*, a lei surge no momento de uma sentença de um conflito no judiciário. Dessa forma, o que o operador do direito busca não é a uma doutrina ou a teoria do direito para a solução, mas sim nuances de jurisprudências, ou seja, casos anteriores submetidos a julgamentos, assim, formando precedentes judiciais.

O *civil Law* e o *common Law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais inteiramente distintas e, diante disso levou a uma formação de tradições legais diversas, decididas por institutos e considerações próprias a cada um dos sistemas. O *civil Law* surge a partir da Revolução Francesa, cujos dogmas ainda mantêm a finalidade para negar considerações e institutos ainda não adesivos à sua conjectura e tradição, manifestarem-se imprescindíveis em presença da prática e da realidade de países que se desenvolveram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes.³⁵

Não impedindo as mudanças que atuaram no *civil Law*, existe uma inegável oposição, para não se dizer insensibilidade, a entidades do *common Law* de grande importância ao aprimoramento do nosso direito, como é o caso do respeito aos antecedentes.

Recentemente, o *common Law* tem absolvido elementos do sistema romano-germânico, pois há um intenso processo de codificação, que vem sendo implantado na Inglaterra e nos Estados Unidos.

No direito inglês, não há a necessidade de preparar o dogma da aplicação estrita da lei ou de conceber que o juiz poderia operar mediante a mera circunscrição dos termos da lei. No seu ordenamento jurídico, permanece a manifestação cultural, um pensamento ideológico do país, de não se regular com construções teóricas rebuscadas, sem reflexo prático imediato. O magistrado inglês não só decodificava a lei, como retirava direitos e deveres a partir do *common Law*. Contudo, é importante ressaltar, que o juiz estava submetido à *common Law*; sempre agia à luz e a partir de um direito.

3.1.2 Prosecutorial Discretion

Diante de tal fato, o exercício da ação penal pública se orienta pela absoluta discricionariedade dos promotores envolvidos no caso – *prosecutorial discretion* – cuja

³⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação Crítica Entre As Jurisdições De Civil Law E De Common Law E A Necessidade De Respeito Aos Precedentes No Brasil**. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 30 Outubro de 2017.

manifestação presente nas atividades persecutórias da policial e jurisdicional, e até mesmo na execução da pena.

Nos Estados Unidos e nos países que tomam o *common Law*, de uma forma genérica, a colaboração premiada é uma decorrência apropriada da liberdade que é entregue à acusação para conseguir acordos com a defesa.

De acordo com Rosanna Gambini Musso³⁶, citada por Santos (2016), aponta-se a grande discricionariedade dada aos promotores obedecer a razões políticas e utilitaristas:

Procura-se descartar os delitos irrelevantes, concentrando-se os esforços na criminalidade de vulto, cuja repressão rende visibilidade no seio social, e, exatamente por isso, é a que interessa combater. Promove-se, de um lado, a despenalização, pontual e casuística, de determinadas condutas que não causam mais repulsa social; de outro, permite-se, através o *plea bargainig*, uma plena individualização da pena.

Diante disso, o *plea bargainig* é o poder de barganha que o Ministério Público detém, desta maneira, o motivo disso é manter a concentração de esforço para os crimes mais gravosos e considerados de maior repercussão na sociedade.

Neste caso, os promotores de justiça e procuradores da República nos Estados Unidos possuem uma grande discricionariedade para optarem nos casos, cujo custo-benefício na apuração e processamentos compensem para a sociedade e para o Estado.

O consentimento da vasta discricionariedade acusatória aos membros do Ministério Público, tanto na esfera federal, quanto no âmbito dos Estados, deriva devido à postura do poder judiciário, que respaldou desde cedo. Segundo Yue Ma³⁷,

Os promotores norte-americanos, contudo, são praticamente os únicos a contar com uma discricção demasiadamente ampla e em grande parte livre de controle (...). A autoridade do promotor norte-americano para tomar decisões quanto à acusação, por outro lado, não esta sujeita nem a reexame judicial, nem a contestação da vítima. O judiciário norte-americano adotou uma abordagem extremamente deferencial em relação à tomada de decisão acusatória.

³⁶ MUSSO, Rosanna Gambini *apud* SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIMV, 2016.

³⁷ MA, Yue. Explorando as origens da ação penal publica na Europa e nos Estados Unidas. Tradução: Aduino Villela. Revisão e Adaptação: Bruno Amaral Machada. **Modelos de Ministério Público**. Revista do CNMP, 2011. p. 34.

A origem de tal postura do poder judiciário surge no mandado de *Nolle Prosequi*, que consiste em um instituto do *common Law* usado pelo Attorney Geral, que lhe confiava poderes absolutos de extinguir uma ação penal sem necessidade de argumentação.

Desta forma, há incontáveis precedentes judiciais aprovando a discricionariedade absoluta do Ministério Público americano, com uma grande possibilidade de fazer acordos de colaboração com o réu. Um exemplo disso ocorreu em um tribunal de Massachusetts, nos Estados Unidos, no caso *commonwealth v. wheeler*, a decisão prolatada ocorreu em 1806, mas já deixava claro que “o poder de apresentar um *nolle prosequi* deve ser exercido conforme a descrição do promotor que inicia a ação em nome do governo, e por esse exercício apenas ele é responsável”.³⁸

O instituto da delação premiada surge nos Estados Unidos como um acordo realizado da acusação em face do acusado de compor organização criminosa, em que, entre as concessões negociadas, está a de revelar os nomes de seus comparsas e a estrutura da organização.

Uma citação de Stephen Trott demonstra a utilização do depoimento de um réu colaborador foi crucial para o êxito do processo nos Estados Unidos:

Jimmy, o Doninha Frattiano, pode ser usado para derrubar a Máfia da costa Oeste; Sammy, o touro Gravano, para remover o chefe John Gott; e Michael Fortier para proporcionar um depoimento destruidor e explosivo para Timothy Mc Veigh no caso bomba no prédio Federal em Oklahoma.³⁹

A colaboração premiada nos Estados Unidos revelou-se como uma das técnicas mais eficazes de combate ao crime organizado, principalmente devido ao êxito do seu programa de proteção a vítimas e testemunhas. O referido país não só tem o melhor e mais eficiente programa de proteção a testemunhas do mundo, mas também, foi o primeiro país a criar um planejamento oficial desse gênero.

Vale ressaltar que, atrás desse sistema de barganha, às vezes há uma exagerada discricionariedade por parte da Promotoria, que, guiada, muitas vezes, por discernimentos políticos em vez de procedimentos, desconfia, na sua prática, a segurança jurídica, pois

³⁸ MA, Yue. Explorando as origens da ação penal publica na Europa e nos Estados Unidos. Tradução: Aduino Villela. Revisão e Adaptação: Bruno Amaral Machada. **Modelos de Ministério Público**. Revista do CNMP, 2011. p. 34.

³⁹ TROTT, Stephen. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução: Sergio Fernando Moro. Revista CEJ. Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal. V.11, n. 37, abr/jun 2007. P. 69.

peças em análogas situações jurídicas penais acabam ganhando do Estado tratamentos distintos.

Neste tipo de método, o poder judiciário não pode fazer nada quando os promotores optam pelo arquivamento do processo. Isso demonstra a verdadeira autoridade do Judiciário, pois é o Ministério Público quem dita os rumos da política criminal a depender do Estado.

Contudo, diante de um cenário de tamanha arbitrariedade e liberdade, os doutrinadores e os juristas – operadores do direito – propõem maneiras para que haja limites da discricionariedade.

3.1.3 Justiça negocial – *plea bargaining*

O procedimento negocial é chamado de *plea bargaining*, e os acordos quanto à sanção a ser imposta se chamam *guilty pleas*. Nos Estados Unidos, este procedimento é regulamentado pela Regra de Procedimentos Criminais Federais nº 11, cuja autonomia para legislar sobre o processo penal, a superioridade dos Estados alterou, em seus respectivos códigos, a matéria dessa regra federal.

