



Revista  
Brasileira de  
**Direito  
Processual  
Penal**

Volume 3 - Nº 01 - jan./abr. 2017

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1>

***Dossiê “Colaboração Premiada e Justiça Criminal Negocial”***



IBRASPP

## EXPEDIENTE

---

### EDITORES-CHEFES

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (PUCRS e IBRASPP – Porto Alegre/RS)

Prof. Me. Vinicius Gomes de Vasconcellos (USP e FICS – São Paulo/SP;  
IBRASPP – Porto Alegre/RS)

### EDITORES-ASSOCIADOS

Prof. Dr. André Machado Maya (IBRASPP – Porto Alegre/RS)

Prof. Dra. Soraia da Rosa Mendes (IDP – Brasília/DF)

### EDITORES-ASSISTENTES

Prof. Bruna Capparelli (Unibo – Bologna/Itália)

Prof. Me. Caique Ribeiro Galícia (PUCRS e IBRASPP – Porto Alegre/RS; FCG e  
FACSUL – Campo Grande/MS)

### CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Francesco Caprioli, Università degli Studi di Torino, Itália

Prof. Dr. Gabriel Ignacio Anitua, UBA - Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Universidade Católica de Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Giulio Illuminati, Univesità degli Studi di Bologna, Itália

Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, Espanha

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autónoma de  
Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Máximo Langer, Univerity of California, Estados Unidos

Prof. Dr. Michele Caianiello, Univesità degli Studi di Bologna, Itália

Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Univerdidad Complutense de Madrid, Espanha

Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguai, Uruguai

Prof. Dr. Renzo Orlandi, Univesità degli Studi di Bologna, Itália  
Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Portugal  
Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Itália  
Profa. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Espanha

#### **PARECERISTAS (DESTE NÚMERO)**

Alexandre Morais da Rosa (UFSC – Florianópolis/SC)  
Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/ESP)  
Antonio E. Ramires Santoro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)  
Antonio Pedro Melchior (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)  
Bruno Tadeu Buonicore (Universidade de Frankfurt/ALEM)  
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes (PUCMinas – Belo Horizonte/MG)  
Chiavelli Fazenda Falavigno (USP – São Paulo/SP)  
Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)  
Cristina Rego Oliveira (Universidade de Coimbra/PT)  
Décio Alonso Gomes (IBEMEC – Rio de Janeiro/RJ)  
Diogo Malan (UFRJ e UERJ - Rio de Janeiro/RJ)  
Dyellber Oliveira Araújo (Universidade de Coimbra/PT)  
Érica Babini Lapa do Amaral Machado (Unicap - Recife/PE)  
Fauzi Hassan Choukr (MPSP – São Paulo/SP)  
Fernanda Fonseca Rosenblatt (Unicap - Recife/PE)  
Francisco Monteiro Rocha Jr. (Univ. Positivo - Curitiba/PR)  
Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG – Belo Horizonte/MG)  
Frederico Valdez Pereira (Università degli Studi di Pavia/IT)  
Gabriel Antinolfi Divan (UPF – Passo Fundo/RS)  
Jéssica de Freitas (UFMG – Belo Horizonte/MG)  
João Paulo Orsini Martinelli (UFF – Volta Redonda/RJ)  
José Danilo Tavares Lobato (UNIPAC e UFRRJ - Seropédica/RJ)  
José de Assis Santiago Neto (PUCMinas – Belo Horizonte/MG)  
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (ESDHC – Belo Horizonte/MG)  
Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide/ESP)  
Marcus Alan Gomes (UFPA - Belém/PA)

Michelle Girona Cabrera (PUCPR – Curitiba/PR)  
Montserrat De Hoyos Sancho (Universidad de Valladolid/ESP)  
Nestor Eduardo Araruna Santiago (UFC e UNIFOR – Fortaleza/CE)  
Patrick Cacicedo (USP – São Paulo/SP)  
Rafael Fecury Nogueira (FABEL e FIBRA – Belém/PA)  
Raphael Boldt de Carvalho (FDV – Vitória/ES)  
Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (Unicuitiba – Curitiba/PR)  
Salah Khaled Jr. (FURG – Rio Grande/RS)  
Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP – São Paulo/SP)  
Thiago Miranda Minagé (Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ)  
Tomás Grings Machado (Unisinos – São Leopoldo/RS)

#### **AUTORES DE ARTIGOS ORIGINAIS (DESTE NÚMERO)**

André Ferreira de Oliveira (Universidade de Coimbra/PT)  
Antonio Henrique Graciano Suxberger (UniCEUB – Brasília/DF)  
Fernando Andrade Fernandes (UNESP – Franca/SP)  
Florestan Prado (CUTPP – Presidente Prudente/SP)  
Francesco Caprioli (Università degli Studi di Torino/Itália)  
Franklyn Roger Alves Silva (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)  
Gabriela Starling Jorge Vieira de Mello (FESMPDFT – Brasília/DF)  
Guilherme Gonçalves Alcântara (CUTPP – Presidente Prudente/SP)  
Juan Carlos Ortiz (Universidad de Castilla-La Mancha/ESP)  
Luiz Antonio Borri (FACNOPAR – Apucarana/PR)  
Marcelo Rodrigues da Silva (USP – Ribeirão Preto/SP)  
Marcos Paulo Dutra Santos (DPE/RJ – Rio de Janeiro/RJ)  
Murilo Thomas Aires (UNESP – Franca/SP)  
Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (UFAL – Maceió/AL)  
Rafael Junior Soares (PUCPR – Londrina/PR)  
Walter Barbosa Bittar (PUCPR – Londrina/PR)

# Sumário

## 7 *Editorial*

- 9 Editorial: A função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais

*Vinicius Gomes de Vasconcellos*

- 19 Editorial: Sobre a exigência de um método de escrita de artigos científicos e de estudo do Direito Processual Penal

*Bruna Capparelli*

## 29 *Dossiê: Colaboração Premiada e Justiça Criminal Negocial*

- 31 Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares

*Soraia da Rosa Mendes*

- 39 La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia

*Juan Carlos Ortiz*

- 71 Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante?

*André Ferreira de Oliveira*

- 103 A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal

*Paulo Gustavo Rodrigues*

- 131 Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro

*Marcos Paulo Dutra Santos*

- 167 A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica

*Luiz Antonio Borri*

*Rafael Junior Soares*

- 189 A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador

*Antonio Henrique Graciano Suxberger*

*Gabriela Starling Jorge Vieira de Mello*

225 O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal

*Walter Barbosa Bittar*

253 A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador

*Murilo Thomas Aires*

*Fernando Andrade Fernandes*

285 A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada

*Marcelo Rodrigues da Silva*

### 315 *Fundamentos de Direito Processual Penal*

317 Verità e giustificazione nel processo penale

*Francesco Caprioli*

343 “The constitution means what the Supreme Court says it means’... Mas só quando eu quero!” Sobre como (não) trabalhar com precedentes judiciais

*Guilherme Gonçalves Alcântara*

*Florestan Prado*

### 365 *Persecução Penal: investigação, juízo oral, provas e etapa recursal*

367 Legitimação não Tradicional da Ação Penal – A Tutela de Bens Jurídicos por outras Instituições Públicas

*Franklyn Roger Alves Silva*

### 405 *Crítica Científica*

407 *Crítica científica* de “Legitimação não tradicional da ação penal”: Defensoria Pública e a tutela de direitos por meio do direito penal – uma recusa

*Patrick Cacicedo*

417 Crítica científica de “A colaboração premiada como instrumento de política criminal” – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal

*Gabriel Antinolfi Divan*

***Editorial***



# Editorial: A função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais

*Editorial: The scientific journal aim and the role of the editor in the production of knowledge in law and in the criminal sciences*

**Vinicius Gomes de Vasconcellos**

Editor-chefe da RBDPP e editor-assistente da RBCCRIM

 [orcid.org/0000-0003-2020-5516](https://orcid.org/0000-0003-2020-5516)

 [publons.com/a/1174099/](https://publons.com/a/1174099/)

A Revista Brasileira de Direito Processual Penal (RBDPP) surgiu com uma premissa clara: adotar um processo editorial cientificamente orientado, a partir de parâmetros desenvolvidos por estudos de editoração científica e diretrizes de órgãos que regulam tal campo,<sup>1</sup> de modo a fomentar a produção de conhecimento sério e consistente na dogmática processual penal.

O processo editorial de um periódico científico deve ser realizado a partir de procedimentos e critérios dirigidos para a produção de artigos consistentes cientificamente. E, para alcançar esse objetivo, o editor deve buscar uma preparação teórica constante, a partir de estudos e debates sobre a temática. A editoração científica se trata de ramo do conhecimento pouco explorado no Direito, que fomenta importantes problematizações, como, por exemplo, em relação às funções desenvolvidas por cada um dos atores do processo editorial.<sup>2</sup> Neste editorial, pretende-se focar na figura

---

<sup>1</sup> Certamente, o órgão brasileiro que realiza um controle direto sobre a qualidade dos periódicos é a comissão Qualis-CAPES, especificamente aquela direcionada à área do Direito. Contudo, há outras fontes de diretrizes do processo editorial científico, como, além de artigos publicados sobre o tema, a Associação Brasileira de Editores Científicos (ABEC), o Committee on Publication Ethics (COPE) e, por exemplo, como guia de orientações básicas, o curso *Becoming an Editor* da PKP-School. Sobre isso, ver os índices de parâmetros básicos da RBDPP.

<sup>2</sup> WERLANG. *Revisão por pares*, p. 26-29.

do *editor científico* (chefe, associado ou assistente), de modo a ressaltar a sua importância, o que parece ser subvalorizado em diversos periódicos na área do Direito e se reflete no injusto pouco reconhecimento assegurado aos editores pelos órgãos de fomento nas avaliações dos Programas de Pós-Graduação.

O *papel do editor científico* não se restringe a atos burocráticos e administrativos, não se trata de distribuir mecanicamente os artigos aos avaliadores, verificar a decisão dos pareceristas e somar os votos finais: dois a favor, aprovação; dois contra, rejeição; empate, distribuição para terceiro revisor. Em realidade, o mais relevante em um parecer é a sua motivação e não o “X” marcado em “aprovado”, “aprovado condicionalmente” ou “rejeitado”. Conforme Irene Hames, “se editores não fizerem nada além de sempre seguir as recomendações dos avaliadores e todas as suas sugestões de revisões se o manuscrito for condicionalmente apto à publicação, eles não estão fazendo seu trabalho corretamente”.<sup>3</sup>

A decisão final sobre a publicação ou rejeição do artigo é do editor responsável.<sup>4</sup> Essa decisão será tomada com base nos pareceres dos avaliadores,<sup>5</sup> não necessariamente vinculada aos votos finais dos pareceristas,<sup>6</sup> mas às críticas e às observações escritas pelo avaliador,<sup>7</sup> pois “o conteúdo (as justificativas) do parecer é muito mais impor-

---

<sup>3</sup> HAMES. *Peer Review and Manuscript Management in Scientific Journals*, p. 89 (tradução livre).

<sup>4</sup> FERREIRA. O processo editorial, p. 6; STUMPF. Avaliação pelos pares nas revistas de comunicação, p. 29; HAMES. *Peer Review and Manuscript Management in Scientific Journals*, p. 4; HOWARD; WILKINSON. Peer review and editorial decision-making, p. 110.

<sup>5</sup> “(...) editores devem analisar criticamente os pareceres de todos os avaliadores do artigo e ponderar suas considerações em comparação com as demais ou até solicitar outro parecer para uma opinião complementar, se necessário” (D’HAEZE. *Editor’s ethical decision making*, p. e29) (tradução livre).

<sup>6</sup> “Pareceres oriundos de quaisquer instâncias são exatamente isto: pareceres. Não são decisões. São opiniões que devem ser amparadas por argumentos de quem as apresenta, para facilitar a tarefa de decidir. O editor avalia os pareceres e a submissão, pondera o conjunto e define o destino do original.” (TRZESNIAK. A estrutura editorial de um periódico científico, p. 95).

<sup>7</sup> “Essa é a principal função da revisão pelos pares: fornecer um parâmetro sobre a qualidade do manuscrito para que o editor tenha mais segurança na decisão final acerca da publicação do manuscrito.” (SILVA; MOREIRO-GONZALEZ; MUELLER. A revisão por pares a partir da percepção dos editores, p. 138).

tante do que a recomendação”.<sup>8</sup> Ou seja, dois pareceres positivos não impõem necessariamente a publicação do artigo, por exemplo, se um terceiro avaliador sugerir a rejeição com críticas graves, bem fundamentadas e insanáveis.<sup>9</sup>

E aqui vale desmistificar uma ideia erroneamente assumida por diversos revisores: *um parecer positivo deve ser tão motivado quanto uma rejeição*. Não se parte da lógica de que a rejeição é a decisão que traz prejuízo e deve ser melhor fundamentada. A sugestão de publicação é tão importante ou mais, pois deve expor os pontos positivos e as reais contribuições apresentadas pelo trabalho científico analisado.

*O editor deve ter um papel proeminente no processo editorial científico, pois sua função é acadêmica e, por óbvio, científica*. Isso é algo que parece não totalmente incorporado pelas revistas científicas no direito. *O editor deve ter um conhecimento especializado na temática do artigo*<sup>10</sup> (ainda que não necessariamente tão profundo como o dos avaliadores), de modo a ter condições de realizar um controle preliminar (*desk review*) bem fundamentado,<sup>11</sup> indicar avaliadores que efetivamente sejam especialistas no assunto, poder compreender e controlar adequadamente as críticas apresentadas pelos pareceristas, ter condições de verificar os aprimoramentos do trabalho durante as rodadas de correções, etc.

Para isso, o editor deve ser responsável por um número manejável de artigos em avaliação, de modo a possibilitar um cuidado específico a cada trabalho. Ademais, é recomendável que haja uma “identidade física do editor”, ou seja, que ele acompanhe o artigo durante todo o processo, realizando desde o controle preliminar até a decisão final, pois assim manterá um contato constante com o trabalho e conhecerá as suas características em detalhe, o que contribuirá em muito para o seu aprimoramento.

---

<sup>8</sup> TRZESNIAK. A estrutura editorial de um periódico científico, p. 95. Assim também: HAMES. *Peer Review and Manuscript Management in Scientific Journals*, p. 91.

<sup>9</sup> HAMES. *Peer Review and Manuscript Management in Scientific Journals*, p. 91-92.

<sup>10</sup> SILVA; MOREIRO-GONZALEZ; MUELLER. A revisão por pares a partir da percepção dos editores, p. 133.

<sup>11</sup> FERREIRA. O processo editorial, p. 4-5.

Além de ser uma “ponte entre autores e avaliadores e atuar como um controlador de acesso (*gatekeeper*)”,<sup>12</sup> o editor pode (e deve) atuar ativamente para o desenvolvimento do artigo, também sugerindo correções (em um “parecer editorial”) e efetivamente lendo o trabalho submetido.<sup>13</sup> Nesse sentido, é necessário que os atores do processo editorial se responsabilizem efetivamente pelas suas atuações e, assim, deve-se assumir que o editor tem uma parcela relevante de responsabilidade sobre o texto publicado no periódico (e, até por isso, seu nome deve ser identificado na respectiva publicação).

Uma função fundamental do editor é *verificar o conteúdo e a consistência dos pareceres*,<sup>14</sup> *reconhecendo e respeitando a contribuição do parecerista*, mas buscando *garantir uma avaliação equitativa e sem abusos*.<sup>15</sup> Por certo, uma premissa básica do processo editorial é assegurar um tratamento paritário entre os autores.<sup>16</sup> Assim, como sopesar as diferenças de rigor entre os avaliadores? Um autor não pode ser prejudicado porque o seu artigo foi distribuído para revisores muito rigorosos, enquanto outro texto deficiente é facilmente aprovado por pareceristas menos rígidos. Reduzir o papel do editor a uma posição exageradamente passiva no processo editorial inviabiliza esses controles e a sua efetiva contribuição para a publicação de textos consistentes cientificamente.

---

<sup>12</sup> WANG; KONG; ZHANG; CHEN; XIA; WANG. Editorial behaviors in peer review, p. 2 (tradução livre).

<sup>13</sup> “No papel de condutores do processo editorial, compete aos editores científicos atuar de forma didática sobre a comunidade, auxiliando autores e revisores a identificar todos e cada um dos requisitos que um artigo deve atender para atingir a qualidade plena.” (TRZESNIAK; PLATA-CAVIDES; CÓRDOBA-SALGADO. Qualidade de conteúdo, o grande desafio para os editores científicos, p. 66).

<sup>14</sup> SQUIRES. The role of the Editor in Peer Review, p. 88.

<sup>15</sup> Um caso muito discutido recentemente no âmbito dos debates de editoração científica ocorreu em um periódico altamente reconhecido internacionalmente, em que um parecerista sugeriu às autoras do manuscrito “buscar um ou dois pesquisadores homens para trabalhar em conjunto para evitar interpretações ideológicas e não científicas” ([http://www.brasilpost.com.br/2015/05/04/pesquisadora-revisor-machista\\_n\\_7209438.html](http://www.brasilpost.com.br/2015/05/04/pesquisadora-revisor-machista_n_7209438.html)). Certamente, isso é algo que precisa ser controlado e evitado pelo editor responsável pelo processo editorial do manuscrito.

<sup>16</sup> GREAT BRITAIN PARLIAMENT. *Peer Review in Scientific Publications*, p. 33-34.

Seria, então, o editor um ditador com superpoderes? Certamente não pode ser, e, para isso, deve-se ressaltar a *importância de transparência, isonomia e controles internos*.<sup>17</sup> O editor deverá ser controlado internamente na revista, pelos demais editores, com discussões das decisões tomadas e efetiva problematização. Salvo casos excepcionais, sua decisão deve ser orientada pelos fundamentos dos pareceres, não podendo fugir diametralmente de suas críticas, se consistentes e corroboradas. Além disso, com a transparência do processo editorial e a sua orientação a partir de regras claras definidas na política editorial da revista, o autor deverá ter mecanismos para impugnar a decisão, que deverá ser reexaminada motivadamente por um conselho interno ao periódico.

Isso em nada diminui a importância dos pareceristas e das críticas por eles expostas em suas avaliações justificadas, pois o controle por pares (*peer review*) é o elemento central dos periódicos científicos contemporâneos.<sup>18</sup> Como afirmado, o editor deve ter um conhecimento relevante sobre a área em que se coloca o objeto explorado pelo artigo submetido. Contudo, os revisores são aqueles que analisarão a fundo a temática, preferencialmente já possuindo experiência prévia em pesquisas e publicações sobre o assunto. Suas sugestões de aprimoramentos ensejam as “rodadas de correções” do artigo, em que os autores devem, como condição de respeito e efetividade do trabalho realizado pelos pareceristas, responder a todas as críticas, atendendo e aperfeiçoando o manuscrito, ou rejeitando motivadamente as recomendações inconsistentes ou inviáveis.<sup>19</sup> A temática da função do revisor, das premissas para um parecer de qualidade e de sua recepção pelo autor apresenta inúmeros pontos de debate, que certamente ensejarão futuro editorial específico em número posterior da RBDPP.

Certamente, não é fácil receber críticas duras a um trabalho desenvolvido por meses, com esforço e dedicação.<sup>20</sup> Mas, por outro lado,

---

<sup>17</sup> RAY. Judging the judges, p. 769-774.

<sup>18</sup> Embora críticas relevantes sejam apontadas em relação ao controle por pares na produção científica, sua importância é amplamente reconhecida: GANNON. The essencial role of peer review, p. 743.

<sup>19</sup> FERREIRA; CANELA; PINTO. O processo editorial nos periódicos e sugestões para a publicação, p. 10.

<sup>20</sup> MAJUMDER. How do authors feel when they receive negative peer reviewer comments? p. 33-34.

deve-se sempre considerar que não há manifestação de respeito e consideração maior por um avaliador do que ler cuidadosamente o manuscrito, pensar e refletir sobre as teses propostas e apresentar críticas bem fundamentadas. Isso consome tempo e empenho, o que, nos acelerados dias atuais, é algo de extremo valor. O autor não deve considerar as críticas expostas pelos revisores ou pela equipe editorial como algo pessoal, uma ofensa ou uma agressão.<sup>21</sup> Embora alguns pareceristas adotem um tom que poderia ser mais leve, certamente o principal objetivo é aprimorar o artigo, o que deve ser melhor valorado em comparação a um parecer mal feito e sem críticas consistentes.

Portanto, a função do editor é, além de gerir administrativamente a revista e ser um intermediador entre autores e avaliadores, assegurar que o processo editorial cumpra sua função com transparência e isonomia:<sup>22</sup> produzir um conhecimento científico consistente, sério e democraticamente orientado. Em termos de ciências criminais isso assume um caráter profundamente relevante, em razão das constantes tensões ocasionadas pela invariável seletividade e pelo inevitável caráter falacioso do poder punitivo estatal em sua realização prática na sociedade. O conhecimento científico produzido na e pela dogmática processual penal não pode se abstrair de tal dado de realidade. Como demonstrado em importantes pesquisas empíricas desenvolvidas,<sup>23</sup> os periódicos científicos possuem uma clara responsabilidade no impacto que acarretam à estruturação teórica do sistema criminal.

---

<sup>21</sup> “Outro ponto: o(a) autor(a) não se deve sentir atingido(a) pessoalmente pelos comentários. O(a) analista já está dedicando tempo e esforço para ajudá-lo(a), aquilo que escreve/diz e a maneira de fazê-lo nem sempre passam por um filtro de delicadeza. Claro, ser gentil é um ingrediente importante, mas sempre pode escapar algum comentário que pareça um tanto cáustico ou agressivo. Com certeza, não é. Anos de atuação como editores, como árbitros e como autores permitiram apreender (com ee) o suficiente da Psicologia do(a) analista e do(a) analisado(a) para poder garantir absolutamente que não há espaço para mágoas ou rancores. Tudo deve ser visto e sentido com profissionalismo, isenção e objetividade [está-se discutindo o objeto artigo, e não o sujeito autor(a)].” (TRZESNIAK; KOLLER. A redação científica apresentada por editores, p. 31)

<sup>22</sup> SQUIRES. The role of the Editor in Peer Review, p. 89.

<sup>23</sup> Sobre isso, ver: MARTINS. A (des)legitimação do controle penal na Revista de Direito Penal e Criminologia; PRANDO. O saber dos juristas e o controle penal.

Nesse sentido, prezando pela qualidade dos artigos publicados, especialmente a partir da consistência do processo editorial (em suas avaliações preliminar e dupla-cega por pares), a consolidação de um periódico de excelência na área do Direito Processual Penal poderá contribuir para o aprimoramento da sua cientificidade. Trata-se de um incipiente estímulo a uma tendência maior de fortalecimento de uma “cultura de periódicos”, para romper com uma tradição em que “a pesquisa produzida na área jurídica é em sua maioria publicada em livros e manuais que simplesmente reproduzem o conhecimento dogmático elaborado a partir da legislação”, pois “a publicação em periódicos poderia levar a uma melhoria na qualidade científica do conhecimento produzido na área do Direito, uma vez que os periódicos passam por processos muito mais rigorosos de avaliação e controle de cientificidade”.<sup>24</sup>

## REFERÊNCIAS

D’HAEZE, Wim. Editor’s ethical decision making. *Science Editor*, vol. 34, n. 4, p. e29-e30, dez. 2011.

FERREIRA, Manuel A. V. O processo editorial: da submissão à rejeição (ou aceite) (comentário editorial). *Revista Ibero-Americana de Estratégia*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 01-11, jul./set. 2013. <http://dx.doi.org/10.5585/riae.v12i3.2042>

FERREIRA, Manuel A.; CANELA, Renata; PINTO, Cláudia F. O processo editorial nos periódicos e sugestões para a publicação. *Revista de Gestão e Secretariado*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 01-22, mai./ago. 2014. <http://dx.doi.org/10.7769/gesec.v5i2.307>

GANNON, Frank. The essencial role of peer review. *EMBO Reports*, vol. 2, n. 9, p. 743, 2001. <https://doi.org/10.1093/embo-reports/kve188>

GREAT BRITAIN PARLIAMENT. *Peer Review in Scientific Publications*. Eighth Report of Session 2010–12. London: The Stationery Office Limited, 2011.

HAMES, Irene. *Peer Review and Manuscript Management in Scientific Journals*. Malden: Blackwell, 2007. <https://doi.org/10.1002/9780470750803>

HOWARD, Louise; WILKINSON, Greg. Peer review and editorial decision-making. *British Journal of Psychiatry*, vol. 173, n. 2, p. 110-113, 1998. <https://doi.org/10.1192/bjp.173.2.110>

---

<sup>24</sup> SILVEIRA; SANCHES. Periódicos na área do Direito, p. 158.

MAJUMDER, Kakoli. How do authors feel when they receive negative peer reviewer comments? An experience from Chinese biomedical researchers. *European Science Editing*, vol. 42, n. 2, p. 31-35, mai. 2016.

MARTINS, Fernanda. *A (des)legitimação do controle penal na Revista de Direito Penal e Criminologia (1971-1983)*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PRANDO, Camila C. M. *O saber dos juristas e o controle penal*. O debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

RAY, J. G. Judging the judges: the role of journal editors. *Quarterly Journal of Medicine*, v. 95, n. 12, p. 769-774, dez. 2002. <https://doi.org/10.1093/qjmed/95.12.769>

SILVA, Cláudio N.; MOREIRO-GONZALEZ, José A; MUELLER, Suzana P. M. A revisão por pares a partir da percepção dos editores: um estudo comparativo em revistas brasileiras, espanholas e mexicanas. *Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação*, Campinas, SP, v. 14, n. 1, p. 126-143, fev. 2016. <http://dx.doi.org/10.20396/rdbci.v14i1.8640579>

SILVEIRA, Vladimir O.; SANCHES, Samyra H. F. N. Periódicos na área do Direito: o desafio da superação da cultura dos livros. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 30, p. 157-172, dez. 2016. <http://dx.doi.org/10.12957/rfd.2016.17961>

SQUIRES, Bruce P. The role of the Editor in Peer Review. *The Serials Librarian*, vol. 19, n. 3, p. 87-89, 1991. [http://dx.doi.org/10.1300/J123v19n03\\_10](http://dx.doi.org/10.1300/J123v19n03_10)

STUMPF, Ida. Avaliação pelos pares nas revistas de comunicação: visão dos editores, autores e avaliadores. *Perspectivas em Ciência da Informação*, v. 13, n. 1, p. 18-32, jan./abr. 2008. <http://dx.doi.org/10.1590/s1413-99362008000100003>

TRZESNIAK, Piotr. A estrutura editorial de um periódico científico. In: SABADINI; SAMPAIO; KOLLER (Orgs.). *Publicar em psicologia: um enfoque para a revista científica*. São Paulo: ABECiPsi, 2009. <http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.1.2810.6965>

TRZESNIAK, Piotr; KOLLER, Silvia H. A redação científica apresentada por editores. In: SABADINI; SAMPAIO; KOLLER (Orgs.), *Publicar em psicologia: um enfoque para a revista científica*. São Paulo: ABECiPsi, 2009. p. 19-33. <http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.1.4551.4963>

TRZESNIAK, Piotr; PLATA-CAVIDES, Tatiana; CÓRDOBA-SALGADO, Oscar. Qualidade de conteúdo, o grande desafio para os editores científicos. *Revista Colombiana de Psicología*, Bogotá, vol. 21, n. 1, p. 57-78, jan.-jun./2012.

WANG, Wei; KONG, Xiangjie; ZHANG, Jun; CHEN, Zhen; XIA, Feng; WANG, Xianwen. Editorial behaviors in peer review. *SpringerPlus*, vol. 5, p. 1-11, 2016. <https://doi.org/10.1186/s40064-016-2601-y>

WERLANG, Elisabete. *Revisão por pares: um estudo da gestão de avaliadores nas revistas científicas brasileiras*. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Centro de Ciências da Educação, Universidade Federal de Santa Catarina. <http://dx.doi.org/10.5007/31452>

### COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: A função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 9-17, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.34>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.



# Editorial: Sobre a exigência de um método de escrita de artigos científicos e de estudo do Direito Processual Penal

*Editorial: The necessity of a method for writing scientific papers and for studying the criminal procedure*

**Bruna Capparelli**

Editora-assistente da RBDPP

bruna.capparelli2@unibo.it

 <http://orcid.org/0000-0003-1249-2658>

*«Contam muito, sem duvidas, os mestres diretos e indiretos que nos influenciaram quando demos os primeiros passos na pesquisa; conta também a literatura (não somente jurídica) frequentada e meditada nos anos de formação, seja escolástica seja universitária; a atmosfera cultural que acompanha as primeiras pesquisas monográficas, assim como os temas e os problemas propostos pela contingente realidade judiciária do tempo. Um conjunto não repetível de fatores sociais, culturais, ambientais deixam traços profundos no espírito do pesquisador, contribuindo a condicionar – até mesmo além das suas intenções e de sua consciência – a escolha de temas de pesquisa e de métodos para indagá-los».*

ORLANDI, Renzo. Il metodo della ricerca. Le istanze del formalismo giuridico e l'apporto delle conoscenze extranormative, *Criminalia*, 2014, p. 619 (tradução livre).

A Revista Brasileira de Direito Processual Penal iniciou este projeto editorial através daquela que se coloca aparentemente como uma ideia simples: consolidar um pensamento sobre a Cienciometria aplicada ao âmbito jurídico, e, em particular, focalizada no Direito Processual Penal, para favorecer o crescimento e a divulgação do conhecimento científico<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre os objetivos perseguidos pela RBDPP, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 1, jan./abr. 2017.

Avaliar a pesquisa significa estabelecer normas e critérios para medir a quantidade e expressar “juízos” sobre a qualidade da produção<sup>2</sup>. Dita avaliação, como é notório, realiza-se tanto por meio de uma abordagem qualitativa quanto de uma quantitativa, com diferentes metodologias: análise da bibliometria; painel; *peer review*, grau de internacionalização.

Mas caso se analise um pouco mais a fundo, este é um projeto de grande aspiração, cujo objetivo é traçar também uma linha de demarcação entre o passado e o presente, conscientes de que o fluxo de informações circulantes por meio das novas tecnologias modificaram para sempre o modo de se “fazer ciência”<sup>3</sup>. Daqui a exigência de recolher a essência desta técnica (ou arte, dependendo da perspectiva pela qual se indague), com o auxílio dos melhores especialistas do setor.

De fato, trata-se de uma operação difficilissima, passível de parcialidade, em relação a qual surge a exigência de se estabelecer um método seja na avaliação dos artigos<sup>4</sup> seja na redação dos mesmos, e que permita a verificabilidade/falsificabilidade do produto final<sup>5</sup>, como em qualquer outra ciência<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Ver: CASSELLA, Maria; BOZZARELLI, Oriana. Nuovi scenari per la valutazione della ricerca tra indicatori bibliometrici citazionali e metriche alternative nel contesto digitale, em *Biblioteche Oggi*, vol. 29, n. 2, 2011, p. 66-78.

<sup>3</sup> Em termos mais amplos, ver: NELKEN, David; MANERI, Marcello. Un'indagine sociologica. In: GIOSTRA, G. (org.), *Processo penale e informazione. Proposte di riforma e materiali di studio*, ed. Università degli Studi di Macerata, 2000, p. 213 s.

<sup>4</sup> Para a análise dos métodos adotados pela RBDPP, detalhadamente: VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito, cit., p. 9-17.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Roma: Laterza, 2011, p. 620 s., refazendo-se às teses de Karl Popper, segundo o qual a ideia que a falsificabilidade tem que ser uma característica essencial das teorias científicas pode nascer até mesmo por exigências puramente lógicas, isto é, da constatação de uma assimetria lógica fundamental entre a verificação e a contestação de uma teoria. Segue-se, portanto, que “se de uma lei *L* deriva um fato *F*, a ocorrência de *F* não garante a veracidade de *L*, ou seja, a regra. Ver: *Realism and the Aim of Science, from the Postscript to The Logic of Scientific Discovery*, London: Hutchinson, 1983; tradução italiana: *Poscritto alla logica della scoperta scientifica. Il realismo e lo scopo della scienza*, Milano: Il Saggiatore, 1984.

<sup>6</sup> Segundo Thomas Huxley a ciência não é mais nada além de que “um sentido comum oportunamente adestrado e organizado”; do mesmo modo também foi

Segundo uma abordagem muito difundida, inspirada em um popperiano racionalismo crítico<sup>7</sup>, a função da pesquisa seria essencialmente aquela de modificar ou substituir uma teoria preexistente, para fazer com que a nova teoria seja compatível com os fatos que colocaram em crise a teoria precedente<sup>8</sup>. Em outras palavras, seguindo esta corrente, a pesquisa se desenvolveria através da seguinte sequência: problemas – teorias – críticas.

Todavia, segundo uma diferente orientação, esta visão seria inadequada para representar aquilo que efetivamente ocorre no campo das ciências sociais, como o Direito Penal (orientado à funções e finalidades supra individuais<sup>9</sup>), onde a pesquisa não necessariamente nasce e se desenvolve a partir de expectativas ou teorias em crise, mas simplesmente a partir de interrogações às quais se tenta alcançar uma resposta racionalmente aceitável e possivelmente compartilhada<sup>10</sup>.

---

Albert Einstein, que normalmente dizia: “a ciência é simplesmente um afinamento do pensamento cotidiano”. De fato, a bem ver, tanto o pesquisador como o “homem comum” recolhem informações para a produção de conhecimento (garantidos pela experiência empírica), para encontrar a resposta a uma específica pergunta sobre a qual considera-se de não obter ainda uma aceitável. A diferença principal entre os dois modos de proceder, aquele do conhecimento científico e aquele guiado pela sabedoria “quotidiana”, se encontra essencialmente no fato que no primeiro dos modos os procedimentos e as escolhas devem ser explicitadas e sistemáticas. Portanto, a pesquisa científica pode ser sinteticamente definida como “um processo de observação deliberada e controlada”.

<sup>7</sup> POPPER, Karl. *Logica della scoperta scientifica*, Torino: Einaudi, 1970.

<sup>8</sup> A estes propósitos, amplamente, ver: RICOLFI, Luca. *La ricerca qualitativa*, 5ª edição, Roma: Carocci Editore, 2006. Contrariamente a uma ideia muito comum, a finalidade da atividade científica não seria “explicar o real”, mas responder a interrogativos “sobre o real”. Sustentam esta teoria: BOUDON, Raymond; LAZARFELD, Paul Felix (org.). *L’analisi empirica nelle scienze sociali*, Bologna: Il Mulino, 1969, p.15 s.

<sup>9</sup> Reflexões mais profundas encontram-se em FIANDACA, Giovanni. Rocco: È plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica? *In: Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco*, em *Criminalia*, 2011, p. 179 s.