Neste tipo de sistema, o réu tem três opções: declarar-se expressamente culpado (*plea of guilty*), afirmar que não contesta a acusação, sem, no entanto, assumir a culpa (*plea of nolo contendere*) ou, por fim, declarar-se como inocente (*plea of not guilty*). Contudo, em silêncio, a justiça entende que ele se declarou como inocente.⁴⁰

Ao se declarar como culpado, o réu provoca condenação criminal, com todos os ônus daí decorrentes, de modo inclusivo título executivo judicial fica à disposição da vítima, para uma que esta entre logo na fase de execução. Dessa forma, é proporcionada uma opção ao réu, entre aceitar uma sanção apresentada pela Promotoria ou enfrentar um julgamento e assumir o risco de uma pena mais severa, o acusado escolhe a resposta penal que lhe pareça mais branda.

Além disso, pode haver a declaração de culpa condicionada, que ocorre sempre que o réu não contradiz a conduta a ele atribuída pelo Ministério Público, contudo, a legalidade da perseguição, a pensar na adequada condenação criminal. Assim, os pedidos abatidos pelo acusado no pré-julgamento, se desatendidos pelo juízo, poderão ser rediscutidos

⁴⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

em grau de apelo. Pendendo do pedido estabelecido na apelação, o provimento desta pode provocar até mesmo a afastar-se da declaração de culpa.

O acusado culpado sob ângulo fático, o mérito da apelação não pode considera a respeito de questões de Direito Material, inerentes à atribuição delitiva em si. Em vez de se debaterem fatos, são alinhavadas questões estritamente jurídicas, de cunho processual, e a transgressão de garantias constitucionais. Tal entendimento já foi sufragado em diversos antecedentes judiciais.

A declaração de culpa condicionada somente é adjudicada após prévia aceitação da Promotoria e subsequente aprovação judicial, podendo concluir tanto a declaração de culpa, quanto a da não contestação da acusação.

Nesse sistema, há também a *plea of nolo contendere*, na qual o acusado não reconhece a culpa, porém apenas nomeia por não impugnar a acusação. Neste sentido, não existe confissão de culpa, o condenado, neste tipo de declaração, não estabelece título executivo judicial a arranjo do lesado.

Além deste fato, trata-se de uma sentença penal condenatória, inclusive com a possibilidade de sanção privativa de liberdade, assumindo todas as demais cargas originárias de qualquer condenação criminal.

De acordo com Santos,

De qualquer forma, como o *plea of nolo contendere* enseja uma condenação criminal despida de efeitos civis, sua implementação depende da aprovação do Tribunal, que, para tanto, sopesará os pontos de vista invocados pelas partes e o interesse público.⁴¹

No sentido da afirmação proferida pelo autor, o *plea of nolo contendere* tem o desejo de que não haja os efeitos civis, em uma condenação criminal. Entretanto, é necessário haver uma aprovação do Tribunal, que, todavia, observará o interesse da sociedade e os pontos de vista ditos pelas partes.

Após a pendência preliminar entre acusação e defesa, as partes podem combinar que a promotoria afaste algumas das denúncias contra o réu. A acusação pode, do mesmo modo, aconselhar o juiz a determinar condenação ou aprovar a sugerida de título condenatório ligado pela defesa, avisado o réu que tal requerimento não prende o juízo, aberto para resolver

⁴¹SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016

de forma diferente, até mesmo mais gravosa. Nada impede ainda que a promotoria aprove outras conjecturas estabelecidas pela defesa.

3.1.4 Legitimidade, requisitos e procedimentos do *plea bargaining*

Esse tipo de sistema está restrito à iniciativa da promotoria, que é legítima para dar o começo para o procedimento negocial. Todavia, existem acordos que dependem da acusação e da defesa, como a declaração de culpa e a de não contestar, porém, nada impede de haver para este caso, a defesa inicie as negociações.⁴²

As investigações policiais podem se dividir em dois tipos: os de pequenas e grandes montas ou relevâncias. As de pequenas relevâncias, normalmente, são arquivadas pela Promotoria, tendo em vista a demonstração da discriminação. O outro tipo é o de grandes relevâncias, em que o exercício da ação penal, voltado, especialmente para a repressão da criminalidade de aspecto importante. Nele, o *plea bargaining*, normalmente é aplicado aos delitos de elevada potencialidade ofensiva, estejam ou não em concurso de pessoas.

Não existem exigências objetivas para a atuação do *plea bargaining*, dessa forma, é possível para qualquer réu o poder de comercializar com a Promotoria a sua pena, pouco implicando seus antecedentes ou o conteúdo da atribuição delituosa que lhe é apontada. Em verdade, o *plea bargaining* é visto como um processo negocial ligado entre a acusação e a defesa, derivando numa combinação quanto à pena a ser atribuída ao acusado. Trata-se de um apropriado acordo, governado pelos princípios contratuais.⁴³

Desse feitio, para que a declaração de culpa ou de não contestação seja válida, é imperativo que afronte da vontade livre e consciente do acusado. São justamente a voluntariedade e a inteligência de desidrato do réu que compõem as conjecturas subjetivas de legitimidade do acordo penal.

A voluntariedade é a manifestação livre da vontade do acusado, perante isso, não existe vontade quando há eventuais ameaças, violências ou promessas falsas diferentes ao que foi proposto no acordo. Por consequência deste ato, o magistrado tem o dever de verificar a declaração do réu, perguntar pessoalmente em audiência e, percebido que houve violência física ou de maneira coercitiva, será considerado como inválido tal manifestação.

⁴² *Ob, cit.*

⁴³ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

Para haver o acordo, não basta apenas que haja a livre vontade, é necessário também haver a “inteligência”, esta é apresentada quando há uma consciência plena do conteúdo e das consequências do acordo realizado, ou seja, embora o acusado tenha vontade de realizar o contrato, mas não conheça todas as cláusulas e, porventura, as suas consequências, não será possível haver o acordo. Por conta disso, é imprescindível que o réu tenha plena noção das garantias cedidas, em face do pacto celebrado com a acusação.

A realização do pacto deve ser precedida de um procedimento, este devendo ser gravado e, caso se ajuste uma declaração de culpa ou de não contestação, devem igualmente conter as perguntas realizadas pelo magistrado ao acusado quanto à voluntariedade e à inteligência da sua declaração.

A gravação tem a finalidade de que não reste dúvida acerca da vontade revelada pelo acusado. Ainda que, na condução do *plea bargaining*, alguma formalidade deixe de ser apreciada, o acordo apenas será anulado se houver prejuízo ao acusado. Caso não tenha sido sacrificada nenhuma garantia substancial, o procedimento é perfeitamente válido.

Uma vez realizada a gravação, esta é levada para uma audiência pública, em que será revelado o acordo, o juiz avisará ao réu que o integrará à sentença penal condenatória a ser proferida. A partir deste momento, não poderá mais voltar a atrás e rever a sua declaração.

Uma vez realizado o pacto, ele estará válido, mas, se houver um descumprimento do acordo, caso a Promotoria rejeite a contraproposta desejada pelo réu, o Ministério Público acusará para um novo julgamento.

Analisado o instituto da delação premiada nos Estados Unidos, cumpre investigar como a Itália, país de tradição jurídica diversa, adotou colaboração.

3.2 Itália

Na Itália, a Promotoria é norteada pelo princípio da obrigatoriedade. Ele, no exercício da ação penal, é um ato privativo que desenvolve um juízo de oportunidade/conveniência tudo quanto ao processamento da ocorrência delituosa. Assim, ele apenas vê se estão presentes as condições para atender o exercício da ação penal.

3.2.1 *Civil Law*

Existem vários países que adotam o *civil Law*. Para estes há um predomínio claro do direito positivado e legislado em detrimento das demais fontes do direito. Diante deste fato, a doutrina, jurisprudência e o costume possuem um status normativo inferior à legislação, ou seja, a sua utilização é possível quando a norma não oferece soluções para um determinado conflito de interesses. Somente assim poderá ser usado, quando há uma lacuna a ser preenchida, que a lei não por si pode responder, que poderá como fonte supletiva, a doutrina, costume ou a jurisprudência será usada.