<sup>10</sup> Ver: SCARPELLI, Uberto. *Elementi di analisi della proposizione giuridica*, Jus, 1, 1953, p. 42 s. (republicado em *Atti del congresso di studi metodologici promosso dal Centro di Studi metodologici*, Torino: Ramella, 1954, p. 414 s.); SCARPELLI, Uberto. *La natura della metodologia giuridica*, em *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 1956, p. 249 ss. (incluído também em *Filosofia e scienza del diritto. Atti del II Congresso nazionale di filosofia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1956, p. 247 s.) e SCARPELLI, Uberto. *Il metodo giu-*

Não obstante, na era como a nossa da democracia penal *mass-midiática* e do europeísmo judiciário e das fontes representados sobretudo pelas Cortes europeias<sup>11</sup>; da política criminal que progressivamente devora a dogmática, sem qualquer base científica, nem jurídica, nem extra jurídica, mas somente judiciária<sup>12</sup>; de um legislador que utiliza o instrumento punitivo como se este fosse um instrumento como um outro<sup>13</sup>, para alcançar meras finalidades geral-preventivas “de luta”<sup>14</sup>; de normas completamente judiciárias e inspiradas em princípios supranacionais, cujo ingresso no circuito hermenêutico é capaz de transformar geneticamente disposições codificadas<sup>15</sup>; parece ser clara a exigência de repensar o valor da

---

ridico, em *Rivista di diritto processuale*, 1971, p. 553-574 (republicado como voz da Enciclopedia Feltrinelli-Fisher. *Diritto* 2, organizado por Giuliano Crifò, Milano: Feltrinelli, 1972, p. 411 s.).

<sup>11</sup> Sobre as “extravagancias conceituais” em volta ao contraste entre o sistema processual italiano e aquele ditado pela Corte europeia, ver: FERRUA, Paolo. *Il “giusto processo”*, 3ª edição, 2012, Bologna: Zanichelli, p. 197 s.

<sup>12</sup> A estes propósitos, ver: NOBILI, Massimo. *Specchi della storia*. In: NOBILI, Massimo. *L’immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna: Il Mulino, 2009, p. 239-238, segundo o qual a nova justiça internacional “é o setor mais marcadamente em expansão, embora não seja tudo metal nobre aquilo que mesmo assim vemos exposto com luminosidade. Não se trata nem sequer de somente (previsíveis e previstas) dificuldades em realizar os objetivos. Diante das esperas, o novo mundo é muito semelhante aos territórios de conquistas e – nele – próprio a diversidade e a novidade dos sistemas parecem paradoxalmente autorizar regressos à obscuridade, desigualdades, transtornos globais de forças, de poderes e brutalidades da ‘justiça penal’ que supúnhamos sepultos à séculos” (tradução livre). Diferentemente, para uma visão mais flexível do fenômeno, amplamente: CAIANIELLO, Michele. *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna: Bononia University Press, 2013, p. 77 s.

<sup>13</sup> Nessa mesma direção, amplamente: DONINI, Massimo. *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent’anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell’età dell’europeismo giudiziario*. In: *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco*, em *Criminalia*, 2011, p. 127 s.

<sup>14</sup> Ainda atuais as considerações contidas em: ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d’innocenza dell’imputato*. Bologna: Zanichelli, 1979.

<sup>15</sup> Sobre os confins da interpretação, “partindo do óbvio princípio de que porque existe interpretação é necessário que exista algo a ser interpretado”, ver: ECO, Umberto. *Il realismo negativo*. In: DE CARO, Mario; FERRARIS, Maurizio, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Torino: Einaudi, 2012, p.

ciência e a sua legitimação institucional<sup>16</sup>, que “conhece o direito enquanto o produz”<sup>17</sup>. Com específica referência à escrita jurídico-científica, e, em particular, em relação a escrita de artigos de Direito Processual Penal, acredita-se que a erudição finalizada em si mesma ou o solipsismo são atitudes e/ou formas mentais que se colocam além dos confins científicos<sup>18</sup>:

---

93 s. e também ROSSETTI, Andrea. Argomentazione. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti, 2015, Roma: Carocci Editore, p. 239 s. e SCARPELLI, Uberto. Gli orizzonti della giustificazione, Rivista di filosofia, 1985, p. 3 s. (depois em Etica e diritto, organizado por Letizia Gianformaggio e Eugenio Lecaldano, Roma-Bari: Laterza, 1986, p. 3 s.).

<sup>16</sup> “Todos nós acreditamos conhecer o ensinamento que ocorre para a justiça penal. Tal consciência ao contrário é rara. Os destinatários seriam extremamente receptivos: mas de fato quem, quando e em qual modo ensina aos jovens italianos por que uma boa perícia, todavia realizada sem certas regras, se joga no lixo? Ou por que tem sentido o *favor rei*. Não são casos para especialistas, e tal largo descuido causa o desastre de incompreensões quotidianas. Por exemplo: o conceito de responsabilidade culposa – junto àquela dolosa – é essencial na área penalística, mas pertencem às gerais categorias e a uma comum educação do homem. As faces daquele nexos (justiça-ensinamento) são inúmeras. Das obras que contam destaca-se também a magia, o prodígio insondável (são expressões as quais alcançam os autores mais rigorosos e mais controlados) dos relacionamentos individuais de aprendizagem. Pelo resto, não é aqui omitida alguma transcrição de quem – gritando – denuncia o atual degrado da didática universitária” (tradução livre). Assim NOBILI, Massimo. Giustizia, parole, insegnamento. In: NOBILI, Massimo. L'immoralità, cit., p. 329-330.

<sup>17</sup> Ainda DONINI, Massimo. Tecnicismo, cit., p. 167.

<sup>18</sup> “o critério de correção da lei, *interno* a cultura jurídica, as suas fontes e a seus autores reconhecidos, deve ser o *jurídico-constitucional* ou *político-epistemológico*. A liberdade da ciência nasce aqui, e até mesmo o tecnicismo sabia muito bem disto, embora não tendo os instrumentos para normatizar tal dimensão” (tradução livre), assim, eficazmente, DONINI, Massimo. Tecnicismo, cit., p. 178. Ver também: ORLANDI, Renzo. La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale. In: *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco*, em *Criminalia*, 2011, p. 207 s. Sobre a interdependência existente entre o método e seu objeto de estudo, e para uma reconstrução histórica do método das Ciências Criminais italianas, ver: PADOVANI, Tullio. Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale. In: *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco*, em *Criminalia*, 2011, p. 227 s. e PULITANÒ, Domenico. La scienza penale tra fatti e valori. In: *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco*, em *Criminalia*, 2011, p. 239 s.

a ciência é diálogo<sup>19</sup>, comunicação do saber produzido, cuja finalidade é avançar o conhecimento da sociedade, não somente o próprio individual.

Todavia, para comunicar são necessários os instrumentos idôneos a tal fim, além de específicas habilidades em utilizá-los: a publicação científica representa portanto o meio utilizado pelo pesquisador para se expressar, e, por sua vez, a sua destreza na arte comunicativa revela o seu grau de *scholarship*. Daqui a fundamental importância do respeito das regras formais na composição do texto, visto que o risco da Torre de Babel, da confusão linguística, e de uma comunicação ineficaz é um perigo sempre presente e real, que não deve ser desconsiderado.

Por estas razões parece-nos interessante sugerir um método de escrita<sup>20</sup> para periódicos de Direito Processual Penal, não sendo suficiente para este fim adquirir uma mera técnica de redação.

Sugere-se, portanto, a aplicação analógica dos três critérios epistemológicos da verdade<sup>21</sup> também para a criação de artigos científicos, na seguinte forma: a) verdade como correspondência: “aquilo que se diz corresponde a aquilo que é”, ou seja, os dados “que se traz são verdadeiros”: cita-se, por exemplo, a importância das notas de rodapé e das referências citadas, que, além de tudo, são verificáveis; b) verdade como coerência: formar um conjunto complexo e coerente, com espe-

---

<sup>19</sup> Ver: SCARPELLI, Uberto. *Scienza, sapere, sapienza*, em *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2, 1986, p. 245 s. e SCARPELLI, Uberto. *L'educazione del giurista*, em *Rivista di diritto processuale*, 1, 1968, p. 1 s.

<sup>20</sup> Sobre a questão do método na redação jurídica, ver, por exemplo: SCARPELLI, Uberto. *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*. In: DI LUCIA, Paolo (org.), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*. Contributi al seminario promosso dalla Banca d'Italia e dalla prima cattedra di filosofia del diritto dell'Università di Milano (19 novembre 1991), Milano: Giuffrè, 1995, p. 5 s. e SCARPELLI, Uberto. *Auctoritas non veritas facit legem*, em *Linguaggio persuasione verità: atti del 28° Congresso nazionale di filosofia tenutosi in Verona dal 28 aprile al 1° maggio 1983*, Padova: Cedam, 1984, p. 133 s. (também em *Rivista di filosofia*, 1984, p. 29 s.).

<sup>21</sup> Sobre a relevância da verdade no processo penal, ver: CAPRIOLI, Francesco. *Verità e giustificazione nel processo penale*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 1, jan./abr. 2017, que, por sua vez, parece se inspirar em MARCONI, Diego. *Realismo minimale*. In: DE CARO, Mario; FERRARIS, Maurizio, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Torino: Einaudi, 2012, p. 113 s. Ver também: SCARPELLI, Uberto. *L'etica senza verità*, Il Mulino: Bologna, 1982.

cífica referência à estrutura interna do texto que deve espelhar a realidade externa, isto é, o “estado da arte” da temática analisada; c) verdade como consenso: criar conceitos novos partindo de a) e b) que sejam capazes de gerar consenso: trata-se, porém, de uma variável dependente da força intelectual de cada indivíduo.

Enfim, remarca-se a necessidade de citar em nota as fontes (legislação, doutrina e jurisprudência) segundo as regras estabelecidas pela ABNT e adotadas pela RBDPP<sup>22</sup>, além de não fazer afirmações não suportadas e de reproduzir corretamente o pensamento e as palavras de outros autores.

## REFERÊNCIAS

BOUDON, Raymond; LAZARSFELD, Paul Felix (org.). *L'analisi empirica nelle scienze sociali*, Bologna: Il Mulino, 1969.

CAIANIELLO, Michele. Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali, Bologna: Bononia University Press, 2013.

CAPRIOLI, Francesco. Verità e giustificazione nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 317-342, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.30>

CASELLA, Maria; BOZZARELLI, Oriana. Nuovi scenari per la valutazione della ricerca tra indicatori bibliometrici citazionali e metriche alternative nel contesto digitale, em *Biblioteche Oggi*, vol. 29, n. 2, 2011, p. 66-78.

DONINI, Massimo. Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario. In: Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco, em *Criminalia*, 2011, p. 127 s.

ECO, Umberto. Il realismo negativo. In: DE CARO, Mario; FERRARIS, Maurizio, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Torino: Einaudi, 2012, p. 93 s.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale, Roma: Laterza, 2011.

---

<sup>22</sup> A título meramente exemplificativo indica-se: 1) livros: SOBRENOME, Nome do autor. *Título do livro em itálico*. Cidade: Editora, ano; 2) obras coletivas: SOBRENOME, Nome do autor. Título do artigo em coletânea. In: SOBRENOME, Nome do organizador (org.). *Título do livro em itálico*. Cidade: Editora, ano; 3) contribuições em periódicos: SOBRENOME, Nome do autor. Título do artigo em periódico. *Título do periódico em itálico*, Cidade, vol. x, n. x, p. x-x, mês ano.

FERRUA, Paolo. *Il "giusto processo"*, 3° edição. Bologna: Zanichelli, 2012.

FIANDACA, Giovanni. Rocco: È plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica? In: *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco*, em *Criminalia*, 2011, p. 179 s.

ILLUMINATI, Giulio. La presunzione d'innocenza dell'imputato, Bologna: Zanichelli, 1979.

MARCONI, Diego. Realismo minimale. In: DE CARO, Mario; FERRARIS, Maurizio, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Torino: Einaudi, 2012, p. 113 s.

NELKEN, David; MANERI, Marcello. Un'indagine sociologica. In: GIOSTRA, G. (org.), *Processo penale e informazione. Proposte di riforma e materiali di studio*, ed. Università degli Studi di Macerata, 2000, p. 213 s.

NOBILI, Massimo. L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia, Bologna: Il Mulino, 2009.

ORLANDI, Renzo. La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale. In: *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco*, em *Criminalia*, 2011, p. 207 s.

ORLANDI, Renzo. Il metodo della ricerca. Le istanze del formalismo giuridico e l'apporto delle conoscenze extranormative, em *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche*, 2014, p. 619 s.

PADOVANI, Tullio. Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale. In: *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco*, em *Criminalia*, 2011, p. 227 s.

POPPER, Karl. *Logica della scoperta scientifica*, Torino: Einaudi, Torino, 1970.

POPPER, Karl. *Realism and the Aim of Science, from the Postscript to The Logic of Scientific Discovery*, London: Hutchinson, 1983.

POPPER, Karl. *Poscritto alla logica della scoperta scientifica. Il realismo e lo scopo della scienza*, Milano: Il saggiatore, 1984.

PULITANÒ, Domenico. La scienza penale tra fatti e valori. In: *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco*, em *Criminalia*, 2011, p. 239 s.

RICOLFI, Luca. *La ricerca qualitativa*, 5° edição, Roma: Carocci Editore, 2006.

ROSSETTI, Andrea. Argomentazione. In: RICCIARDI, Mario; ROSSETTI, Andrea; VELLUZZI, Vito. *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, 2015, Roma: Carocci Editore, p. 239 s.

SCARPELLI, Uberto. Il metodo giuridico, em *Rivista di diritto processuale*, 1971, p. 553-574 (republicado como voz da Enciclopedia Feltrinelli-Fisher. *Diritto 2*, organizado por Giuliano Crifò, Milano: Feltrinelli, 1972, p. 411 s.).

SCARPELLI, Uberto. *L'etica senza verità*, Il Mulino: Bologna, 1982.

SCARPELLI, Uberto. Elementi di analisi della proposizione giuridica, *Jus*, 1, 1953, p. 42 s. (repblicado em Atti del congresso di studi metodologici promosso dal Centro di Studi metodologici, Torino: Ramella, 1954, p. 414 s.).

SCARPELLI, Uberto. La natura della metodologia giuridica, em *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 1956, p. 249 s. (incluído também em Filosofia e scienza del diritto. Atti del II Congresso nazionale di filosofia del diritto, Milano: Giuffrè, 1956, p. 247 s.).

SCARPELLI, Uberto. L'educazione del giurista, em *Rivista di diritto processuale*, 1, 1968, p. 1 s.

SCARPELLI, Uberto. Auctoritas non veritas facit legem, em *Linguaggio persuasione verità: atti del 28º Congresso nazionale di filosofia tenutosi in Verona dal 28 aprile al 1º maggio 1983*, Padova: Cedam, 1984, p. 133 s. (também em *Rivista di filosofia*, 1984, p. 29 s.).

SCARPELLI, Uberto. Gli orizzonti della giustificazione, *Rivista di filosofia*, 1985, p. 3 s. (depois em *Etica e diritto*, organizado por Letizia Gianformaggio e Eugenio Lecaldano, Roma-Bari: Laterza, 1986, p. 3 s.)

SCARPELLI, Uberto. Scienza, sapere, sapienza, em *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2, 1986, p. 245 s.

SCARPELLI, Uberto. Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico. In: DI LUCIA, Paolo (org.), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*. Contributi al seminario promosso dalla Banca d'Italia e dalla prima cattedra di filosofia del diritto dell'Università di Milano (19 novembre 1991), Milano: Giuffrè, 1995, p. 5 s.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminaís. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 9-17, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.34>

### COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

CAPPARELLI, Bruna. Editorial: Sobre a exigência de um método de escrita de artigos científicos e de estudo do Direito Processual Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 19-27, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.37>





*Dossiê*  
*Colaboração Premiada e*  
*Justiça Criminal Negocial*



## Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares

*Editorial dossier “plea bargain and bargaining criminal justice”:  
new and multiples points of view*

**Soraia da Rosa Mendes<sup>1</sup>**

Doutora pela UnB.

Professora do PPG do IDP, e da UniCEUB.

Editora-associada deste dossiê da RBDPP.

 <http://lattes.cnpq.br/6101794465780378>

 <http://orcid.org/0000-0002-6188-9216>

Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro na década de 90, a popular “delação premiada” consolidou-se com a ampliação de seus benefícios através da Lei 12.850/90, de 02 de agosto de 2013. Direcionando-se, sobretudo, àqueles e àquelas que praticam o crime de organização criminosa ou delitos por meio dela, tal instituto, ora conhecido como “colaboração premiada”, recorrentemente encontrado em diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, foi implantado no Brasil não sem causar muitos ruídos nas discussões com a sua incorporação à dinâmica processual. De fato, como observa *Marcelo Rodrigues da Silva* (em *A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada*) trata-se de um instrumento probatório colaborativo premial que deveria ser excepcional, mas que acabou por tornar-se regra em algumas investigações.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direitos Humanos pelo CESUSC/IFIBE. Professora do PPG Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Professora de Direito Penal Centro Universitário de Brasília - UniCeub. Pesquisadora líder dos Grupos de Pesquisa Sistema Penal e Garantias Fundamentais (CNPq-IDP). Membro da Associação Internacional de Direito Penal - AIDP.

Se considerarmos, por exemplo, como faz o autor, as ocorrências no âmbito da Operação Lava Jato até o início de janeiro de 2017 será possível verificar que, até aquela data, haviam sido celebrados 71 acordos de colaboração premiada e 7 acordos de leniência<sup>2</sup>. Cinco deles celebrados mesmo após a Polícia Federal no Paraná ter defendido a desnecessidade de novas avenças, tendo em vista que, na avaliação dos integrantes da Polícia Federal, já havia sido recolhido material suficiente para apurações próprias sobre os esquemas de corrupção.

Graça entre nós, muito especialmente nos dias atuais, o entendimento de que para a resolução de crimes e a busca por segurança é preciso recorrer-se a um sistema de “incentivos”, assim como a outras formas de técnicas investigatórias eticamente mais “flexíveis” (à exemplo do agente infiltrado, referido por Zaffaroni como “o funcionário delinquente”<sup>3</sup>).

Contudo, desde um ponto de vista garantista, a colaboração premiada em muito aproxima-se de um modelo inquisitório porquanto muitas vezes tomada como instrumento a satisfazer a sede de aplicar punições em processos não raro distanciados dos marcos do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias fundamentais que lhe dão sustentação, em especial do direito de defesa no que concerne, por exemplo, ao registro das declarações por meio audiovisual como analisado por *Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares* (em *A Obrigatoriedade do Duplo Registro da Colaboração Premiada e o Acesso pela Defesa Técnica*).

De forma aberta ou subliminar o instituto, e a apregoada necessidade de sua utilização, legitima-se a partir de um discurso voltado a um suposto dever cívico, que na Inquisição era significado sob o manto da obediência. Um discurso capaz de atravessar não só o Continente Latino-americano, como de encontrar eco em diversos outros pontos do *mapa mundi*.

Assim, é de ver-se que ao apresentar-nos as distintas figuras jurídicas utilizadas atualmente na Espanha como incentivos para premiar

---

<sup>2</sup> Disponível em <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados>>. Acesso em: 24 dez. 2016.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl [et al.]. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Delito*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 105.

a colaboração, bem como examinar a evolução do instituto naquele país e sua futura incorporação à normativa processual, *Juan Carlos Ortiz* (em *La delación premiada en España*) principia dizendo que, ante situações excepcionais, não tem restado outra alternativa aos Estados que não seja aprovar medidas de igual sorte excepcionais no âmbito da investigação criminal. Um contexto no qual, como defende o autor espanhol, tornam-se necessários novos instrumentos que “mejoren la eficacia en la persecución de la llamada ‘delincuencia de cuello blanco’”.

Para o autor o debate a respeito da conveniência ou não de criar fórmulas premiais e de justiça negociada é um dado real na medida em que “ya son aplicadas en otros países como herramientas muy efectivas para destapar, investigar y castigar todas esas conductas relacionadas con la corrupción pública y la delincuencia económica empresarial, en las que el perjudicado final es la economía de un país, y por lo tanto, el ciudadano como último eslabón de la cadena sobre el que recaen las consecuencias sociales y patrimoniales más dolorosas a la hora de evitar la quiebra estatal”.

De outro lado, também *André Ferreira de Oliveira* (em *Soluções Negociadas de Justiça Penal no Direito Português*), analisando o contexto de Portugal, observa que soluções de Justiça criminal negociada têm-se multiplicado nos anos mais recentes, colocando, como aponta o autor, “uma ampla gama de desafios à pura e tradicional doutrina processualista, aos tradicionais direitos dos intervenientes processuais, questionando-se se a profusão da criminalidade (cada vez mais) organizada e os métodos tecnológicos e transnacionais do *iter criminis* não alteraram o centro da dialética tensão administração eficiente da Justiça/direitos dos Arguidos”. Portugal, como aponta Oliveira, não é exceção às necessidades já verificadas em outros países.

Distanciando-nos, contudo, de uma análise meramente centrada nos aspectos dogmáticos do instituto em si nos dois países citados, bem como de sua consideração como uma inexorável medida para o enfrentamento da corrupção, pensamos que o que subjaz à própria noção de negociabilidade relaciona-se intrinsecamente com verdadeiras concepções de política criminal.

Pensada sob este prisma, a justiça penal negociada, seja no Brasil em tempos de Operação Lava Jato (e congêneres), seja em ou-

tros países, encontra, muitas vezes, sustentação nos múltiplos casos de corrupção que acabam estampados em noticiários como expressão real, mas midiaticamente potencializada, de uma preocupação do conjunto da população. Uma preocupação traduzida de um linguajar técnico processual que colocou na ordem do dia os termos celeridade e consenso, desde uma perspectiva político criminal autointitulada como mais adequada aos tempos atuais, seja em nosso país, ou no além-mar.

O “clamor social”, a “morosidade” dos processos, e a “inegável instabilidade política” acabam por fundamentar medidas de maior celeridade nas investigações com procedimentos mais abreviados mas, contudo, conseqüentemente, com a supressão de direitos e garantias. É preciso analisar com cautela a (in)eficácia da investigação criminal sob o prisma do Estado Democrático de Direito. Não sendo admissível que a possibilidade de consensos mediante a concessão de prêmios seja considerada uma alternativa em um cenário onde os índices de eficiência são objetos de desejo em detrimento da própria reparação dos delitos.

*Fernando Andrade Fernandes e Murilo Thomas Aires (em A Colaboração Premiada como Instrumento de Política Criminal)* nos brindaram com sua reflexão ao pensar, como em tese sói acontecer, o processo penal como instrumento de política criminal, reconhecendo, em seu trabalho, a necessidade de “uma reconstrução do processo penal em termos de política criminal, para alcançar-se uma maior funcionalidade e eficiência processual, sem, contudo, abandonar a fundamental e irrevogável natureza garantística.”

Desse modo, como reverbera texto já publicado por Fernandes<sup>4</sup>, indica-se a imposição de “uma ponderação entre os interesses da funcionalidade e garantia, tendo como limite a indispensabilidade ao máximo daquelas garantias que se fizerem necessárias para a tutela da dignidade humana”. A tensão entre o eficientismo e o garantismo, para os autores, tal como tendo a concordar, reflete, “sem sombra de dúvidas, uma das principais polêmicas acerca da proposta em questão”.

Em um contexto como esse, é realmente de se pensar, como faz *Paulo Gustavo Rodrigues (em A Convicção Contextualizada e a Verdade*

---

<sup>4</sup> FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 67.

*Negociada no Processo Penal*), acerca do dogma da busca da verdade real, e do quanto este, como ele aponta, “aliado à crença de que ela estaria efetivamente ao alcance do Estado, acabou por fortalecer uma cultura inquisitiva legitimadora de abusos e desvios de autoridades públicas, ampla e irrestrita iniciativa probatória do juiz e relativização de direitos fundamentais, o que não se está advogando de nenhuma forma.”

A colaboração premiada é tida como meio de obtenção de provas a fim de conhecer e punir aqueles que fazem parte da estrutura da organização criminosa que, tal como apontam *Antônio Henrique Graciano Suxberger* e *Gabriela Starling Jorge Vieira de Mello* (em *A Voluntariedade da Colaboração Premiada e sua Relação com a Prisão Processual do Colaborador*), exige a voluntariedade do colaborador que celebra o acordo jurídico-processual. E, sob este aspecto, coloca-se a espinhosa tarefa de refletir sobre a aferição da voluntariedade nos casos em que o colaborador se encontra preso.

Reconhecendo que ambos os institutos – prisão preventiva e colaboração premiada – embora não possuam relação de causa e efeito, não raro estejam intrinsecamente ligados na prática, Starling e Suxberger buscam avaliar a voluntariedade nos casos em que imposta ao pretense colaborador prisão no curso da persecução e os principais argumentos favoráveis e contrários à legitimidade do acordo firmado pelo colaborador preso, propondo, em síntese, “a construção de uma relação específica e bem delineada entre prisão processual e colaboração premiada”.

O texto é mais um convite à reflexão, abrindo espaço para o diálogo desde o ponto em que o requisito legal da voluntariedade do colaborador ou da colaboradora tenha como parâmetro de verificação de sua existência os próprios limites de sua autonomia<sup>5</sup>. Ou seja, recorrendo a Chauí, é se refletir acerca de um agente, de suas ações e do conjunto de noções – ou valores – que orientam o campo de uma ação que possa ser considerada ética na medida em que ancorada por um conjunto de valores cujo conteúdo pode variar de uma sociedade para outra ou na

---

<sup>5</sup> CHAUI, Marilena. *Cultura e Democracia e o Discurso Competente e Outras Falas*. São Paulo: Cortez Editora, 2007. p. 341.

história de uma mesma sociedade, mas que propõem sempre uma diferença intrínseca entre condutas segundo o bem, o justo e o virtuoso.<sup>6</sup>

Uma ação só será ética se for consciente, livre e responsável e só será virtuosa se for livre. Liberdade pressupõe autonomia, isto é, deve resultar de uma decisão interior ao próprio agente, e não da obediência a uma ordem, a um comando ou a uma pressão externa.<sup>7</sup> De maneira que, em nosso ver, resta incompatível o expediente da prisão provisória (temporária e preventiva) e a obtenção da “colaboração” em acordos celebrados com pessoas que estejam com sua liberdade cerceada no curso da investigação ou da persecução penal.

À toda vista a colaboração premiada em sua estruturação na persecução penal é um instituto repleto do que Ferrajoli denomina “espaços de insegurança”, marcados pela discricionariedade política e abertos a indeterminação da verdade processual<sup>8</sup>.

Tais espaços não dependem da vontade do juiz, mas da inexistente ou insuficiente insatisfação da regra semântica na qual identifica-se o princípio da legalidade estrita (que possui expressões indeterminadas ou de antinomias semânticas) e da inverificabilidade das denotações penais dos pressupostos das decisões. São essas as carências que abrem espaço ao poder de disposição, ou seja, aos decisionismos baseados em critérios subjetivos ou “políticos”.

Desde a noção de espaço de insegurança um procedimento persecutório está adstrito à observância de requisitos de existência e validade em que tomam relevo aspectos político criminais, valendo, por exemplo, pensar com *Walter Barbosa Bittar* (em *O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal*) que, embora o conceito de justa causa não seja realmente imune a divergências no âmbito doutrinário e jurisprudencial, não pode subsistir dúvidas de que “a delação - sem que exista nenhum outro respaldo probatório - não legitima a inauguração

---

<sup>6</sup> Idem, p. 340.

<sup>7</sup> Idem, p. 340.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Escritos Sobre Derecho Penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2014. p. 161.

do processo penal em desfavor de qualquer pessoa, especialmente ao considerar a inegável existência de penas processuais”.

De outro lado, desde o prisma dos benefícios a serem concedidos, a imprescindibilidade ou não de que o acordo deva ter o Ministério Público como polo negociador é tema por demais instigante. Sendo de fundamental importância considerar que, segundo algumas vozes, dentre as quais está a de *Marcos Paulo Dutra Santos* (em *Colaboração Unilateral Premiada como Conseqüência Lógica das Balizas Constitucionais do Devido Processo Legal Brasileiro*), “premiar a delação pode, indiscutivelmente, passar pela celebração de um negócio jurídico processual entre o imputado e o Ministério Público, encaminhado à homologação judicial. Mas não é esta a única forma de premiá-la”.

É certo que a lei 12.850 acrescentou no ordenamento jurídico alguns benefícios concedidos ao colaborador, os quais podem ser oferecidos a qualquer tempo durante a persecução penal, tais como, a redução da pena, o perdão judicial, a progressão de regime, bem como a substituição de regime menos gravoso para seu cumprimento. Contudo, um dos requisitos exigíveis é, na constituição do termo de colaboração, a distância do juiz, a fim de garantir a imparcialidade nas “negociações”, conferindo a ele uma passividade ou mesmo restrições no seu papel de garantidor, o qual exercerá sua função no momento da homologação do acordo. Isso pode resultar em uma relativização dos direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão punitiva e acabar por justificar ilegítimas prisões preventivas.

Enfim, de tudo o que foi dito até este ponto, é solar que a colaboração premiada e a justiça criminal negocial comporta novos e múltiplos olhares. E é por essa razão que entregamos agora em mãos aos senhores e às senhoras este dossiê temático que denominamos “Colaboração Premiada e Justiça Criminal Negocial”, publicado no volume 3, número 1, 2017, da Revista Brasileira de Direito Processual Penal, o qual, na qualidade de editora-associada, tenho a honra de apresentar.

Como já tive oportunidade de dizer, ao ementar a chamada de artigos para este número da RBDPP, o tema da barganha e da justiça criminal negocial tem sido um dos principais pontos das mais acaloradas discussões dentro da pauta de assuntos do processo penal no mundo e, de algum tempo, também no Brasil. Assim, o dossiê teve como objetivo

propiciar um espaço amplo e aberto àqueles e àquelas que dedicam seus estudos e análises aos principais aspectos do instituto da colaboração/delação premiada em suas diversas interfaces.

A acolhida ao chamado, como não poderia ser diferente, foi significativa de parte de autores e autoras tanto do Brasil, quanto de outros países. E, sendo inúmeros os artigos recebidos, também hercúlea foi a tarefa de seleção dos nove trabalhos que compõem esse volume pela importância ímpar que cada texto representava. Uma tarefa, diga-se, cumprida magistralmente pelo grupo de avaliadores e avaliadoras cuja atenção ao conjunto de aspectos doutrinários, jurisprudenciais e político-criminais relativos ao tema central merece destaque e agradecimento especial.

As contribuições recebidas e aqui publicadas são de valor inestimável, trazendo ao debate processual penal algumas respostas, mas, substancialmente, muitos elementos para futuras reflexões.

#### COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

MENDES, Soraia R. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

# La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia

*Rewarded delation in Spain: instruments for the promotion of collaboration with justice*

**Juan Carlos Ortiz<sup>1</sup>**

Professor da Universidad de Castilla-La Mancha (ESP)

JuanCarlos.Ortiz@uclm.es

 <http://orcid.org/0000-0001-6092-6137>

---

**RESUMEN:** Junto con los clásicos debates jurídicos referidos a la atribución o no al Ministerio Fiscal de la fase de investigación, junto con la introducción en nuestro sistema procesal del principio de oportunidad penal, cada vez cobra mayor atención en España la conveniencia de articular medidas legales que incentiven la colaboración con la Justicia, y en especial, las confesiones y delaciones de criminales arrepentidos, como instrumentos que favorecerían la obtención de valiosa información y fuentes de prueba, sobre todo en lo que se refiere a la delincuencia económica. El presente estudio expone las distintas figuras jurídicas utilizadas actualmente como incentivos para premiar la delación de colaboradores, testigos y acusados, y examina su evolución de cara a su futura incorporación a la normativa procesal española.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Premial; Delación; Corrupción; Justicia Penal; España.

**ABSTRACT:** *There are two classical debates in Spain, referred to the attribution or not of the investigating phase to the Prosecution Office, and the introduction of the discretionary power (principle of opportunity) in our Justice system. Besides them, there is a new legal debate about the convenience of articulating legal measures that encourage the collaboration with the justice, and especially, the confessions and denunciations of criminal repentants, as*

---

<sup>1</sup> Professor titular da Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Doutor em Direito pela UCLM (2005).

*instruments that would favor the obtaining of valuable information and sources of evidence, especially referred to white-collar crime. This study exposes the different legal figures used currently in Spain as incentives to reward the delation of collaborators, witnesses and defendants, and examines its evolution with a view to their future incorporation into the Spanish procedural law.*

**KEYWORDS:** *Brivery; Fraud; Delation; Rewards; Criminal Justice; Spain.*

---

## **1. CORRUPCIÓN Y MEDIOS EXTRAORDINARIOS DE INVESTIGACIÓN**

Los múltiples casos de corrupción que en los últimos años han aflorado en España (blanqueo de capitales, evasión fiscal, defraudación a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social, etc.) y en los que se acusa a políticos, empresarios, sindicalistas, etc., han conducido en la práctica a que la ciudadanía perciba la corrupción y el fraude como la segunda preocupación de los españoles, solo por detrás del desempleo, según los distintos barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) correspondientes a los años 2013 a 2016<sup>2</sup>. No en vano, siempre se ha advertido que la delincuencia económica desmoraliza al consumidor<sup>3</sup>, pues el incremento de las infracciones penales en el desarrollo de las relaciones económicas internacionales perjudican no sólo a los socios, accionistas, asalariados, comerciantes de la competencia, clientes, o acreedores, sino también a la comunidad en su conjunto e incluso al Estado al que impone pesadas cargas financieras y al que inflige pérdidas considerables de ingresos, gravando, por consiguiente, a la economía nacional e internacional<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Los Estudios del Centro de Investigaciones Sociológicas están disponibles en la página web <http://www.cis.es/cis/opencms/ES/index.html>.

<sup>3</sup> RUIZ VADILLO, E., “La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor”, *Eguzkilore*, núm. Extra 1999, p. 51.

<sup>4</sup> Así se ha reconocido expresamente, por ejemplo, en las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre criminalidad económica (Recomendación núm. R (81) 12, del Comité de Ministros, de 25 de junio de 1981 sobre la criminalidad en materia económica) y sobre el papel del Derecho Penal

Ante situaciones excepcionales, los Estados suelen tender a aprobar medidas excepcionales también en el ámbito de la investigación criminal. Por ello, ante la percepción de que la Justicia española necesita nuevos instrumentos que mejoren la eficacia en la persecución de la llamada “delincuencia de cuello blanco”, se ha vuelto a retomar el debate jurídico respecto a la conveniencia o no de potenciar fórmulas premiales y de justicia negociada, que ya son aplicadas en otros países como herramientas muy efectivas para destapar, investigar y castigar todas esas conductas relacionadas con la corrupción pública y la delincuencia económica empresarial, en las que el perjudicado final es la economía de un país, y por lo tanto, el ciudadano como último eslabón de la cadena sobre el que recaen las consecuencias sociales y patrimoniales más dolorosas a la hora de evitar la quiebra estatal.