Esse sistema tem o seu início com o processo de codificação nos países romano-germânicos no século XIX. Um exemplo de codificação que ocorreu nesta época foi o código de Napoleão e o código Francês editado e publicado na França, que foi uma das referências da codificação, e, logo após, mais quatro códigos napoleônicos (Código Penal, Código de Processo Penal, Código de Processo Civil e Código Comercial).

O sistema romano-germânico apresenta um arranjo judicial diferente do modelo apresentado nos países em que vigora a *common Law*. O magistrado em um Estado em que está presente o *civil Law*, ao decidir a sua sentença, esta deve estar vinculada à matéria da lei, e a decisão do litígio é feita através de técnica interpretativa e não pelas soluções judiciais anteriores.⁴⁴

Diversamente de como acontece no sistema anglo-saxônico, em que compete aos juízes estabelecer o conteúdo das regras de direito, nos países de tradição do direito romano, existe uma importância cerimonial do magistrado às conjecturas normativas, já que elas são elaboradas com atenção pelo legislador e sistematizadas de forma racional e lógica pela dogmática jurídica no transcorrer do tempo da ciência do Direito.

Embora haja uma maior importância pela norma positivada, não significa que não dizer que a jurisprudência não seja uma importante fonte do direito nos países de *civil Law*, pois existe a possibilidade da incapacidade do legislador de prever todos os fatos passíveis de submissão à triagem do judiciário. Diante disso, a própria lei aprova a solução, nas determinações judiciais, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

⁴⁴ LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Fundamentos do sistema jurídico romano-germânico: origem, atributos e aproximação com o sistema anglo-saxônico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4102, 24 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30041>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

3.2.2 Ação penal: noções gerais sobre o exercício

Na Itália, o Ministério Público é orientado pelo princípio da obrigatoriedade, este no exercício da ação penal é um ato privativo. Neste diapasão, ele – Ministério Público – não é um órgão acusatório contumaz, ou seja, unicamente quando estiverem presentes os requisitos da ação, isto incluindo também uma quantidade mínima de provas para que seja deflagrada a ação penal.

O princípio da obrigatoriedade atalha o Ministério Público de desenvolver um juízo de oportunidade/conveniência quanto ao processamento da ocorrência delituosa. Assim, este apenas vê se estão presentes os requisitos para satisfazer o exercício da ação penal e se há uma base fática aceitável para embasar a pretensão punitiva. Caso haja uma resposta positiva, denuncia-se.⁴⁵

Contudo, o princípio da obrigatoriedade tem sido bastante criticado, principalmente a partir dos anos noventa. A principal razão da crítica está pautada no que o utilitarismo versa sobre a eficiência da justiça. Para tais críticos, o exercício da ação penal deveria ser regido pela importância do injusto, pela capacidade persecutória da máquina judiciária e pela situação social em que o suposto delinquente encontra-se inserido.

Diante disso, ao concluir as investigações, o Ministério Público tem opções. A primeira é oferecer a denúncia, e a outra é pedir o arquivamento dela. Esta última deve ser submetida ao controle dos juízes instrutores, podendo ter como razão a insuficiência probatória, a extinção da punibilidade ou a autoria ignorada.

Uma vez deflagrada a ação penal, a Promotoria deverá ver qual procedimento usará: o procedimento ordinário ou um dos ritos especiais regulamentados na legislação. Os procedimentos especiais são o juiz abreviado; o juízo diretíssimo e o procedimento por decreto penal ou monitório. No juiz abreviado e na aplicação consensual da pena, que tem o seu momento processual alocado à audiência preliminar, a sua finalidade é evitar a instauração e o dito julgamento convencional. O outro é juízo diretíssimo. Neste caso, é o juízo imediato, que procede no julgamento direto da causa, eliminando a audiência preliminar; e, por fim, o decreto penal versa na imediata expedição do decreto condenatório, pautando-se, somente, nas peças de informações reunidas ao longo das investigações, sem a escuta do acusado, a quem se resguarda apenas o direito à oposição, que, se praticado, convola o procedimento monitório em ordinário.

⁴⁵MORELLO, Michele. **II nuovo Processo Penale, parte generale**. Padova: CEDAM, 2000, p.82.

3.2.3 Justiça Negocial

A legislação instrumental autoriza que o réu e a Promotoria negociem não somente em relação à punição a ser aplicada, mas também quanto ao procedimento a ser adotado. Dessa forma, são negociáveis a pena e o rito.

3.2.3.1 Rito: conteúdo e efeito

Existe a possibilidade de se negociar o procedimento através do juízo abreviado ou monitório. O acusado, no juízo abreviado, pede na fase da audiência preliminar imediato julgamento da pretensão acusatória. Nesse caso, o indiciado abdica as garantias processuais – contraditório e ampla defesa, sobretudo –, e com este fato, ele – o acusado – requer que o judiciário decida a partir das informações recolhidas unicamente na fase investigatória.

O benefício recolhido para aquele que decidiu ir para este rito é a redução de um terço da pena e, se a pena for de delito de prisão perpétua, a sua substituição pela sanção privativa de liberdade por 30 anos.

Contudo, há uma contestação em relação a este dispositivo, por oferecer causa de diminuição da pena inteiramente desconexa da ação delituosa feita pelo agente, rejeitando a reprovabilidade em face do injusto e as circunstâncias pessoais do infrator⁴⁶.

O procedimento por decreto penal depende da iniciativa da Promotoria. Ocorre após o termino das investigações, ainda na fase pré-processual, quando o Ministério Público oferece ao juízo um decreto penal condenatório, que dura na imediata aplicação apenas de uma pena pecuniária ou, no mínimo legal, reduzido da metade, o decreto ao mesmo tempo aponta, se for o caso, civilmente responsável pela reparação do dano à vítima.

Confirmado pelo juízo o decreto penal exposto pelo Ministério Público, o acusado e o responsável civil apontado no parecer são informados para manifestar-se. O aviso há de ser pessoal, sob pena de caducidade do decreto, devolvendo ao *parquet* o direito de deflagrar a ação penal.

A disposição negocial apresentada neste procedimento aparece de forma clara quando concede ao acusado uma serie de vantagens, caso aceite o decreto penal ministerial: não há condenação nas custas, nem obrigação de penas acessórias; não há a realização do

⁴⁶ CONSO, Giovanni e GREVI, Vittorio. **Codice di Procedura penale e norme complementari**. Nova Edição. Milão: Giuffrè Editore, 2001, p. 411.

titulo executivo judicial em desfavor do imputado, uma vez que não existe confissão promulgada de culpa, também não atrapalha futura suspensão condicional da pena em caso de vindoura condenação criminal.

3.2.3.2 Legitimidade, Requisitos, Procedimento e Controle Jurisdicional

Em relação ao procedimento abreviado, o réu é quem possui a legitimidade para propô-la, podendo ser este através do seu procurador ou pessoalmente. Entretanto, como se trata de uma transação é necessário à anuência da Promotoria.

O código de Processo Penal italiano para este tipo de procedimento não condiciona quaisquer requisitos de ordem objetiva ou subjetiva. No entanto, o imputado há de ser mentalmente saudável e que a sua manifestação seja de livre consciência e vontade.

Vale ressaltar que a transação procedimental alcança qualquer delito, inclusive os mais gravosos, apenados com prisão perpétua.

Em relação ao rito monitório, a sua deflagração submete-se à iniciativa unicamente da Promotoria. Para este procedimento, incluem-se tanto a ação penal pública quanto a ação penal privada. Neste último caso, a proposta apenas seria veiculada à queixa-crime dependendo da anuência do querelante.⁴⁷

Mas há o dever de deixar claro que não são todos os casos em que é possível haver tal acordo, visto que só são os injustos penais de pequeno potencial ofensivo, punidos, no máximo, com sanções detentivas, desaguando na substituição por repreensão pecuniária ou na fixação no mínimo legal, reduzir pela metade.