En efecto, una privilegiada fuente de información para destapar ciertas tramas delictivas relacionadas con la delincuencia económica y la corrupción y conseguir eficaces pruebas de cargo para su condena suelen ser los propios miembros de dicha trama, los empleados que conocen las irregularidades internas y quieren informar (máxime cuando son despedidos), o los empresarios y demás sujetos sobornados que dejan de recibir un trato privilegiado y deciden “tirar de la manta”. De ahí la trascendencia que puede llegar a tener para las autoridades la obtención de información esencial a través de la colaboración de chivatos y soplores –delatores en general. Y quizá por ello, resulta entendible que los países hayan procedido a incluir diversas medidas legales para fomentar y premiar las delaciones y las autodenuncias de criminales arrepentidos, entre las que sobresalen, la protección de la identidad del informante frente a posibles represalias, la mitigación de la pena (atenuantes por colaboración activa) e incluso la exención de responsabilidad penal, o diversos modelos de inmunidad procesal (archivo de la acción penal en su contra o suspensión de la misma sujeta a diversas condiciones) para quien se presta a colaborar con las autoridades en la obtención de datos y fuentes de prueba de los delitos cometidos dentro de su organización y a prestar una cooperación sustancial en la investigación de los mismos.

---

en la protección de los consumidores (Recomendación núm. R (82) 15 del Comité de Ministros, de 24 de septiembre de 1982).

## 2. JUSTICIA Y DELACIÓN

A pesar de las ventajas que se derivarían de acceder a esa sustancial información a cambio de ciertos incentivos o premios, lo cierto es que la delación nunca ha sido bien vista en nuestro país y la imagen del delator, que siempre ha sido asociada con las características más ruines y mezquinas del ser humano, no ha sido bien recibida ni por la Sociedad ni por la Justicia<sup>5</sup>. Socialmente, vemos como el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua identifica la voz «delator» como la persona que denuncia o acusa a otros, pero con un matiz especial: “en secreto y cautelosamente”, y en el lenguaje común se utilizan sinónimos como “soplón”, “traidor”, “chivato” o “judas”. Precisamente este último adjetivo ilustra el porqué de esta denostada imagen del delator: el origen de la delación se remonta a la propia existencia del ser humano desde el propio pecado original, pues Adán delató a Eva, y ésta a la serpiente<sup>6</sup>. Y resulta que el delator premiado más famoso de la historia de la humanidad es quizás Judas Iscariote, quien recibió de los sacerdotes treinta monedas de plata a cambio de traicionar a su líder<sup>7</sup>.

En el ámbito jurídico, la Justicia tampoco ha valorado positivamente el empleo de la delación como herramienta legal para la obtención de información. De una parte, quizás debido a la especial influencia de lo religioso en el sistema penal inquisitorial que caracterizó nuestro sistema legal de siglos pasados, en donde esa correlación casi gráfica entre la delación y el pecado original y con la traición a Jesucristo hizo que la delación nunca fue regulada como un modo ordinario de facilitar o recibir información útil para las causas judiciales, sino como una herramienta extraordinaria y excepcional, tolerable en casos extremos, en los que sus reprochables atributos – el secretismo y el anonimato son sus principales características - se veían justificados sólo en casos extremos o de circunstancias especiales. Y de otra parte, quizás también porque la delación siempre se ha correlacionado con los Estados totalitarios y sus sistemas de vigilancia universal e intimidatoria ideados para obte-

---

<sup>5</sup> Al respecto, vid. ORTIZ PRADILLO, J. C., “El difícil encaje del delator en el proceso penal” en el *Diario La Ley*, núm. 5860, de 12 de junio de 2015, pp. 1-10.

<sup>6</sup> Génesis, 3-12.

<sup>7</sup> Mateo 26:14-16; Lucas 22:1.

ner información subrepticamente por parte de los “buenos y patriotas ciudadanos” prestos a colaborar con el régimen, pues el uso y fomento de informantes y delatores fue una característica común a la Alemania nazi, la Italia fascista, la Rusia estalinista, o la España franquista, por citar algunos ejemplos.

### **3. INCENTIVOS Y MEDIDAS PREMIALES PARA EL COLABORADOR CON LA JUSTICIA**

A pesar de estas premisas iusfilosóficas contrarias al uso de la delación como instrumento de obtención de información, y a falta de una reforma del sistema procesal penal español que incorpore distintas modalidades de retirada o suspensión de la acusación por colaboración con la Justicia, basada en motivos de oportunidad (salvo excepciones puntuales en algunos delitos leves ya utilizables), el ordenamiento jurídico español cuenta con diversos instrumentos legales a los que la Jurisprudencia ha acudido últimamente a la hora de incentivar al máximo esa colaboración con la Justicia, mediante la aportación de información esencial para el proceso penal, por parte de los ciudadanos, testigos, trabajadores, coimputados, e incluso reos arrepentidos.

A continuación se expondrán los principales instrumentos legales previstos en el ordenamiento jurídico para fomentar la colaboración con la Justicia.

#### **3.1. LA ADMISIBILIDAD DE LAS DENUNCIAS ANÓNIMAS**

Como quiera que la información procedente de las denuncias anónimas resulta en ocasiones trascendental para la identificación de los autores de una conducta criminal o la averiguación de sus fechorías, y aunque legalmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal española exija identificar al sujeto denunciante, lo cierto es que oficiosamente - en la práctica - la obtención de información de fuentes anónimas o confidenciales siempre ha sido un recurso admitido y legitimado por las autoridades encargadas de la investigación criminal.

En este sentido, la historia de la delación anónima en España se ha calificado como “el propio ritmo de las mareas, con sus subidas

y sus retrocesos<sup>8</sup>". Ha habido episodios históricos en los que se prohibía expresamente la delación anónima, como por ejemplo en algunas Constituciones Sinodales de los siglos XVI-XVII, que prohibían recibir denuncias no firmadas por ningún autor, estableciéndose la regla de que "El Fiscal no reciba denunciación que no venga firmada de quien se la diere (...) por evitar la malicia de los que procuran molestar a las personas con quien tienen algún odio o enemidad, dando denunciaciones a nuestro Fiscal de delitos algunas veces falsos<sup>9</sup>". Y también en la Novísima recopilación de las leyes de España<sup>10</sup>, en el Título XXXIII del Libro XII (de las delaciones y acusaciones) se prohibía expresamente a los Fiscales y Promotores de la Justicia acusar y denunciar sin dar delator, salvo en los casos que sean notorios, y se exigía que "el tal delator diga por ante Escribano público la delación, y de otra manera no se reciban las dichas acusaciones y demandas y denunciaciones".

Pero es igualmente cierto que las delaciones anónimas han sido toleradas, e incluso legalmente promovidas en nuestro sistema legal. Así, en el Título XI de la Novísima Recopilación (de los tumultos, asonadas y conmociones populares) se advertía que los autores "serán aprehendidos por los Jueces y Justicias del reyno, poniéndose en testimonio separado el nombre del delator, que se mantendrá siempre en secreto con toda fidelidad". En el Título XXV (de las injurias, denuestos y palabras obscenas) se establecía igualmente que quedaban prohibidos los pasquines y papeles sediciosos e injuriosos a personas públicas, y en caso de averiguación por la Sala, Corregidor y Tenientes cualquier contravención que hubiere, "se mantendría en secreto el nombre del

---

<sup>8</sup> RUBIO EIRE, J. V., "La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una instrucción penal". Documento online disponible en la página web:[http://www.elderecho.com/penal/inviabilidad-verificables-elemento-precursor-instruccion\\_11\\_560680001.html](http://www.elderecho.com/penal/inviabilidad-verificables-elemento-precursor-instruccion_11_560680001.html). Fecha de consulta: 12 de mayo de 2015.

<sup>9</sup> DE MOSCOSO Y SANDOVAL, B., *Constituciones Sinodales del obispado de Jaén*. Sínodo diocesana que se celebró en la ciudad de Jaén en 1624. Segunda impresión, Jaén, 1787, p. 146.

<sup>10</sup> Recopilación ordenada por Felipe II en el año 1567. Así se cita la recopilación mandada formar por Carlos IV en 1805, en la que se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales, y otras providencias expedidas hasta 1804, Volumen 1.

delator en testimonio separado”. Y también la Pragmática de Carlos III de 17 de abril de 1774 establecía que los cómplices en bullicios o conmociones populares que dieran pronta cuenta a las Justicias “quedarán sus nombres en testimonio reservado”.

En el proceso penal español vigente, la solución a la hora de decidir qué efectos procesales otorgar a la presentación de una denuncia anónima se anticipó en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/1993, de 16 de marzo, en la que se admitía que “una denuncia carente de aptitud como tal presupuesto procesal desencadenante puede servir, en su contenido material, como medio transmisor de la noticia de unos hechos que justifiquen la incoación *ex officio* de la primera fase del proceso (...). No cabe duda que, con independencia de la idoneidad formal de la denuncia como tal, ésta podrá ser reputada instrumento transmisor válido de una noticia criminal”, aunque se concluía afirmando que “la ponderación de la conveniencia de iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima habrá de calibrar, fundamentalmente, el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefriere ampararse en el ocultismo y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innominadas”. Esta tesis ha sido consolidada jurisprudencialmente, cuyo mejor ejemplo lo ilustra la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 318/2013, de 11 de abril, en la que tras recopilar la principal jurisprudencia favorable a legitimar la comprobación policial o judicial de lo manifestado a través de una denuncia anónima, se asienta la siguiente doctrina: “Nuestro sistema no conoce, por tanto, un mecanismo jurídico que habilite formalmente la denuncia anónima como vehículo de incoación del proceso penal, pero sí permite, reforzadas todas las cautelas jurisdiccionales, convertir ese documento en la fuente de conocimiento que, conforme al art. 308 de la LECrim, hace posible el inicio de la fase de investigación (...). Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle. Pero nada de ello

impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran, pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo”.

### 3.2. LA PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD DE CONFIDENTES Y TESTIGOS

La utilización de confidentes policiales en España fue fuertemente criticada en su momento por Velasco Núñez, entre otros motivos, porque “la colaboración de los confidentes suele quedar condicionada a un beneficio personal, lo que no deja de ser un chantaje a los organismos oficiales encargados de perseguir el delito, y porque sirve para crear contrapoderes marginales y corrupciones funcionariales, por desarrollarse fuera del cauce de la ley, y cuanto menos, lleva a fines netamente intrapoliciales (v. gr., asegurarse futuras fuentes de información) que no siempre acaban siendo ventajosas y que muchas veces generan en el funcionario deudas y chantajes difíciles de acallar (...), y lo que es peor de todo, puede llevar a quien crea en el confidente a creer y originar una investigación que no es sino una infamia, para quien no tiene delito, pues es de presumir que quien oculta su rostro para acusar también será capaz de ocultar la verdad en lo que acusa”<sup>11</sup>.

A diferencia del denunciante anónimo, el confidente policial es un delator cuya identidad es conocida por las autoridades policiales y que da cuenta de diversas informaciones que posee, pese a lo cual no es llamado para declarar judicialmente ni a comparecer como testigo sobre tales informaciones en el correspondiente proceso, pues los tribunales han admitido que la policía no tiene que revelar la fuente inicial de investigación cuando se trata de un confidente<sup>12</sup>. Para la jurisprudencia, nada tiene de anómalo ni de constitucionalmente ilícito que la policía utilice fuentes confidenciales para recabar información que abran el camino a su actividad constitucionalmente establecida de averiguación del

<sup>11</sup> VELASCO NÚÑEZ, E., “El confidente”, *La Ley*, 1993, pp. 823-830.

<sup>12</sup> Vid., por todas, las SSTS 834/2009, de 29 de julio y 654/2013, de 26 de junio.

delito y aseguramiento del delincuente<sup>13</sup>, pues el valor de un testimonio anónimo se limita única y exclusivamente a dirigir u orientar una investigación policial, sin que los policías que se han servido de confidentes queden obligados a revelar cuáles son sus fuentes de información, y si a partir de tales pesquisas iniciales aparecieran datos incriminatorios se podría dar lugar a la apertura de una encuesta judicial<sup>14</sup>.

Ahora bien, la jurisprudencia ha advertido expresamente dos líneas rojas a la hora de servirse de delatores confidenciales para la investigación criminal y la posterior sentencia condenatoria de los autores. De una parte, dichas confidencias anónimas en modo alguno pueden ser utilizadas como prueba de cargo, ni siquiera a través de la declaración de los testigos de referencia<sup>15</sup>. Y de otra, tampoco puede servir como indicio directo y único para adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales<sup>16</sup>, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo).

Con respecto a la protección de los testigos en el proceso penal, y más allá de la infrecuente aplicación del art. 464 CP para el supuesto

---

<sup>13</sup> Vid. SSTS de 19 de febrero y de 4 de abril de 2003.

<sup>14</sup> STS de 1 de diciembre de 2006. Véase el apartado 13.3.2 (Informaciones anónimas) de la Circular 1/2013, según el cual “La policía no tiene que revelar la fuente inicial de investigación cuando se trata de un confidente (SSTS núm. 121/2010, de 12 de febrero, 834/2009, de 29 de julio) pues ello «podría provocar venganzas y represalias contra los terceros informantes, a la vez que privaría a la policía de un medio de investigación legítimo y valioso, al desalentar cualquier propósito colaborador de la ciudadanía en la lucha contra la delincuencia» (STS núm. 751/2006, de 7 de julio)”.

<sup>15</sup> En su STC 155/2002, de 22 de julio, el Tribunal Constitucional declaró expresamente que “de un lado, incorporar al proceso declaraciones testimoniales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad. De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art 24.2 CE y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art 6 del Convenio europeo de derechos humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art 6.1 del mismo”.

<sup>16</sup> Vid, por todas, las SSTS de 26 de septiembre de 1997, 8 de marzo y 12 de abril de 2012.

de que se intentase influir al denunciante, testigo, parte o imputado, para que modifique su declaración procesal, resulta constatable como uno de los principales obstáculos para promover la colaboración ciudadana se ha situado en la insuficiencia de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos, a la hora de establecer mecanismos de seguridad para quienes comparecen a juicio con el objeto de colaborar con la Administración de Justicia frente a eventuales peligros que puedan proceder de la persona o grupo para quienes ese testimonio pueda ser utilizado como prueba de cargo de un ilícito penal<sup>17</sup>. El problema se resume claramente en la STS 525/2012, de 19 de junio, de la siguiente manera: “La práctica de las declaraciones de testigos protegidos en el plenario suscita algunos problemas, derivados de la necesidad de compatibilizar los derechos del acusado, especialmente a conocer las pruebas de cargo y a intervenir en ellas en igualdad de armas con la acusación bajo la vigencia del principio de contradicción, con los derechos del testigo a la seguridad, que es necesario proteger para garantizar la indemnidad de aquel y desde otra perspectiva, para facilitar la colaboración del ciudadano con la Justicia. Y ello no solo en relación con su identificación, sino también en cuanto a la forma en que la declaración se lleva a cabo”.

Además, y debido a la delgada línea roja que separa entre testimonios ocultos y testimonios anónimos según la doctrina vertida por el TEDH<sup>18</sup>, la aplicación al delator de estas medidas legales de protección de testigos que prevé la legislación española puede no ser un incentivo suficiente para obtener dicha colaboración, debido a un límite muy importante: la normativa española no establece con carácter absoluto un completo anonimato del delator cuando la defensa requiera motivadamente el conocimiento de la identidad de aquel para asegurar un

---

<sup>17</sup> Sobre la aplicación de las medidas de protección de testigos al colaborador con la Justicia, vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “El coimputado que colabora con la Justicia penal (con atención a las Reformas introducidas en la Regulación españolas por las leyes 7 y 15/2003)”, *Revista electrónica de Ciencias penales*, núm. 7, 2005 (versión online disponible en: <http://criminolnet.ugr.es/recpc/>) y CUBILLO LÓPEZ, I. J., *La protección de testigos en el proceso penal*, ed. Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 35 y ss.

<sup>18</sup> Un importante resumen de la doctrina del TEDH se recoge en la STC 75/2013, de 8 de abril de 2013.

correcto ejercicio del derecho de defensa, tal y como ha recordado repetidamente el TEDH, lo cual no parece que proporcione la protección más adecuada<sup>19</sup> en un ámbito especialmente complejo y delicado que, cual es apodíctico, debería ser objeto de una regulación general a nivel de la Unión Europea, donde se aborde la problemática de la revelación de la identidad del testigo o testigos.

No obstante, también en este aspecto podemos apreciar una importante evolución jurisprudencial en España, con el fin de facilitar la validez de las delaciones vertidas por testigos anónimos, dirigida a suavizar el mandato contenido en el apartado 3º del art. 4 de la L.O. 19/1994, según el cual ante una solicitud motivada de las partes sobre el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, dice la norma que el Juez “deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley”. El Tribunal Supremo ha declarado que el mandato contenido en el apartado 3º del art. 4 de la referida L.O. 19/1994 no puede interpretarse en absoluta desconexión con el número 1, que permite a la Sala mantener las medidas protectoras acordadas durante la instrucción, por lo que el deber de revelar el nombre y apellidos de los testigos no es, en modo alguno, de carácter absoluto<sup>20</sup>, sino que el órgano judicial deberá valorar la suficiencia y razonabilidad de la petición motivada de la defensa de revelar la identidad del testigo protegido. Según el Tribunal Supremo, “el Tribunal debe realizar una ponderación entre los intereses contrapuestos (seguridad del testigo-derecho de defensa del acusado) que exige valorar la razonabilidad y suficiencia de la motivación expuesta por la solicitud de desvelar la identidad del testigo protegido, atendiendo por un lado a las razones alegadas para sostener que en el caso concreto el anonimato afecta negativamente al derecho de defensa, y por otro a la gravedad del riesgo apreciable para el testigo y su entorno, en atención a las circuns-

---

<sup>19</sup> ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., “Algunas reflexiones sobre la política anticorrupción en la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 7989, de 21 de diciembre de 2012.

<sup>20</sup> Vid. STS 395/2009, de 16 de abril, y la jurisprudencia contenida en la misma: SSTs 322/2008, 30 de mayo; 1047/2006, 9 de octubre; 98/2002, 28 de enero; 1027/2002, 3 de junio y 961/2006, 25 de septiembre.

tancias del caso enjuiciado” de modo que si bien “el desconocimiento de la identidad del testigo puede impedir a la defensa conocer, y en consecuencia expresar al Tribunal, las razones concretas por las que el testigo anónimo puede ser parcial o carecer de credibilidad”, advierte que “en la práctica ha de tenerse en cuenta que el conocimiento del contenido de la declaración realizada durante la instrucción permite ordinariamente al afectado inferir ciertos datos sobre la personalidad del testigo, que permitan a la defensa fundamentar racionalmente su solicitud<sup>21</sup>”.

Como vemos, por obra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha ampliado la preservación del anonimato también durante la fase de enjuiciamiento (lo cual supone un interesante incentivo para que el delator se decida a colaborar) y se ha declarado que “para que puedan operar como prueba eficaz de cargo los testimonios anónimos, aparte de que esté justificada la necesidad del anonimato, es preciso que tal situación aparezca compensada por un interrogatorio de la defensa que permita apreciar la fiabilidad y veracidad del testimonio, y señalándose también el matiz importante de que éste nunca podría servir como única prueba de cargo o como prueba inculpativa decisiva para fundamentar la condena<sup>22</sup>”.

### 3.3. LAS RECOMPENSAS AL DELATOR

El establecimiento de honores, premios y recompensas, incluso de carácter económico, a quien denuncia una conducta prohibida o comunica a las autoridades la comisión de algún delito, es también una fundamental herramienta de obtención de información. Aunque es habitual que la doctrina contemporánea, a la hora de referirse a los principales exponentes de instrumentos legales para la promoción jurídica de la delación a través de recompensas económicas, señale los

---

<sup>21</sup> STS núm. 384/2016, de 5 de mayo.

<sup>22</sup> STS 378/2009, de 27 de marzo. En concreto, el Tribunal Supremo ha señalado que el interrogatorio del testigo anónimo, a lo sumo habría de operar como dato secundario meramente corroborador de la prueba principal de cargo. Sin perjuicio, claro está, de que la condena pueda apoyarse en otras pruebas inculpativas que contengan entidad suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia (STS 828/2005, de 27 de junio).

EE.UU., Reino Unido o Australia, en donde existen programas de incentivos (*Bounty Programs*) a través de los cuales se otorgan recompensas económicas al delator en función de las cantidades que el Estado llegue a recuperar al descubrir la trama delictiva, hay que advertir que tales recompensas económicas ya existían en el Derecho Romano.

Frente a la expresión “Roma no paga traidores<sup>23</sup>”, lo cierto es que Roma sí incentivaba la delación, no sólo con medidas de protección, sino también a través de recompensas económicas. Un ejemplo literario lo encontramos en *La conjuración de Catilina* de SALUSTIO, quien nos cuenta que “por decreto del Senado, si alguien hubiera señalado algo sobre la conjuración, que se había hecho contra la República, decretaron como premio la libertad y cien mil sestercios para un esclavo, y la impunidad de este hecho y doscientos mil sestercios para un hombre libre<sup>24</sup>”.

Ejemplos legales de premios y recompensas ideados para fomentar las denuncias durante la etapa romana los encontramos en la *Lex Acilia repetundarum* (año 123 a. C.), norma en la que se preveía que, si la acusación prosperaba, la recompensa podía consistir en la concesión de alguna dignidad, como por ejemplo, un ascenso en el rango senatorial; la consecución de un cargo importante<sup>25</sup>; e incluso la obtención de la ciudadanía romana<sup>26</sup>; la exención del servicio militar (*vacatio publici muneris et militiae*<sup>27</sup>). En la *lex Papia Poppaea* (año 9 a. C.), también se establecían recompensas económicas que podían alcanzar hasta

---

<sup>23</sup> Frase atribuida a Quinto Servilio Cepión y que sucedió en la península ibérica, con motivo del asesinato del general lusitano Viriato (año 139 a. C.) a manos de sus propios soldados sobornados por Roma con la promesa de grandes riquezas y tierras, quienes cuando fueron a reclamar tales recompensas a Quinto Servilio Cepión, éste se las negó y ordenó asesinarles al grito de “Roma traditoribus non praemiatur”.

<sup>24</sup> capítulo XXX-6

<sup>25</sup> CASTRO CAMERO, R., *El crimen maiestatis a la luz del senatus consultum de Cn. Pisone Patre*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 158.

<sup>26</sup> Recompensa expresamente establecida en las líneas 76-83 de la Ley, y mencionada por Cicerón en su discurso *Pro Balbo*, aptdos. 22-24.

<sup>27</sup> GUERRERO, M., “El praemium civitatis en la lex Acilia repetundarum: ¿incentivo para reprimir el abuso de poder?”, *Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, nr. 12, 2014. Versión online disponible en la página web: <http://www.dirittoestoria.it/12/tradizione-romana/Guerrero-Praemium-civitatis-lex-Acilia.htm>.

la mitad de determinados bienes (*caducum*) para quienes pusieran en conocimiento de los agentes del fisco la existencia de bienes vacantes (*bona vacantia*) sin titular al no haber sido aceptados por ninguno de los herederos<sup>28</sup>. Y en la *Lex Iulia Maiestatis* (año 8 a. C), se establecía como premio un cuarto de la multa impuesta al condenado o con un cuarto de sus bienes confiscados<sup>29</sup>.

En diversos países de América Latina se han aprobado diversas leyes que prevén recompensas económicas para quien facilite información en materia penal. Por citar algunos ejemplos, así se establece en la Ley Federal mexicana contra la delincuencia organizada de 7 de noviembre de 1996; en las leyes argentinas n° 25.765 de 2003 y n° 26.538 de 2009 que regulan el Fondo Permanente de Recompensas; en Colombia cuentan con la Ley 282 del 6 de junio de 1996 –“Ley Antisecuestro”- y la Ley 418 de 1997; en Nicaragua, el art. 50 del Decreto 70-2010, de 12 de Noviembre del 2010, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados; en Honduras, el Decreto n°21-2014, de 13 de junio de 2014, regula la Ley de Recompensas por la información de aquellas personas que, sin haber intervenido en el delito, brinden datos útiles para lograr la aprehensión de quienes hubiesen tomado parte en la ejecución de los delitos; y en Perú, destacan la Ley de exclusión o reducción de pena, denuncias y recompensas en los casos de delito e infracción tributaria (Decreto Legislativo núm. 815, de 20 de abril de 1996), la Ley 29.542 de 2010 sobre protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal, y el Decreto Legislativo n° 1180 de 27 de julio de 2015 sobre el Beneficio de Recompensa para promover y lograr la captura de Miembros de organizaciones criminales, organizaciones terroristas y responsables de delitos de alta lesividad.

En España, por el contrario, no parece existir un argumentado debate a favor de la introducción de este tipo de incentivos económicos

---

<sup>28</sup> GARCÍA CAMIÑAS, J., *Delator, una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, Santiago de Compostela, 1983. Vid. también Ídem, “Deferre ad aerarium”, AFDUDC, núm. 10, 2006, pp. 431-451.

<sup>29</sup> CATTAN ATALA, A., LOYOLA NOVOA, H., “Los delatores”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 14 (1991), pág. 36.

para promover la delación en el proceso penal. En el terreno judicial, se mantiene así la idea inquisitorial de que “en el Santo Oficio no se suelen admitir denunciaci3nes fundadas en interés y en prometi3dos de dinero, tanto por la santidad de la Inquisici3n y su pureza, como porque semejantes indicios est3n llenos de sospechas de falsedad y no merecen cr3dito ninguno conforme a las leyes”<sup>30</sup>, tal y como se3alaba el Inquisidor General Sandoval y Rojas al Duque de Lerma, en una carta escrita en el a3o 1616. Y sin embargo, en el terreno administrativo y financiero, subsisten ciertos ejemplos de recompensas econ3micas a favor de aquel que denuncie la existencia de bienes y derechos de titularidad p3blica en manos privadas (tambi3n aplicable a quien informe de una herencia intestada a favor del Estado o CC.AA.), as3 como tambi3n se prev3n exenciones o rebajas de las sanciones econ3micas a quien, habiendo participado en un c3rtel, denuncie en primer lugar su existencia y aporte pruebas sustantivas para su investigaci3n a la Comisi3n Nacional de los Mercados y la Competencia (los llamados “Programas de Clemencia” incorporados en los art3culos 65 y 66 de Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia), as3 como tambi3n se prev3 la exenci3n de responsabilidad tributaria a quien denuncie haber efectuado un pago en efectivo incumpliendo la limitaci3n legal tributaria cuando el denunciante informe a la Agencia Estatal de Administraci3n Tributaria de la operaci3n realizada, su importe y la identidad de la otra parte interviniente.

### 3.3.1. LAS RECOMPENSAS PENALES: EXCUSAS ABSOLUTORIAS Y ATENUANTES

Sin duda, el sector del ordenamiento jur3dico con mayores ejemplos de incentivos a la delaci3n es el Derecho Penal, o si se prefiere, el Derecho Penal Premial. A lo largo del C3digo Penal se aprecian diversos ejemplos en los que se *premia* a aqu3l que denuncia ante las autoridades determinadas conductas delictivas en las que hubiese participado, y la respuesta a dicha delaci3n es su exenci3n de responsabilidad penal. Como ejemplos, v3anse la posibilidad establecida en el art.

---

<sup>30</sup> GALV3N RODR3GUEZ, E., *El Inquisidor General*, Dykinson, S.L., Madrid, 2010, p. 260, citado por GONZ3LEZ-CU3LLAR SERRANO, N., *Ecos de Inquisici3n*, Ediciones Jur3dicas Castillo de Luna, Madrid, 2014, p. 234 y ss.

171.3 CP de no acusar a la persona que hubiera cometido un delito leve y denunciara a quien le está amenazando con revelar tales hechos si no efectúa una determinada acción –generalmente, la entrega de una prestación económica<sup>31</sup>–; las distintas exenciones y atenuantes en materia de delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social que prevén los arts. 307.3 y 307.5, 307 ter 3, 308.5 y 308.7 en los casos de que el acusado regularice su situación fiscal o ante la Seguridad Social, y reintegre o devuelva las prestaciones y subvenciones indebidamente percibidas; la exención penal del art. 426 CP para el que, habiendo entregado ocasionalmente dinero o cualquier otra dádiva a un funcionario público solicitada por éste, denunciare el hecho a las autoridades antes de la apertura del procedimiento, y en un determinado periodo de tiempo; la exención del art. 462 CP para quien se retracta en tiempo y forma de haber prestado falso testimonio en un proceso penal y manifieste la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en dicho proceso; o la exención del art. 480 CP para quien evite un delito de rebelión si informase a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

Junto con la regulación de dichas excusas absolutorias, también son conocidos los tipos penales atenuados con “premio a la delación<sup>32</sup>” referidos a los delitos de organizaciones criminales, terrorismo y tráfico de drogas, con respecto a los cuales se prevén incentivos penitenciarios (art. 90.8 CP) y tipos penales privilegiados (v. gr., los arts. 376, 570 quater 4º y 579 bis 3º CP) con el objetivo de fomentar la desvinculación del arrepentido con la organización criminal mediante la rebaja de la pena en uno o dos grados si colabora y ayuda a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsa-

---

<sup>31</sup> Lo califican como cláusula procesal incluida en el Código Penal FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D., *El chantaje*, ed. PPU, Barcelona, 1995, pág. 125; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A., “Delitos contra la libertad y seguridad”, en *Derecho Penal español. Parte especial*, ed. Dykinson, Madrid, 1995, pág. 304; BARQUÍN SANZ, J. “Notas acerca del chantaje y de la cláusula de oportunidad en su persecución”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), vol. 4 (2002), edición online disponible en: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-01.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-01.html).

<sup>32</sup> DIAZ-MAROTO VILLAREJO, J., “Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»”, *Diario La Ley*, núm. 4132, de 27 de septiembre de 1996.

bles o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido. Este premio penológico a la delación ha estado presente a lo largo de las diversas Leyes Penales que nos encontramos en la historia española, en donde existen innumerables ejemplos en los que el suministro de información a las autoridades sobre los demás miembros de la sociedad secreta, logia, banda armada, cuadrilla de bandidos, etc., era recompensada, bien con la atenuación, bien con la remisión total de la pena<sup>33</sup>. Y lo cierto es que siempre ha sido una recompensa rechazada doctrinalmente al considerarse que “un tema cuya inmoralidad intrínseca, consistente en el fomento de la delación, no puede ni siquiera justificarse en el éxito de la investigación. El interés público no puede servir de cobertura para albergar cualquier actividad que repugna a la conciencia<sup>34</sup>”.

Pues bien, junto con esos tipos atenuados expresamente previstos para el arrepentido en los delitos de organizaciones criminales, terrorismo y tráfico de drogas, el Tribunal Supremo español ha expandido a cualquier delincuente arrepentido que colabore con la Justicia a través de la facilitación de información a las autoridades, el incentivo previsto en la atenuante analógica del apartado 7º del art. 21 CP, en relación con la de confesión del apartado 4º, por considerar que deben fomentarse, bajo fundamentos de política criminal referidos a la utilidad de las investigaciones, aquellas actitudes de colaboración útil en la investigación de los hechos en función de su utilidad para facilitar la investigación, ayudar al esclarecimiento de los hechos investigados y, en suma, ahorrar costes a las Administración de Justicia, pues el auxilio ofrecido a la Justicia ahorraría también la ejecución de la responsabilidad civil<sup>35</sup>, más allá de los supuestos expresamente previstos en materia de terrorismo y tráfico de drogas. Hace ya tiempo que el Tribunal Supremo modificó

---

<sup>33</sup> Como estudio específico relativo a la dimensión penal de la colaboración del terrorista arrepentido, vid. CUERDA-ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, p. 28 y ss.

<sup>34</sup> Por resumir, citamos la opinión del Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura al Anteproyecto de Código Penal de 1992, publicado en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 47, 1992, p. 309 y ss.

<sup>35</sup> Vid. SSTS, Sala de lo Penal, de 21 de octubre de 2003 y de 7 de febrero de 2005.

puso de manifiesto la necesidad de superar la concepción de la atenuación basada en motivaciones pietistas o de arrepentimiento y atender a razones de política criminal, pues la confesión ahorra esfuerzos de investigación y facilita la instrucción de la causa criminal<sup>36</sup>. En este sentido, son muy ejemplificativas las afirmaciones de la STS 516/2013, de 20 de junio de 2013: “la razón de la misma [la rebaja de la pena por colaboración activa] no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito. En las atenuantes ‘ex post facto’ el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia en el concreto supuesto del art. 21.4 CP, pero en todo caso debe seguir exigiéndose una cooperación eficaz, seria y relevante aportando a la investigación datos especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados (...). Esta atenuante analógica se fundamenta en una cooperación del acusado con la autoridad judicial tras la detención de aquél en orden al más completo esclarecimiento de los hechos investigados, reveladora de una voluntad de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarresten la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer la infracción”.

### 3.3.2. LAS RECOMPENSAS PROCESALES

La aplicación al delincuente arrepentido de las excusas absolutorias o tipos atenuados expresamente previstos en ese Derecho Penal Premial, incluida la atenuante analógica de colaboración con la Justicia, requiere en todo caso de la celebración de un proceso penal y del dictado de una sentencia (aunque sea de conformidad). Sin embargo, y como quiera que la colaboración del acusado interesa fomentarla desde los inicios de la investigación judicial o policial como acicate para la obtención de nuevas pruebas, comienza a percibirse que el mejor premio a conceder al delator no es únicamente de tipo sustantivo (la atenuación de la pena, o bien su exención de responsabilidad penal) sino que también es de índole

---

<sup>36</sup> Vid. SSTS, Sala de lo Penal, de 23 de junio de 2004, 5 de octubre de 2010 y 18 de febrero de 2014.

procesal, y se traduce, de una parte, en la adopción de medidas procesales de protección durante o después del proceso penal en el que el delator testifica incriminando a terceros, y de otra parte, en la clara rebaja de la acusación planteada por el acusador oficial (Ministerio Fiscal), así como en el levantamiento o minoración de las medidas cautelares adoptadas contra el coimputado que colabora eficazmente con la Justicia.