Neste diapasão, o réu escolhendo o procedimento abreviado, a regra é o magistrado contemplar a aspiração à luz das peças de informação obtidas durante a investigação. Faculta-se incomparavelmente ao réu a produção de provas, segurado ao Ministério Público o direito de contestar, desde que tal extensão probatória seja necessária ao julgamento da causa e compatibilizada com a celeridade do rito, pois, do contrário, recorrem-se às vias ordinárias. De qualquer modo, antes de exarado o juízo de admissibilidade da imputação, poderá o acusado renovar o pedido de adoção do rito abreviado.

Diante deste fato, no rito abreviado o procedimento em si ocorre segundo critérios de oportunidade e relevância, verificando se premente ou não a produção de provas. No rito

⁴⁷SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016

monitório, o controle jurisdicional é maior, já que este é oferecido pela Promotoria e é dito como um projeto de condenação. Diante disso, o foco do juiz é verificar a legalidade, principalmente se existe justa causa mínima para a prolação da sentença penal condenatória, ainda mais porque o silêncio do acusado neste caso implica a sua condenação.

3.2.3.3 Pena: conteúdo e Efeito

Após análise da transação sobre o procedimento, passa-se a verificar o acordo feito entre o Ministério Público e o réu em relação à pena a ser aplicada, que é conhecido como *patteggiamento*.

O *patteggiamento* consiste na aplicação imediata de uma pena a pedido do acusado, reservada aos procedimentos especiais. Não se trata sobre o rito, mas sim sobre a pena.

No *patteggiamento*, a busca da pena mais branda não é um dos efeitos do pacto feito entre os sujeitos, mas sim o seu objetivo principal. Dessa forma, o imputado autoriza que lhe seja aplicada uma pena restritiva de direito ou pecuniária, ou até mesmo uma pena privativa de liberdade, mas minorada até um terço, não podendo ultrapassar cinco anos de detenção.⁴⁸

Ao negociar a pena, não existe o reconhecimento da culpa pelo acusado, embora haja uma admissão implícita de culpa. Como *patteggiamento*, é necessária a anuência do acusado, a decisão impositiva da pena pleiteada pelo denunciado é insuscetível de apelo.

3.2.3.4 Legitimidade, Requisitos, Procedimento e controle jurisdicional

O *patteggiamento* é, em tese, um acordo feito em conjunto do Ministério Público com o acusado, porém, há a possibilidade, pois nada impede que a proposta de transação penal deduzida unicamente pelo réu e chancelada pelo juiz, independentemente da ciência da Promotoria.

⁴⁸SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016

O *patteggiamento* procede na decisão em desfavor do réu, de uma sentença penal condenatória. Logo, é essencial que haja justa causa, ou seja, uma mínima prova, sob pena de rejeição pelo juiz.

Por último, o *patteggiamento* não se designa a toda e qualquer infração penal, também não é permitido para qualquer acusado, mostrando-se vedado, por exemplo, ao criminoso profissional, habitual.

O *patteggiamento* pode ser usado não apenas no procedimento ordinário, porém também nos ritos diretíssimo e imediato. Igualmente ao procedimento abreviado, o cumprimento do *patteggiamento* precede a apreciação do mérito pelo magistrado. Combinar a pena, no rito ordinário, durante a audiência preliminar e, nos ritos diretíssimo e imediato, antes de iniciada a audiência de instrução e julgamento.

O magistrado possui um controle de legalidade sobre o *patteggiamento*, todavia, pondera a conveniência da pena acordada em face da conduta delituosa em tese cometida. Apenas a autorização se existir uma mínima comprovação probatória em relação à existência da autoria do crime e da tipicidade. Compete ainda a proporcionalidade entre a pena proposta e a imputação dirigida ao acusado.

Diante desse fato, é importante ressaltar que o juízo pode acolher o *patteggiamento*, apesar da contrariedade do Ministério Público, todavia é necessário este ser a partir do pedido formulado pelo acusado. Sendo impossível este ser emitido de ofício, rejeitado o *patteggiamento*, volta o poder da Promotoria o direito da ação.⁴⁹

A relação da experiência norte-americana, em que o estudo da *plea bargaining* já envolve a delação premiada, uma vez que muitas combinações em torno da ocorrência delitiva e/ou da pena aplicável ao réu, condiciona-se a possível colaboração à persecução, na Itália, a transação, quer em torno do procedimento a ser seguido, quer ser acerca da pena, não raro se juntar, legalmente, à acomodação do acusado para auxiliar o Estado na apuração e pressão da atividade delituosa.

Todavia, a colaboração abarcar a confissão simples não associa o rol de atenuante, ao anunciar que o magistrado pode levar em atendimento circunstâncias distintas que também justificariam a minoração da pena.

De acordo com Luigi Ferrajoli, em relação ao processo penal italiano,

(...) por meio destes procedimentos é de fato introduzido no nosso ordenamento o discutido instituto da colaboração premiada com a acusação. Com o agravante de

⁴⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016

que ela não foi codificada abertamente, mediante a previsão de uma circunstância atenuante, mas de forma sub-reptícia, por meio de um mecanismo idôneo a incentivar os procedimentos acordados e desencorajar o juízo ordinário, com todo o seu sistema de garantias; que ela não é uma medida excepcional, conjuntural e limitada a determinados tipos de procedimentos, mas sim um novo método processual codificado para todos os processos; que, enfim, o benefício da pena não será concedido por um juiz no curso de um juízo público, mas pela própria acusação no curso de uma transação destinada a desenvolver-se em segredo.⁵⁰ (Grifos do autor)

O instituto da colaboração, para obter o prêmio, deve juntar informações e provas que autorizem não apenas a reconstrução do fato delituoso em julgamento, porém, a manifestação de outros fatos criminosos de maior gravidade e de grupos criminosos, a captura dos criminosos, a obtenção de bens que constituam objeto, proveito ou instrumento das infrações penais. A delação premiada pode ser configurada também em favor do condenado, que resolva assessorar a Justiça, provendo conhecimentos nos moldes acima, em troca de benfeitorias como livramento condicional e colocação em prisão domiciliar.

Ainda que implementada a benfeitoria decorrente do instituto, com o trânsito em julgado da decisão, compete anular, admitindo-se, excepcionalmente, revisão criminal *pro societate*, se, alternativamente: verifica-se, em período futuro, a falsidade dos elementos prestados; acontecida até dez anos desde o trânsito em julgamento da condenação, o delator faz delito “inafiançável”, na entonação da lei em “o flagrante é obrigatório”, a sinalizar a permanência do acusado no círculo criminoso.

A delação premiada por si só não reflete na permanência ou não das medidas cautelares constritivas da liberdade. A casual revogação ou mudança por outras menos graves justifica-se quando inexistirem dados reais a revelarem que o imputado conserva-se envolvido com a organização criminosa, mafiosa ou terrorista, e, desde que esteja observando, com severidade, as obrigações listradas na convenção entabulada.

Analisada a colaboração premiada à luz dos ordenamentos processuais penais norte-americano e italiano, que visivelmente guiaram o pátrio, advento a isto, parte-se para uma análise da delação premiada tal qual disciplinada no Brasil.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, teoria do Garantismo penal.** Ana Paula Zomer, Fauzir Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 601.

4 PROCEDIMENTO DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL, ANALISANDO OS DIREITOS, GARANTIAS (DO DELATADO) E O VALOR DA COLABORAÇÃO ENQUANTO PROVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO

Este capítulo tem como objetivo analisar o instituto da delação premiada, de tal modo que se possa conhecer o seu procedimento operante no Brasil, pois, como já foi observado no capítulo anterior, o modelo brasileiro baseou o seu molde a partir de precedentes legislativos – além disso, estes países demonstram casos de sucessos para este instituto –, mas detém a sua singularidade, de maneira que se difere a maneira da sua aplicação.

Além desta análise, também se pretende observar também os direitos e garantias que o delatado possui, uma vez que a Constituição Federal Brasileira prevê tal proteção.

E, por fim, será feita uma discussão sobre qual valor probatório a colaboração possui enquanto prova no modelo acusatório.