Estos incentivos procesales al delator durante la fase de investigación criminal dan lugar a que se avance desde lo puramente penal a lo procesal, pues dicha colaboración persigue mejorar la eficacia estatal en la adquisición de pruebas procesales<sup>37</sup>, y todo ello sin necesidad de una reforma legal explícita que incorpore concretos tipos atenuados o eximentes penales. Basta con una interpretación “dulcificada” de los requisitos y presupuestos procesales para el ejercicio de la acusación o para la adopción o modificación de las medidas de investigación y medidas cautelares que puedan adoptarse contra el investigado en función de su grado de colaboración. Por ello nos encontramos ante una evolución jurisprudencial sin reforma legal que lo sustente, en donde los tribunales han potenciado esta visión pragmática del proceso para obtener información por parte del “colaborador” (obsérvese como el uso de expresiones más neutras como “colaborador con la Justicia” o “informante” persigue también ese objetivo de minorar la visión despectiva de términos tales como chivato, soplón o traidor) a cambio de beneficios procesales, entre los que podemos destacar dos ejemplos reales concretos:

En primer lugar, el levantamiento de la medida cautelar de prisión provisional. En el famoso “*caso Malaya*” (una macrocausa de corrupción y blanqueo de capitales) el Juez Instructor de la causa declaró en uno de sus Autos judiciales sobre la puesta en libertad de un investigado que “No olvidemos que la colaboración con la justicia es una actitud procesal a la que la Ley atribuye beneficios de esta índole<sup>38</sup>”. Y en

---

<sup>37</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR I. F., *El colaborador con la Justicia. Aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del «arrepentido»*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 35.

<sup>38</sup> Citado por GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Halcones y Palomas: la persecución penal de la corrupción y de la delincuencia económica”, en VV.AA., *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 537.

la llamada “operación Púnica” también el Juez Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional acordó reformar la prisión provisional del acusado (de prisión provisional incondicional se pasó a una libertad bajo fianza de 100.000 euros) ante “la colaboración eficaz y de forma positiva con la investigación, admitiendo los hechos, aportando evidencias documentales incriminatorias y auxiliando al juzgado en la recuperación de activos de origen delictivo, lo cual redundo en una reducción de los riesgos de alteración y destrucción de pruebas”.

En segundo lugar, la suavización de las medidas cautelares adoptadas durante la fase instructora contra el acusado-delator que se presta a colaborar con las autoridades también se ha traducido, en la práctica, en la denegación de la extradición pasiva de aquel sujeto que, siendo reclamada su entrega a las autoridades extranjeras en virtud de una Orden Internacional de Detención con fines de extradición, llevara a cabo una importante labor colaboradora con las autoridades españolas en la lucha contra el crimen organizado, tal y como aconteció con el señor Hervé Falciani y la denegación de su extradición a Suiza por inexistencia de doble incriminación<sup>39</sup>. Aunque el *thema decidendi* de la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para denegar la extradición fuera la falta de concurrencia de la doble incriminación de las conductas penales atribuidas al Sr. Falciani (la sustracción de información, violación del secreto comercial, violación de secreto bancario y delito de espionaje económico), interesa destacar como la Audiencia Nacional valoró expresamente la actitud colaboradora del sr. Falciani con las autoridades españolas a la hora de examinar la posible responsabilidad penal de aquel por un posible delito de revelación de secretos, infidelidad en la custodia de documentos, etc., así como la inexistencia de móviles espurios o bastardos en dicha actitud colaboracionista (la entrega de información a cambio de dinero), rechazando que tales extremos hayan quedado acreditados en la causa. Es decir, la existencia de tales motivos sería también valorable a la hora de determinar si ha existido o no colaboración con la justicia merecedora de un trato procesal más favorable.

---

<sup>39</sup> Véase el Auto núm. 19/2013, de 8 de mayo, de la Sala de lo Penal (secc. 2ª) de la Audiencia Nacional.

Por último, y específicamente referido al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también se ha defendido que los estímulos procesales serían más eficaces que los estímulos penales, sobre todo cuando se pretende la colaboración efectiva por parte de una persona jurídica, pues su sometimiento a un proceso penal es ya de por sí un hecho negativo que, más allá de costes reputacionales, puede llegar a afectar al desarrollo de su actividad (precinto y clausura de locales, embargo de cuentas bancarias, interrogatorio de directivos y adopción de prisión provisional en su contra, intervención judicial de la empresa, etc.) e implicar la pérdida de negocios, de modo que se ha reclamado que la debida colaboración eficaz de la persona jurídica encausada durante la fase de investigación sea valorada positivamente a la hora de acordar medidas cautelares y diligencias de investigación<sup>40</sup>. En este sentido, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado señala expresamente que “(...) la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia”, de modo que ese argumento también servirá a la Fiscalía, más allá de solicitar la aplicación o no de la atenuante, para solicitar la no adopción de medidas cautelares contra la persona jurídica objeto de investigación.

### **3.4. LA RETIRADA O SUSPENSIÓN DE LA ACUSACIÓN POR COLABORACIÓN CON LA JUSTICIA**

La actual configuración del sistema acusatorio penal en España impide la retirada de la acusación o la suspensión de la misma ante la constatación de un hecho delictivo, de modo que al acusador público le está vedado solicitar el sobreseimiento de la causa. Sin embargo, todo apunta a que el futuro proceso penal español incorporará como supuesto

---

<sup>40</sup> NIETO MARTÍN, A., en VV.AA., *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 93 y 260.

de suspensión o retirada de la acusación, la colaboración eficaz con las autoridades, y ello a través de una potenciación del principio de oportunidad basado en motivos de interés público.

Lo llamativo de estas propuestas “*lege ferenda*” es que dicha suerte de inmunidad procesal para el delator que se preste a colaborar con la Justicia no sería novedosa en España, pues ya en la Pragmática de Felipe IV de 6 de julio de 1663<sup>41</sup> se preveía que “si el que entregare alguno de los dichos bandidos no hubiere cometido delito, queremos, que si el dicho bandido fuera cabeza de cuadrilla o tropa se le conceda indulto para dos delinquentes y si no fuere cabeza de cuadrilla se le conceda el indulto para un delincente, como no sea de los salteadores bandidos, ni haya cometido alguno de los tres crímenes exceptuados (herejía, de lesa Majestad y de moneda falsa)”. Y hasta la reforma del Código Penal de 1988, las diversas Leyes Penales españolas preveían la remisión total de la pena como premio al suministro de información a las autoridades sobre los demás miembros de la sociedad secreta, logia, banda armada, cuadrilla de bandidos, etc<sup>42</sup>. De modo que lo que ahora se discute doctrinalmente en España sería, por tanto, la posibilidad o no de reintroducir en nuestra regulación la figura conocida como el “Testigo de la Corona” utilizado en aquellos ordenamientos en los que el ejercicio de la acción penal se encuentra atribuida exclusivamente a un órgano estatal (Ministerio Público) y rige el principio de oportunidad.

Este premio procesal al chivato arrepentido se viene usando en el proceso penal de tipo anglosajón ya desde el siglo XIV – a través del mecanismo que se denominaba *approvement* o *turning King’s evidence* y que establecía la posibilidad de acordar el archivo de la causa para aquel acusado que confesare los hechos e inculpara, aportando suficientes pruebas, al resto de partícipes, siempre que aquellos fueran finalmente condenados<sup>43</sup>. Además de seguir vigente en muchos países del *Common Law*, también se han articulado distintos modelos de inmunidad procesal actualmente en vigor en diversos países de Latinoamérica, en don-

---

<sup>41</sup> Citada por CUERDA-ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena...*, op. cit., p. 32.

<sup>42</sup> CUERDA-ARNAU, M. L., ídem, p. 28 y ss.

<sup>43</sup> Vid. MUSSON, A. J., ‘Turning King’s Evidence: The Prosecution of Crime in Late Medieval England’, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, 1999, pp. 467-480.

de se permite acordar la inmunidad procesal para aquel miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, cuando no exista averiguación previa en su contra (México y Perú); la posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en aplicación del principio de oportunidad, cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada, o cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes (Colombia); o las diversas medidas premiales de reducción y de exención de la responsabilidad penal para quien colabore eficazmente con la Justicia (Brasil).

La posibilidad de llegar a permitir en España la retirada de la acusación contra el colaborador con la Justicia ha sido fuertemente criticada por algún sector doctrinal, por considerar que la exención total de la pena a favor del delator colaborador con la Justicia sería casi equiparable a un indulto judicial<sup>44</sup>, y supondría un beneficio desmedido a favor del inculcado pues significaría el perdón del inculcado por los hechos delictivos por él cometidos<sup>45</sup>. Para este sector crítico, significaría dar por buena la premisa de que el Estado es incapaz de desempeñar una lucha eficaz contra la delincuencia organizada, de modo que la generalización de medidas previstas en su día con carácter excepcional en la lucha antiterrorista podrían generar intromisiones policiales “intolerables” en el proceso penal<sup>46</sup>, porque esos incentivos deberían tener un ámbito temporal y excepcional, y no, como parece, con vocación de permanencia, pues sería más aconsejable, en tales casos, la vía del indulto<sup>47</sup>.

Otros han llegado más lejos, al estimar que la introducción de supuestos de acusación “negociada” en el proceso penal podría dar lugar

---

<sup>44</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *El colaborador con la justicia...*, op. cit., p. 192.

<sup>45</sup> SOTO RODRÍGUEZ, M. L., “El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 7856, de 11 de mayo de 2012.

<sup>46</sup> SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R., *Emergencia y crisis del Estado social: análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, ed. PPU, Barcelona, 1988, p. 208.

<sup>47</sup> DIAZ-MAROTO VILLAREJO, J., “Algunos aspectos...”, op. cit., p. 1465.

a que los interrogatorios durante la fase de investigación se conviertan en un método inquisitorial de obtención de pruebas<sup>48</sup> y favorecer conductas del acusador en donde su primer escrito de acusación ya no fuera el resultado de la precisa valoración de los hechos y del resultado de la actividad probatoria a desarrollar en el plenario, sino más bien “una mera declaración de intenciones en la que asistiremos a un artificioso agravamiento de las consecuencias penales, más allá de lo que el propio acusador considera una solución justa”, que incluso “podría dar pie a que intimidara al acusado con la posibilidad de ampliar la acusación a terceras personas vinculadas sentimentalmente con él o con posicionarse en contra de sus intereses en la obtención de determinados beneficios” si el acusado no se aviene a colaborar en el descubrimiento de los hechos, de modo que el Fiscal podría convertirse así en el dominador del proceso penal y, en consecuencia, de la eventual aplicación del *ius puniendi* del Estado, actuando *supra voluntas legislatorem*, como si de un legislador negativo se tratara<sup>49</sup>.

También se ha criticado su carácter desigualitario, porque al premiar la colaboración para el descubrimiento de tramas delictivas, podrían beneficiarse de ellas en mayor medida los integrantes de los niveles superiores de la organización, que tienen mayor información que ofrecer, frente a los subordinados. Esto es, se premiaría más al que más sabe, y por tanto, al más culpable, esto es, a quien tendría que imputársele una mayor responsabilidad penal<sup>50</sup>. Quizás por ello, algunos ordenamientos jurídicos excluyen expresamente de este “perdón judicial” a los cabecillas o líderes de las tramas criminales.

Y en último término, y quizá la crítica más importante a la introducción de supuestos de acusación “negociada” en el proceso penal, sea el temor a volver a tiempos en los que los interrogatorios durante la fase de investigación se conviertan en un método inquisitorial de obtención de pruebas<sup>51</sup> y a los posibles abusos que dicho amplio margen de

---

<sup>48</sup> LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 348.

<sup>49</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al ministerio fiscal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2008, núm. 14, p. 211.

<sup>50</sup> SOTO RODRÍGUEZ, M., “El arrepentimiento...”, op. Cit.

<sup>51</sup> LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico...*, op. cit., p. 348.

discrecionalidad a conceder al Ministerio Fiscal podrían producirse en la práctica. Esas facultades de archivo por motivos de oportunidad podría dañar la igualdad de las partes, en cuanto dicha negociación puede conducir al imputado a una “mala” suerte de coacción, pues mientras para el Ministerio Fiscal la negociación es un caso más, para el acusado es el momento en que se decide su futuro, de modo que no es posible hablar aquí de la igualdad de las partes contratantes en una negociación contractual privada tradicional, sino que al hablar de negociación procesal es hacer uso de un eufemismo tras el cual se halla, en la mayoría de las veces, un “lo tomas o mayor pena<sup>52</sup>”.

A pesar de tales críticas, las reformas legislativas aprobadas, así como las proyectadas en España, ahondan en ese camino hacia una mayor potenciación de las facultades del acusador público para negociar la pena solicitada, suspender la acusación, o directamente proponer el archivo de la causa por motivos de oportunidad. Como muestra, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, ha venido fijar aún con mayor claridad esa política criminal del legislador referida a introducir criterios de oportunidad en la persecución y enjuiciamiento de los delitos leves (la denominada delincuencia de bagatela, o en palabras del legislador, “conductas de escasísima gravedad<sup>53</sup>”) como instrumento para agilizar la Justicia Penal basado en criterios tan utilitaristas o pragmáticos como la propia economicidad del proceso, esto es, cuando la escasa gravedad de la acción o la ausencia de un verdadero interés público en su persecución no justifiquen la apertura de un proceso penal.

En el mismo sentido, las propuestas legislativas de reforma de la LECrim tanto en 2011 como en 2013 apostaban por incluir manifestaciones del principio de oportunidad procesal para incentivar la colaboración de determinados sujetos en la investigación y desbaratamiento de las redes de criminalidad organizada (es decir, no sólo frente a los delitos

---

<sup>52</sup> SANTANA VEGA, D. M., “Principio de oportunidad y sistema penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, 1994, p. 125.

<sup>53</sup> Vid. la Exposición de Motivos de la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. (BOE núm.77, de 31 de marzo de 2015).

bagatela). En concreto, la propuesta de reforma de la LECrim presentada en 2011 ya incorporaba determinadas modalidades de oportunidad, entre las cuales se preveía el archivo del procedimiento “por colaboración activa contra una organización criminal” (art. 153), aunque sólo para delitos cometidos en el seno de una organización criminal y castigados con penas de hasta seis años de prisión, y siempre que el colaborador cumpliera una serie de requisitos legalmente previstos. Y la propuesta de Código Procesal Penal de 2013 ampliaba tales límites, al instaurar con carácter general en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad, en virtud de criterios legalmente previstos, entre los que se incluía el supuesto en que el autor o participe en el hecho punible perteneciera a una organización o grupo criminal y fuera el primero de los responsables en confesar el delito, y siempre que prestase una plena colaboración con la Administración de Justicia y la misma fuera considerada de suficiente relevancia a criterio del Fiscal General del Estado (art. 91.4 CPP), de un modo similar a lo previsto en el § 153e StPO en los casos de arrepentimiento activo y colaboración del autor el hecho punible<sup>54</sup>.

Como vemos, esa posibilidad de no acusar a quien sea el primero en confesar el delito y colaborar eficazmente con las autoridades no sería sino la introducción en el Proceso Penal de los “Programas de clemencia” ya incorporados en el ámbito administrativo sancionador del Derecho de la Competencia desde 2007, cuya eficacia depende, en gran medida, de los incentivos que tengan los posibles solicitantes para presentar solicitudes de exención y/o reducción de la posible multa<sup>55</sup>. Y a ello debemos añadir la corriente legislativa actual a nivel internacional que aboga, no sólo por la incorporación de medidas de protección a los colaboradores con la justicia que tienen además la condición de imputados en el proce-

---

<sup>54</sup> A favor del sobreseimiento de la causa por motivos de oportunidad basados en la colaboración eficaz del delator, GIMENO SENDRA (“Corrupción y propuestas de reforma”, *Diario La Ley*, nº 7990, de 26 de diciembre de 2012 y “El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley* nº 8746, de 21 de abril de 2016). En contra, vid. CUADRADO SALINAS, C., “La suspensión condicional de la acción penal: luces y sombras del borrador de código procesal penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 35, 2015.

<sup>55</sup> GUZMÁN ZAPATER, C., “el ‘programa de clemencia’ en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-188, 31-07-2012.

so, sino también a través de la regulación de la atenuación de la pena en casos de cooperación sustancial, e incluso a la inmunidad judicial como fórmula válida para promocionar la cooperación con la Justicia de personas que participen o hayan participado en la comisión de delitos, tal y como se prevé en el art. 26.3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional o en los arts. 33 y 37 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

## CONCLUSIONES

La posibilidad de establecer importantes beneficios a los que pueda acceder el miembro de la trama corrupta que se preste para colaborar con la autoridad en la persecución de otros miembros de la organización significa conceder al Ministerio Público – como transmisor en el proceso penal de la política criminal que quiera fijar el gobierno - un importante margen de discrecionalidad para renunciar a la persecución de dichas personas por ciertos delitos, o someter su decisión de sobreseimiento al cumplimiento de determinadas condiciones, como instrumento de política criminal bajo la pragmática decisión de obtener información potencialmente relevante para identificar a otros autores del delito y, particularmente, para desintegrar las organizaciones criminales a las que el investigado arrepentido hubiere pertenecido o con las que hubiere colaborado.