4.1 Procedimentos: Noção geral, aspecto do termo de confidencialidade e início das negociações

A delação, como qualquer outro acordo, começa com as partes negociando. Nos Estados Unidos, a indicação aos promotores e procuradores é que a iniciativa comece sempre da defesa, e jamais com a interferência do advogado.⁵¹ Entretanto, no Brasil, a lei 12.850/2013 (Lei das organizações criminosas) avisa que o acordo deve ser realizado por meio de advogado.

No direito brasileiro, a tradição não é de justiça negocial, de tal modo que a maioria dos advogados tende a defender seus clientes por métodos tradicionais. Embora não seja comum a sua utilização, mas para aqueles que usam esta estratégia para seus clientes – sempre com o consentimento destes - podem, em qualquer momento processual, ainda mesmo que em trânsito em julgado, procurar até informalmente, o Ministério Público para indicar a sua intenção de revelar fatos, examinando se a acusação teria interesse na realização de um acordo.

⁵¹ Trott, Stephen, op. Cit. p. 77

Mas, em caso negativo de interesse da acusação para realizar o acordo, nada restará senão apenas avaliar outras opções na estratégia de defesa, pois, como dito anteriormente, a colaboração serve como um meio de defesa. Pode também a defesa manifestar-se em juízo, falando o que sabe, além de apenas confessar e tentar obter benefícios de diminuição de pena diretamente do juiz, *ex officio*, na sentença. Contudo, corre todos os riscos daí decorrentes a defesa: como a nova lei não fala que o juiz pode justapor as benfeitorias de ofício, o colaborador sem acordo formal com o Ministério Público pode meramente não obter qualquer benefício no processual além da atenuante da confissão e da atuante genérica do artigo 66 do Código Penal.

Demonstrada a vontade das partes – do Ministério Público e do acusado/réu –, eles se reunirão para estipularem as cláusulas do contrato. As reuniões poderão ser realizadas quantas vezes se achar necessário para se estabelecerem as condições do acordo final. Na Operação Lava Jato, embora a lei não ditasse, procuradores da República têm consolidado com os investigadores e seus advogados um termo de confidencialidade antes do início das negociações como uma maneira de assegurar que o que for dito nessa etapa de tratativa antecipada não será empregado por nenhuma das partes antes da homologação judicial. Convém, ainda, para delimitar a data oficial do início das negociações.

Firmado o termo de confidencialidade, aquele que pretende ser colaborador expõe os anexos, um por fato, comprovando o que vai expor e indicando os meios de provas que tem ou apontar o caminho para a sua obtenção como meio de confirmar suas alegações. De acordo com Vladimir Netto⁵², estes anexos são uma inovação empregada pela operação Lava Jato:

Os procuradores decidiram criar uma novidade: dividir os assuntos por anexos. A ideia foi de Deltan Dallagnol. A divisão resolvia um problema: se surgissem nomes de políticos, partes dos anexos poderia ser enviadas ao Supremo Tribunal Federal sem predicar de outras pontas da história. Um anexo poderia ser divulgado, enquanto outro não.

Conforme o artigo 3º da Lei 12.850/2013 (Leis das organizações criminosas), o instituto pode ser realizado em qualquer momento da fase da persecução. Neste diapasão, a depender da relevância da colaboração que for realizada, o Ministério Público ou a autoridade policial poderá requerer, a qualquer momento, o perdão judicial para aquele que cooperar, como corrobora o artigo 4º§2º da Lei supracitada.

⁵² NETTO, Vladimir. **Lava jato: o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016. p. 62

Outro artigo da mesma Lei que afirma que o instituto poderá ser feito em qualquer fase é o § 5, que diz: “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”.⁵³

Diante de tal afirmação, é possível verificar que a Lei novamente revela a possibilidade da realização de acordos a qualquer tempo da persecução, isso incluindo até a fase de execução, porém, apenas limitando os benefícios do réu que foi condenado em sentença transitada em julgado.

Seguindo este mesmo entendimento, a doutrina não diverge sobre a realização de acordo após a sentença, na fase de execução. De acordo com Walter Nunes da Silva Junior,

A colaboração premiada pode ser antes ou durante o processo. A primeira se dá na fase da investigação policial, antes de recebida a denúncia contra o acusado. A segunda, naturalmente após o ajuizamento da ação penal e, até mesmo, após prolatada a sentença condenatória.⁵⁴

Seguindo a mesma direção, estão Rogério Sanchez Cunha e Ronaldo Batista Pinto. Eles defendem que “não há prazo legal imposto para que a colaboração possa ser prestada, sendo ela cabível, assim, mesmo após a prolação da sentença”.⁵⁵ Isso reforça a ideia de que a delação premiada pode ser realizada até mesmo na fase de execução, demonstrando que a doutrina não está em conflito com esse pensamento.

4.2 Legitimidade e o papel do juiz

Para a Lei supracitada, o acordo da delação premiada poderá ser negociado e firmado entre o investigado/acusado e seu defensor junto com o Ministério Público ou a autoridade policial conforme preconiza o artigo 4 § 2º da Lei 12.850/2013.

Diante de tal afirmação, não resta dúvida sobre a legitimidade da Promotoria de realizar e propor um acordo, mas, em relação à autoridade policial, esse posicionamento não é unânime.

⁵³BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 15 nov 2017.

⁵⁴SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2 ed. Natal: OWI, Editora Jurídica, 2015. p. 537/538.

⁵⁵CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo. **Crime organizado. Comentários à nova lei sobre Crime organizado (Lei nº 12.850/2013)**. 3 ed. Salvador: juspodium, 2014. p. 66.

A Lei antevê que o delegado de polícia pode comerciar e mesmo assinar pacto de colaboração premiada com o investigado na apuração policial, entretanto, deixa dúvida acerca da legitimidade de tal ato. Isso decorre do fato de que a autoridade policial não pode ser titular de uma ação penal e, com isso, ocasionar dificuldades na prática. Por exemplo: se o Ministério Público não anuir com os termos concretizados entre o delegado de polícia e o investigado e, com isso, levantam-se questionamentos acerca das garantias que o investigado terá quanto ao acatamento das cláusulas acordadas entre as partes pela Promotoria.

Nesse sentido, Marcos Paulo Dutra afirma: “O delegado, por sua vez, intervém como intermediário do acordo, pois os pactuantes são, na realidade, o imputado e o *parquet*, na qualidade de titular da ação penal pública (art. 129, I da CRFB/88)”.⁵⁶ (grifo do autor).

Desse modo, tudo aconselha que o Ministério Público aja de forma harmônica, de tal jeito que, se a autoridade policial observar a possibilidade de um bom acordo do instituto da delação, relevante ao interesse público, isso seja recomendado ao membro do Ministério Público.

A combinação de colaboração premiada é um formidável meio de obtenção de prova, e a polícia pode e precisa avaliar a conveniência e oportunidade de esquematizar esse caminho, reprimindo a possibilidade a aquele que tem a titularidade da ação⁵⁷.

Ao fim de todo o procedimento e as partes satisfeitas com o acordo, assina-se o termo de colaboração premiada, e se peticiona ao magistrado competente para que o homologue.

O pedido de homologação do acordo seguirá segundo o artigo 7º da Lei 12.850/2013, o qual afirma que “o pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto”.⁵⁸

O sistema acusatório foi adotado na Constituição Federal de 1988, contudo, habitam resquícios do sistema inquisitivo no ordenamento brasileiro e, com isso, é tradição no Brasil o magistrado interferir em contextos típicos das partes, principalmente no processo penal, em que vigoram direitos, regras indisponíveis.

⁵⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.p. 124

⁵⁷ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

⁵⁸BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 15 nov 2017.

A justiça negociada confina essa tradição, relegando às partes, e exclusivamente às partes, os assuntos atinentes ao pacto de delação premiada, limitando o papel de fiscal da legalidade e a voluntariedade do acordo.

A disposição parece ser no sentido de que o magistrado advenha, efetivamente, a ter uma atitude mais equidistante das partes também no processo penal, evadindo qualquer participação na elaboração do acordo.

Walter Nunes da Silva Junior informa que há possibilidade de acordo realizada na presença do juiz, em razão de que:

Como a colaboração premiada pode ocorrer em qualquer fase do processo, é possível que a proposta e a respectiva aceitação sejam formalizadas, inclusive, na própria audiência, embora, pelos mais diversos fatores, essa circunstancia seja uma exceção, e não a regra.⁵⁹

Diante de tal fato, é preferido que a coleta do conteúdo seja realizada em de forma extrajudicial, levando apenas o contrato para ser homologado pelo magistrado quando finalizado o acordo. Caso, durante o interrogatório, haja a possibilidade de se realizar o instituto, deve-se por conveniência suspender a audiência a fim de que as partes possam negociar o acordo sem a presença do juiz.

Se a combinação abranger alguma cláusula ilegal ou abusiva, ou for caso de ausência de voluntariedade, o juiz pode negar a homologação ou poderá arrumá-la ao caso concreto. Para Rogério Sanches e Ronaldo Batista, o magistrado se refreia ao princípio da discricionariedade regrada, de modo que, uma vez protocolado o acordo e completados os requisitos objetivos e subjetivos, não resta escolha ao julgador senão a homologação.⁶⁰

Assim, não é imprescindível, para fins de homologação do acordo, que o juiz averigue se as declarações do réu colaborador são verdadeiras ou respaldadas por provas de corroboração; esse levantamento é imperativo exclusivamente no momento do julgamento do processo em que o depoimento do colaborador foi um meio de obtenção de provas.

⁵⁹SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2 ed. Natal: OWI, Editora Jurídica, 2015. p. 542

⁶⁰CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo. **Crime organizado. Comentários à nova lei sobre Crime organizado (Lei nº 12.850/2013)**. 3 ed. Salvador: juspodium, 2014. p. 542

4.3 Direitos e Garantias do delatado

Na Constituição Federal, preveem-se direitos e garantias a todos. Isso, é claro, inclui também aqueles que forem delatados. No artigo 5º, inciso LV da Carta Magna diz que “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 ela inerentes, pois garante a ampla defesa do acusado”.⁶¹

Os investigados e acusados em geral têm o direito de conhecer as provas contra si produzidas, bem como o de se defender dos atos que lhes forem atribuídos. Desse modo, o investigado terá acesso aos autos do inquérito policial se o mesmo não for sigiloso. Assim, de acordo com a Lei das organizações criminosas, o pedido de homologação do acordo de colaboração premiada deverá ser sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.⁶²

Neste diapasão, enquanto estiver sobre o sigilo, o delatado e o seu defensor não poderão ter informações dos termos do pacto da colaboração. Nesse caso, o contraditório será diferido, ou seja, após haver uma acusação formal perante o delatado, este tomará a ciência do pacto realizado entre o delator e o *parquet* e, com esta informação, poderá refutá-lo. Diante desse fato, as informações somente poderão ser vistas após o levantamento do sigilo pelo julgador.

Vale ressaltar que, quando o delatado receber formalmente a acusação, logo no início, este tem o direito de saber do conteúdo da declaração – do delator - a seu respeito para que possa em juízo exercer de forma eficaz o contraditório. Caso não recebendo ou obtendo após o início a informação acerca da delação, é possível, o prejudicado, requerer a anulação do processo.

O objetivo do sigilo é garantir a celeridade e da eficiência das medidas investigatórias, e é assegurado ao defensor ter acesso às informações acerca dos elementos de provas para o exercício do direito à defesa, mas é necessário haver autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, na sua súmula vinculante nº 14, dispõe-se que: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos

⁶¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 nov 2017.

⁶² FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Com essa afirmação, reforça-se a ideia de que a parte que esteja sendo investigada tenha o direito de conhecer os elementos de provas até mesmo na fase investigatória.

Se o realizado é sigiloso, o advogado do constituinte não terá conhecimento de sua existência, exceto caso tenha existido “vazamento”. Desse modo, se o advogado solicita vista de feito sigiloso, encarregará à formação de investigação criminal para apurar e descobrir quem deu ensejo à quebra do sigilo.

Assim, para que o defensor tenha como conhecer o teor da colaboração sobre sigilo, é necessário ter a autorização judicial. Diante disso, o delatado não tem o direito de acesso ao teor do acordo de colaboração premiada enquanto estiver sob sigilo, então se trata de contraditório diferido, ou seja, o contraditório é realizado em outro momento. De acordo com Alfredo Carlos, nesse caso,

Não há violação ao princípio da publicidade quando o Ministério Público e o acusado celebram acordo secreto e submetem-no ao juiz, como guardião dos preceitos fundamentais do processo, sem prejuízo do contraditório, como dito acima. É de repetir, a mitigação da publicidade se justifica em face do bem jurídico comunitário que se busca salvaguardar.⁶³

Ainda nesse sentido, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça diz no julgamento da Ação Penal (APn) nº 707: “tendo sido formulado o acordo de delação premiada no curso do inquérito policial, em razão do sigilo necessário, não há falar em violação ao princípio do contraditório”⁶⁴. Nesse caso, observa-se que haverá o contraditório, mas este será em um momento diferido e, por conta disso, não existe violação deste princípio.

Desse modo, apesar de que seja sigiloso, é aceitável que o defensor da pessoa delatada tenha acesso ao feito, desde que tenha constituído a oitiva de seu cliente. A depender das investigações, a pessoa que está sendo alvo da colaboração poderá ser acusado, quando então lhe são atribuídas todas as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. A partir desse período ele conterà o direito de apreciar o processo penal em trâmite em sua integralidade, o que contém a identidade e as citações realizadas pelo réu colaborador.

De tal modo, ao conhecer as declarações do réu colaborador, a delatada ali mencionada poderá perturbar a importância das afirmativas contra si erguidas, até mesmo a

⁶³ FALCÃO JUNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. O perfil constitucional: material da delação premiada como meio de prova. IN: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Capacitar, VII Curso de ingresso e Vitaliciamente para procuradores da Republica**. Brasília: ESMPU, 2011. p. 25.

⁶⁴ APN 707 – DF (2009/0188666-5). Rel. Min, Arnaldo Esteves Lima. Data a publicação: 07/05/2014.

consistência e a convicção por parte do cooperante, assim como os meios de prova que o colaborador sugere como corroboração ao que declara. Ao mesmo tempo, a pessoa delatada tem amplo direito ao contraditório e ampla defesa, podendo ir contra todas as afirmações do colaborador.

É adequado contar que o Supremo Tribunal Federal garante o pleno acesso, sem qualquer reserva, a todo e qualquer conhecimento constante do processo até mesmo a informação, por parte do delatado, da identidade do acusado cooperante.

Incluindo adotado conhecimento da combinação da colaboração premiada, a pessoa delatada e sua defesa acercar-se a procurar defeito na avenca. Quanto a isso, admirável observar que o Supremo Tribunal Federal determinou, no julgamento do *Habeas corpus* nº 127.483-PR, que a pessoa delatada não tem legitimidade para questionar o pacto de delação. Dessa forma, é possível debater sobre as provas trazidas ao caso, pois está no direito dele demonstrar a sua versão da historia e, até mesmo, contrariar o que foi delatado, mas, como dito na *habeas corpus*, não é possível ir contra a legitimidade.

4.4 Delação: aspectos valorativos

O instituto da delação premiada ajuda o Estado na persecução de criminosos. Contudo, esse acordo em si não garante que o indivíduo mencionado (na delação) seja condenado, pois o delatado possui a garantia de que uma acusação feita apenas com base nas palavras do colaborado não enseja uma sentença condenatória. Nesse diapasão, a Promotoria deve confirmar as alegações do cooperante por meio de outras provas, podendo elas serem documentais, testemunhais ou, até mesmo, periciais.

Nos Estados Unidos, ocorre que, quando há um julgamento no grande júri, há a possibilidade de que a condenação seja baseada apenas nas palavras do réu cooperante, isto se dá devido à soberania de seus vereditos. Contudo, o julgador informa dos perigos de uma decisão baseada neste molde por meio do *warning*.⁶⁵

Todavia, para este tipo de abordagem como ocorre no grande júri, não é isonômico, visto que a valoração da prova varia de júri, não tendo assim uma segurança jurídica, e nem uniformidade nas suas decisões, e por consequência da não corroboração das

⁶⁵TROTT, Stephen. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução: Sergio Fernando Moro. **Revista CEJ**. Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal. V.11, n. 37, abr/jun 2007. p. 80.

provas, que o julgador norte americano ressalta o risco que se tem, ao aceitar uma declaração de delator não validada por outra prova.

Segundo Frederico Pereira, “há uma recentes decisões admitindo que o testemunho de colaborador pode constitucionalmente fornecer exclusivo para condenação.”⁶⁶

Contudo, a orientação fornecida é de que busquem validar os depoimentos dos cooperantes por meio de outras provas, ou seja, a informação obtida na delação premiada é mais forte quando há uma prova que comprove o que foi dito pelo delator. O objetivo disso, no modelo americano, é evitar que os jurados absolvam o delatado em razão da não corroboração.

Ainda nos Estados Unidos, a valoração da prova é competência exclusiva dos jurados, imperantes para atribuir o peso que acharem oportuno, no caso concreto, às palavras do cúmplice colaborador.

Diferente de como ocorre no caso anterior, na Itália, é necessário haver uma corroboração para condenação, ou seja, não basta a mera declaração do delator para que seja possível uma condenação, mas também são necessárias outras provas que confirmem as suas alegações. Existe uma expressão para este termo: “*chiamata di correo vestita*”. A sua tradução significa “chamada de corréu vestida”.

Assim, é admitida a chamada de corréu sem outras provas a corroborar o depoimento do *pentito*. Todavia, a nova legislação dispõe que as afirmações realizadas pelo colaborador devem ser valoradas em conjunto com outros elementos probatórios.

Dessa forma, ambos os modelos de precedentes legislativos trazidos para a comparação, necessitam ou aconselham que deve haver outros elementos probatórios para validar a delação, que apenas a mera ou a pura declaração do acusado não é suficiente para a condenação de um terceiro, exceto em casos especiais.

No Brasil, não há possibilidade de uma condenação com base apenas nas meras palavras de quem acusa, com base no artigo 4º, §16 da Lei nº 12.850/2013: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”.

Além disso, o Relator Ministro Dias Toffoli, em seu voto, articulou que a colaboração premiada é apenas um meio de obtenção de prova, finalizando que, sozinha, ela não é capaz de lastrear uma decisão condenatória: “o Supremo Tribunal Federal, há muito,

⁶⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 77/ 2009. p. 175-201. Mar – Abr/ 2009 p. 177.

assentou o entendimento de que ‘a delação, de forma isolada, não respalda condenação’ (HC nº 75.226/MS, segunda Turma, relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 19/9/97).⁶⁷

Nesse diapasão, o Ministro Celso de Mello, reforçou a ideia acerca da delação premiada, no mesmo julgamento, demonstrando que real necessidade de corroboração de outras provas, para a condenação:

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização do instituto da colaboração premiada (cujo *nomen jûris* anterior era o de delação premiada), ressalvando, no entanto, bem antes do advento da Lei nº 12.850/2013 (art.4§16), que nenhuma condenação penal poderá ter por único fundamento as declarações incriminadoras do agente colaborador (HC 94.034/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia – RE 213.937/PA(...)).⁶⁸

Nesse sentido, o colaborador deverá apontar provas independentes para confirmar suas alegações, que, sozinhas, não têm suporte para condenar o delatado. Assim, é necessário que o cooperante aponte, por exemplo, endereços, contas, pessoas, bem como apresente documentos, ou seja, quaisquer provas que possam demonstrar a veracidade e que corrobore para a validação das suas declarações.

Vale ressaltar que a prova de corroboração é importante apenas no momento da decisão do julgador, mas deve existir no oferecimento da denúncia. É importante que o Ministério Público traga ao menos a indicação dos meios de prova corroborativa, para reforçar a justa causa para ação penal.

Como bem alerta Alfredo Falcão Junior, o meio mais prudente de se admitir a colaboração premiada na descoberta da verdade processual é tratar o colaborador como informante:

Devendo as informações prestadas serem confirmadas por amplo conjunto probatório, o qual, repise-se, deverá ter passado pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. (...) e a observância do princípio da inocência, sem que os réus se tornem objeto de uma política processual de violência pura.⁶⁹

⁶⁷ STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação DJe-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

⁶⁸ STF, Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2015. Publicação DJe-021 DIVULG. 03/02/2016 PUBLIC 04/02/2016.

⁶⁹ FALCÃO JUNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. O perfil constitucional: material da delação premiada como meio de prova. IN: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Capacitar, VII Curso de ingresso e Vitaliciamente para procuradores da Republica**. Brasília: ESMPU, 2011.

Firmada a premissa de que a pessoa delatada não pode ser condenada apenas com base no depoimento do réu colaborador, mas considerado o conjunto probatório, dessa forma ao finalizar este trabalho, vale ressaltar que, diante de todas as informações trazidas para o estudo, a delação premiada acaba tendo o seu valor probatório como um meio de obtenção de prova, mas que deve ser corroborada com outras provas, que o mesmo delator, confinou ao Ministério Público de forma de uma prova ou através de uma informação dada a Promotoria.

Nesse diapasão, pode-se concluir que a delação premiada é um instituto que buscar auxiliar o Estado na persecução criminal, com a ajuda de delatores – que, na verdade são pessoas que estão sendo investigadas; que estão sendo acusadas ou que foram condenadas – para incriminar (ou descobrir novos fatos deletivos; estruturas organizacionais ou bens frutos do ilícito, etc.) outras pessoas através de suas informações e provas para corroborar com a sua tese.

5 CONCLUSÃO

Consoante o exposto na introdução, a pesquisa descrita nesta monografia tem o intento de esclarecer a possibilidade da condenação de um terceiro através da delação premiada, somente com a palavra do delator, sem a demonstração de provas que corroborem com a sua declaração. Nesse sentido, os capítulos foram feitos com a finalidade de rechaçar a hipótese elaborada.

Com base na problemática exposta, foi formulada a hipótese com o seguinte teor: na delação premiada, para que ocorra a condenação de um terceiro, é necessário que o delator, ao realizar o pacto com a Promotoria, indique as provas que validam a sua declaração. Diante disso, a maioria da doutrina entende que, para a condenação do delatado, é imprescindível que, além da declaração do delator, haja provas válidas que corroborem com o que foi dito. Dessa forma, apenas a mera declaração do indivíduo que realizou o acordo não é suficiente para uma condenação de outra pessoa.

O primeiro tema abordado são os sistemas processuais penais, a aplicação das provas e os princípios da ampla defesa e o do contraditório no sistema acusatório, o qual permeou o primeiro capítulo desta monografia. Nesse momento, foram expostos os conceitos basilares e estabelecidas noções básicas sobre o ordenamento jurídico, juntamente com as garantias protegidas pela Constituição Federal.

Nesse diapasão, há uma inegável importância acerca dos sistemas processuais, visto que esses modelos têm o propósito de esquematizar o ordenamento jurídico. A partir desse contexto, encaminha-se para uma discussão relativa a qual sistema predomina no Brasil, visto que há uma divergência doutrinária que discute entre o sistema acusatório e o modelo misto, mas sob a ótica desta pesquisa, foi estabelecido aquele ditado pela Carta Magna, que é o modelo acusatório.

Diante disso, são analisados os sistemas, partindo de sua evolução histórica, suas características, os seus requisitos e, especificamente no acusatório, a aplicação das provas. Seguindo a linha do estudo, foram vistas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista a importância das suas funções no judiciário. A finalidade dessa parte do trabalho é discorrer sobre as partes relevantes do tema para que, ao final da monografia, possa-se verificar se, na delação premiada, o delatado se possui essas garantias.

Em seguida, foram dissertados e analisados os precedentes legislativos do Brasil, com o objetivo de se construir uma melhor compreensão sobre a delação e a sua aplicação em

uma visão de casos de sucesso deste instituto. Para uma melhor eficácia desta pesquisa, procurou-se trazer a este estudo sistemas processuais de países diversos, que serviram como fonte de investigação. Os países e os sistemas são os Estados Unidos e a Itália, e os sistemas, respectivamente, o *common Law* e o *civil Law*.

No primeiro momento desse capítulo, são analisados os Estados Unidos: as características do *common Law*, a Legitimidade, os requisitos e procedimentos do *plea bargaining* e a justiça negocial no ordenamento americano. Nesse momento da pesquisa, foi demonstrada a importância da Promotoria para o *plea bargaining* e a grande discricionariedade para a realização de acordos de delação premiada. Constatou-se que o Ministério Público tem um grande poder e liberdade para realizar acordos, e o papel do julgador é verificar que os as condições foram cumpridos para realizar o pacto e homologá-lo.

Em face da enorme autoridade presente da Promotoria, houve críticas acerca da discricionariedade, tendo em vista que o ordenamento jurídico não deveria permitir tratamentos diferenciados em pessoas com situações análogas. Dessa forma, a censura recai no sistema de barganha, com enfoque no fato de que, às vezes, há uma exagerada discricionariedade por parte da Promotoria, que, guiada, muitas vezes, por discernimentos políticos em vez de procedimentos.

Em um segundo momento, foi analisado o contexto da Itália: as características do *Civil Law* e a justiça negocial. Contudo, no modelo italiano, o réu e a Promotoria negociam não somente em relação à punição a ser aplicada, mas também quanto ao procedimento a ser adotado. Dessa forma, são negociáveis a pena e o rito. Diante desse fato, são estudados, também, a Legitimidade, os requisitos e procedimentos e o controle judicial do rito e da pena.

Nesse panorama, o Ministério Público tem a legitimidade exclusiva da ação penal e, por consequência, foi estabelecido que é dever desse órgão respeitar o princípio da obrigatoriedade, o qual orienta que, uma vez que haja elementos probatórios mínimos e indícios de autoria e materialidade, o Ministério tem o dever de deflagrá-la. Os acordos que são permitidos estão ligados à escolha dos ritos e das penas. Com a eleição da sua vontade, o acusado poderá indicar qual a sua opção.

Contudo, o princípio da obrigatoriedade tem sido bastante criticado. A principal crítica consiste no fato de que ele está entrelaçado ao exercício da ação penal, apesar de que ele deveria ser regido pela importância do injusto, pela capacidade persecutória do judiciário e pela situação social em que o suposto delinquente encontra-se inserido.

Por fim, tem-se o último capítulo, cujo objetivo foi o estudo do procedimento da delação premiada no Brasil, analisando os direitos, as garantias do delatado e o valor da colaboração enquanto prova no sistema acusatório.

Nesse momento, houve uma análise acerca dos aspectos gerais, dos procedimentos e da inovação que o Brasil implementou no seu ordenamento sobre o termo de confidencialidade e o efeito que o termo reflete sobre os direitos e garantias do delatado.

Observou-se que a Operação Lava Jato trouxe duas novas ideias sobre a colaboração premiada, que consistem no termo de confidencialidade e no trabalho com os anexos. Até então, os termos não eram sigilosos e, por conta disso, o delatado não conhecia o conteúdo da declaração. Por não poder se defender naquele momento, então quando o termo for lavrado, e este receber uma acusação formal, é quando terá a ciência do acordo e poderá se defender e por isso se chama de contraditório diferido.

E a outra inovação foi: as declarações eram feitas por anexos. A ideia por trás dos anexos, era de que, se as informações atingirem pessoas que detivessem foros privilegiados, todas as declarações não seriam enviadas ao órgão competente para analisá-las, apenas o anexo relacionado.

Em seguida, foi visto o papel do juiz, pois o julgador tem o papel de fiscal da legalidade e a voluntariedade do acordo. Ao final, foi visto uma análise probatória da delação, chegando-se à conclusão de que a colaboração premiada é um meio para se obterem provas, e, no Brasil, para haver a condenação de um terceiro, é necessário haver provas que corroborem com a declaração do delator. Entretanto, nos Estados Unidos, quando estiver o processo no Grande Tribunal, os jurados podem aceitar ou não a corroboração de outras provas, havendo, neste caso, a possibilidade de condenação apenas com base na declaração do delator. Todavia, o julgador avisar do risco que uma valoração deste tipo de prova pode ter e na Itália, é necessário haver uma corroboração para condenação. No entanto, existe chamada de *corrèu vestida*. Assim, é admitida a chamada de *corrèu* sem outras provas a corroborar o depoimento do *pentito*. Contudo, a nova legislação dispõe que as afirmações realizadas pelo colaborador devem ser valoradas em conjunto com outros elementos probatórios.

Com isso, a hipótese foi confirmada, já que, no Brasil, não existe possibilidade de condenação de um terceiro sem corroboração de outras provas, pois, nesse contexto, a delação funciona como um meio de obtenção de provas, e a declaração do delator, embora possa ser verdadeira, é insuficiente para condenar outra pessoa. Isso se dá porque tanto a jurisprudência quanto a doutrina e a legislação brasileira requerem outros elementos probatórios.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE JÚNIOR, Carlos Sérgio Dias. **Precedentes na justiça do trabalho: a possibilidade de um sistema jurídico misto no Direito Romano-Germânico brasileiro**. 2015. Disponível em: < https://csdajr.jusbrasil.com.br/artigos/285514559/precedentes-na-justica-do-trabalho?ref=news_feed>. Acesso em: 20 set 2017.

ARMBORST, Aline Frare. **A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório***. 2008. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_fra_re.pdf>. Acesso em: 23. out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 ago 2017.

_____. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 10 out 2017.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 15 nov 2017

CONSO, Giovanni e GREVI, Vittorio. **Codice di Procedura penale e norme complementari**. Nova Edição. Milão: Giuffrè Editore, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. 2009. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?squence=3>>. Acesso em: 23. out. 2017.

_____. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**. Revista de estudos criminais. 2000.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo. **Crime organizado. Comentários à nova lei sobre Crime organizado (Lei nº 12.850/2013)**. 3 ed. Salvador: juspodium, 2014.

Dicionário Aurélio de Português Online, 2016. Disponível em:
<<https://dicionariodoaurelio.com/sistema>>. Acesso em: 15 Setembro de 2017.

FALCÃO JUNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. O perfil constitucional: material da delação premiada como meio de prova. IN: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). **Capacitar, VII Curso de ingresso e Vitaliciamente para procuradores da Republica**. Brasília: ESMPU, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, teoria do Garantismo penal**. Ana Paula Zomer, Fauzir Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: O processo justo**. 2002. Disponível em: < <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf> >. Acesso em: 23. out. 2017.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução: Rodolfo Shaefer. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011. – (coleção a Obra-prima de cada autor, 126).

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Fundamentos do sistema jurídico romano-germânico: origem, atributos e aproximação com o sistema anglo-saxônico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4102, 24 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30041>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2010.

MA, Yue. Explorando as origens da ação penal publica na Europa e nos Estados Unidos. Tradução: Aduino Villela. Revisão e Adaptação: Bruno Amaral Machada. **Modelos de Ministério Público**. Revista do CNMP, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação Crítica Entre As Jurisdições De Civil Law E De Common Law E A Necessidade De Respeito Aos Precedentes No Brasil**. 2009, Disponível em: < <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/17031/11238> >. Acesso em: 30 Outubro de 2017.

MORELLO, Michele. **II nuevo Processo Penale, parte generale**. Padova: CEDAM, 2000.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais**. 2012. Disponível em:< <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sistemas-processuais-penais>> acesso em: 10 Ago 2017.

NETTO, Vladimir. **Lava jato: o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 2 ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 77/ 2009. Mar – Abr/ 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2 ed. Natal: OWI, Editora Jurídica, 2015.

TROTT, Stephen. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução: Sergio Fernando Moro. **Revista CEJ**. Centro de Estudos Judiciários do Conselho Federal. V.11, n. 37, abr/jun 2007.