Pero también hay que reconocer que esta solución pragmática, que puede ser abordada desde el plano material penal (reducción o completa exención de responsabilidad penal) o desde el plano procesal (inmunidad procesal del delincuente colaborador con la Justicia o suspensión temporal y condicionada de la acusación en su contra), chirría con los tradicionales fines de la pena y podría no ser comprendida por la Sociedad, que vería como el sujeto infractor no sólo no es severamente castigado por sus delitos, sino incluso recompensado por su actuación colaboradora con las autoridades estatales.

No obstante, y frente a las citadas críticas en contra de la incorporación de estas teorías utilitaristas al proceso penal español, es preciso recordar que actualmente, y sin necesidad de introducir reforma alguna en nuestro sistema, la vigencia de la doctrina según la cual el juicio

oral por determinados delitos sólo puede ser instado por la Fiscalía, y en su caso, por la acusación particular si la hubiere (las célebres *doctrina Botín* y *doctrina Atutxa* de nuestro Tribunal Supremo), unida a los amplios márgenes con los que el Ministerio Público puede pactar una sentencia de conformidad con el acusado, ya permite al Estado utilizar tales posibilidades como instrumentos para obtener una mayor colaboración del acusado a cambio de esa “dulcificación” de la pena a imponer.

Es evidente que estas opciones premiales a favor de quien aporte información durante el proceso penal, bien mediante la aprobación de adecuadas medidas de protección, pero sobre todo cuando se trata de importantes beneficios penales y procesales para el delincuente arrepentido, plantean también dilemas de tipo moral, pues ¿hasta qué punto debemos recompensar con una zanahoria a quien ha cometido un delito?

Pero ante dicha postura cabe argumentar igualmente que, si se estima que la sanción a una conducta negativa (la comisión del delito) puede ser penalmente minorada si el infractor realiza una conducta positiva y en sentido contrario (v. gr., la reparación del daño o la confesión de los hechos), de igual modo cabría admitirse que dicha conducta negativa puede ser reconducida a través de instrumentos procesales (por ej., mediante la decisión de no acusar por determinados hechos delictivos leves, la retirada de la acusación cuando exista una colaboración eficaz, o la suspensión de la misma condicionada a determinados cumplimientos), cuando el acusado lleve a cabo una determinada conducta de signo positivo que redunde en un beneficio, no sólo para la víctima, sino también para el propio Estado. Si la reparación del daño tiene como beneficiario directo a la víctima de los hechos, la colaboración en la desarticulación de la trama organizada y la captura de los responsables tiene como beneficiario a la propia Administración de Justicia, que tendrá que dedicar menos recursos a la investigación y persecución de esas conductas y podrá utilizar los escasos y preciados medios materiales y personales con los que cuenta para otras investigaciones aún por descubrir.

Es más, consideramos que los incentivos procesales dirigidos para promocionar dicha colaboración pueden ser más efectivos que los beneficios penales. Primero, porque su campo de acción es mucho más amplio, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva. Desde el plano objetivo, porque más allá de su expresa regulación penal a través

de concretos tipos atenuados como sucede en los casos de terrorismo y tráfico de drogas, se podrá emplear para combatir aquella criminalidad caracterizada por su opacidad y dificultad para acceder a la información (crimen organizado, corrupción política, fraudes societarios y delincuencia económico-empresarial, etc.). Y desde el plano subjetivo, al dirigirse no sólo a los partícipes de la trama delictiva –los denominados *arrepentidos*–, sino a cualquier ciudadano, empleado, funcionario, etc., con información muy atractiva para las autoridades –los que, bajo la genérica denominación de soplones o delatores, en el proceso penal reciben diversos estatus o calificativos como “denunciantes anónimos”, “confidentes”, “testigos protegidos”, etc.-. Y segundo, porque la promoción de la delación a través de la retirada, archivo, suspensión o transacción con la acusación penal en la propia fase de investigación permitirá, en palabras de Gimeno Sendra, la simplificación y una mejor aplicación del *ius puniendi*, al resultar antieconómico e ineficaz la instauración de todo un proceso penal hasta la obtención de una sentencia firme para poder beneficiar al arrepentido<sup>56</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., “Algunas reflexiones sobre la política anticorrupción en la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 7989, de 21 de diciembre de 2012.

BARQUÍN SANZ, J. “Notas acerca del chantaje y de la cláusula de oportunidad en su persecución”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), vol. 4 (2002), edición online disponible en: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-01.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-01.html).

BENÍTEZ ORTÚZAR I. F., *El colaborador con la Justicia. Aspectos sustantivos procesales y penitenciarios derivados de la conducta del «arrepentido»*, Madrid, Dykinson, 2004.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al ministerio fiscal”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2008, núm. 14.

CASTRO CAMERO, R., *El crimen maiestatis a la luz del senatus consultum de Cn. Pisone Patre*, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.

---

<sup>56</sup> GIMENO SENDRA, V., “El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley* nº 8746, de 21 de abril de 2016.

CATTAN ATALA, A., LOYOLA NOVOA, H., “Los delatores”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 14 (1991).

CUADRADO SALINAS, C., “La suspensión condicional de la acción penal: luces y sombras del borrador de código procesal penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 35, 2015.

CUBILLO LÓPEZ, I. J., *La protección de testigos en el proceso penal*, ed. Thomson Reuters, Madrid, 2009.

CUERDA-ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1995.

DE MOSCOSO Y SANDOVAL, B., *Constituciones Sinodales del obispado de Jaén*. Sínodo diocesana que se celebró en la ciudad de Jaén en 1624. Segunda impresión, Jaén, 1787.

DIAZ-MAROTO VILLAREJO, J., “Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del «arrepentido»”, *Diario La Ley*, núm. 4132, de 27 de septiembre de 1996.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D., *El chantaje*, ed. PPU, Barcelona, 1995.

GARCÍA CAMIÑAS, J., *Delator, una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*, Santiago de Compostela, 1983. Vid. también Ídem, “Deferre ad aerarium”, *AFDUDC*, núm. 10, 2006.

GIMENO SENDRA, V., “El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley* nº 8746, de 21 de abril de 2016.

GIMENO SENDRA, V., “Corrupción y propuestas de reforma”, *Diario La Ley*, nº 7990, de 26 de diciembre de 2012.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Ecos de Inquisición*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2014.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Halcones y Palomas: la persecución penal de la corrupción y de la delincuencia económica”, en VV.AA., *Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica*, ediciones jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

GUERRERO, M., “El praemium civitatis en la lex Acilia repetundarum: ¿incentivo para reprimir el abuso de poder?”, *Rivista Internazionale di Science Giuridiche e Tradizione Romana*, nr. 12, 2014. Versión online disponible en la página web: <http://www.dirittoestoria.it/12/tradizione-romana/Guerrero-Praemium-civitatis-lex-Acilia.htm>.

GUZMÁN ZAPATER, C., “el ‘programa de clemencia’ en el sistema español de defensa de la competencia: una visión práctica”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-188, 31-07-2012.

LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

MUSSON, A. J., “Turning King’s Evidence: The Prosecution of Crime in Late Medieval England”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, 1999.

NIETO MARTÍN, A., en VV.AA., *Manual de cumplimiento penal de la empresa*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ORTIZ PRADILLO, J. C., “El difícil encaje del delator en el proceso penal” en el *Diario La Ley*, núm. 5860, de 12 de junio de 2015.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A., “Delitos contra la libertad y seguridad”, en *Derecho Penal español. Parte especial*, ed. Dykinson, Madrid, 1995.

RUBIO EIRE, J. V., “La posible inviabilidad de una denuncia anónima o fundada en fuentes no verificables como elemento precursor de una instrucción penal”. Documento online disponible en la página web:[http://www.elderecho.com/penal/inviabilidad-verificables-elemento-precursor-instruccion\\_11\\_560680001.html](http://www.elderecho.com/penal/inviabilidad-verificables-elemento-precursor-instruccion_11_560680001.html). Fecha de consulta: 12 de mayo de 2015.

RUIZ VADILLO, E., “La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor”, *Eguzkilore*, núm. Extra 1999.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “El coimputado que colabora con la Justicia penal (con atención a las Reformas introducidas en la Regulación españolas por las leyes 7 y 15/2003)”, *Revista electrónica de Ciencias penales*, núm. 7, 2005 (versión online disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/>).

SANTANA VEGA, D. M., “Principio de oportunidad y sistema penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, 1994.

SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J. R., *Emergencia y crisis del Estado social: análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, ed. PPU, Barcelona, 1988.

SOTO RODRÍGUEZ, M. L., “El arrepentimiento en el delito de tráfico de drogas. Artículo 376 del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 7856, de 11 de mayo de 2012.

VELASCO NÚÑEZ, E., “El confidente”, *La Ley*, 1993.

VV.AA., Informe de la Asociación Profesional de la Magistratura al Anteproyecto de Código Penal de 1992, publicado en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 47, 1992.

## DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 20/12/2016
  - Controle preliminar e verificação de plágio: 20/12/2016
  - Avaliação 1: 03/01/2017
  - Avaliação 2: 09/01/2017
  - Avaliação 3: 14/01/2017
  - Decisão editorial preliminar: 16/01/2017
  - Retorno rodada de correções 1: 20/01/2017
  - Decisão editorial final: 20/01/2017
- Equipe editorial envolvida**
  - Editor-chefe: 1 (VGV)
  - Editora-associada: 1 (SRM)
  - Revisores: 3

## COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ORTIZ, Juan Carlos. La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 39-70, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.38>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

# Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante?

*Negotiated crime solutions in portuguese law:  
a nowadays reality in a far-away galaxy?*

**André Ferreira de Oliveira<sup>1</sup>**

Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra (PT)

andreferreiradoliveira@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/6854410001661639>

 <http://orcid.org/0000-0001-7337-7114>

---

**RESUMO:** As ideias de consenso e celeridade processual enformam os Direitos processuais penais dos países democráticos cada vez com maior preminência. Soluções de Justiça criminal negociada têm-se multiplicado nos anos mais recentes, colocando uma ampla gama de desafios à pura e tradicional doutrina processualista pura, aos tradicionais direitos dos intervenientes processuais, questionando-se se a profusão da criminalidade (cada vez mais) organizada e os métodos tecnológicos e transnacionais do *iter criminis* não alteraram o centro da dialética tensão administração eficiente da Justiça/direitos dos Arguidos. Portugal não é exceção: sem um enquadramento legislativo consagrando expressamente um sistema de colaboração premiada, mister é questionar se o Código do Processo Penal admite ou poderá admitir soluções negociadas de Justiça criminal; analisaremos algumas soluções de consensualismo legalmente consagradas, sem deixar de lado a análise da dogmática e jurisprudência lusas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça Penal negociada; Processo Penal português; Consenso.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito, Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Mestre em Direito, Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Especializado em Direito Penal, Económico Internacional e Europeu pelo Instituto de Direito Penal, Económico e Europeu.

**ABSTRACT:** *The ideas of procedural consensus and celerity increasingly shape the Criminal Procedural Law of Democratic countries. Negotiated criminal justice solutions have been multiplying in the last years, posing a multiplicity of challenges to the pure and traditional procedural doctrine, to the rights traditionally assured to the procedural actors, being important to question if the (even more) organized criminality and the transnational and technological methods of crime did not shift the center of the confrontation between the efficient administration of justice and the rights of the accused. The Portuguese Republic is no exception: without a legislative framework explicitly guarantying a way to benefit those who collaborate with Justice, one must first question if the Criminal Procedural Code allows or may allow criminal Justice negotiated solutions; we will analyze some foreseen legal solutions of consensualism, not forgetting the Portuguese doctrine and courts decisions.*

**KEYWORDS:** *Negotiated Criminal Justice; Portuguese Criminal Procedure Law; Consensus.*

---

## INTRODUÇÃO

No início de Outubro de 2016 a Ministra da Justiça portuguesa afirmou que “o debate sobre a justiça negociada é importante e possível no que respeita à criminalidade grave que tem muitas vezes reflexos a nível da economia nacional”.<sup>2</sup>

As declarações levantaram uma onda de choque no universo jurídico português: se juízes e procuradores de processos mediáticos se apressaram a louvar as vantagens de soluções de colaboração premiada, mobilizando o exemplo do processo brasileiro apelidado de Lava-Jato, a advocacia portuguesa mostrou-se discordante - a Bastonária da Ordem dos Advogados, recordou que “as investigações são feitas à base de confissões e escutas. Temo que se essa lei for para a frente, se passe a investigar com base em confissões e delações”<sup>3</sup> e o advogado José António

---

<sup>2</sup> Jornal I, edição de 03/10/2016. Disponível em: <<http://online.sapo.pt/525543>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

<sup>3</sup> Jornal Expresso, edição de 03/10/2016. Disponível em: <<http://expresso.sapo.pt/dossies/diario/2016-10-03-Advogados-contra-delacao-premiada>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

Barreiros lembrou que “o processo equitativo presume que as pessoas agem com total liberdade, mas quem está a negociar a delação premiada está a fazê-lo sob pressão”.<sup>4</sup>

Parecendo-nos que a recusa em tratar esta importante temática é uma injustificada posição de princípio, pretende ser o presente trabalho um contributo, ainda que modesto, para (re)lançar a discussão da temática em Portugal. Para tanto faremos uma análise não apenas doutrinal mas também legislativa e jurisprudencial, aquilatando quais as linhas de ação e as linhas de pensamento presentes em alguns atores da justiça penal portuguesa.

## 1. QUADRO JURÍDICO-CRIMINAL

Quando falamos de soluções negociadas de Justiça penal dois valores imediatamente assomam: consenso e celeridade. O Estado de Direito Democrático [artigos 2º e 9º b) da Constituição da República Portuguesa - doravante CRP] deve garantir a efetivação dos “direitos e liberdades fundamentais”; perante a sua violação, cabe ao Estado exercer a Justiça, protegendo bens jurídicos e reintegrando o agente na sociedade (artigo 40º nº 1 do Código Penal - doravante CP) - e fazê-lo de forma célere, artigo 32º nº 2, parte final, CRP e artigo 5º nº 4 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Manuel da Costa Andrade refere que o “processo penal assent(a) na tensão dialética: entre espaços naturalmente predispostos para soluções de consenso; e outros em que as soluções do conflito não conhecem alternativa”; para o Autor não se pode o consenso limitar a uma “mera disponibilidade para se aceitar uma solução sugerida e elaborada pelas instâncias de controlo e proposta à adesão pura e simples”<sup>5</sup>.

José de Faria Costa, para quem existe uma “equivalência conceitual entre diversão e desjudiciarização”, apenas poderão ser admitidas

---

<sup>4</sup> Jornal PÚBLICO, edição de 09/10/2016, *apud* Ordem dos Advogados Portugueses. Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2016/10/09/delacao-premiada-pode-violar-convencao-europeia-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 13 dez. 2016

<sup>5</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade, p. 334-336.

soluções de diversão “antes da determinação ou declaração da culpa, ou antes da determinação da pena” nas quais o infrator voluntariamente participe “em uma qualquer forma de programa extra-penal”; admite apenas estas soluções “quando (...) se maximize a liberdade e a dignidade humanas e se colime a reconciliação do infrator com a vítima e a sociedade”<sup>6</sup>.

Pretendendo a sociedade um sistema de administração de Justiça eficaz, para tanto não basta serem as decisões conformes ao Direito, terão também que ser céleres; a celeridade pode ser vista de um prisma horizontal, na qual se inserem as soluções negociadas de Justiça, devolvendo “o conflito às pessoas” para que o resolvam, ou de um prisma vertical, com soluções processuais de justiça “expedita”, encurtando “tempos de resposta ao conflito, suprimindo fases”<sup>7</sup>.

Como bem assinalado por Anabela Miranda Rodrigues<sup>8</sup>, “a justiça negociada (...) reforça a ordem jurídica estadual. Tornando mais consensual, mais rápida e mais eficaz a reação social, reforça a sua função simbólica”<sup>9</sup>.

A promoção de soluções negociadas de justiça penal não é uma novidade: a este título podemos assinalar a Resolução nº R (87) 18, 17 Setembro, do Conselho de Ministros do Conselho da Europa<sup>10</sup> e a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 45/110, de 14/12/1990 (Regras de Tóquio)<sup>11</sup>; sobretudo o primeiro dos diplomas, no Ponto II, insta os Estados a rever as suas legislações penais para permitir acordos que dispensem a realização de julgamentos, sugerindo ademais instituir procedimentos simplificados.

---

<sup>6</sup> COSTA, José de Faria. Diversão (desjudiciarização) e mediação, p. 93, 94 e 153.

<sup>7</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal, p. 234.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 236.

<sup>9</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal, p. 236.

<sup>10</sup> Conselho da Europa, sobretudo o Ponto II, alíneas b) e c). Disponível em: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Rec\(87\)18&Sector=sec-CM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Rec(87)18&Sector=sec-CM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6&direct=true)>. Acesso em: 13 dez. 2016.

<sup>11</sup> Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Ponto 5.1. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuni-versais/dhaj-NOVO-regrastoquio.html>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

Merece também menção a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo)<sup>12</sup>, de 15/11/2001, cujo artigo 26º prevê medidas para reforçar a cooperação de arguidos com autoridades judiciárias<sup>13</sup>.

Fora do sistema punitivo formalizado estadual, o legislador português consagrou soluções de justiça restaurativa: na sequência da Decisão-Quadro 2001/220/JAI<sup>14</sup> do Conselho, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, foi criado o regime de “mediação penal” pela Lei 21/2007, 12 de Junho. O artigo 2º nº 1 exclui a possibilidade de mediação penal em crimes públicos<sup>15</sup> - passível de crítica, porquanto assente numa visão petrificada do domínio estatal e relevo supremo dos bens jurídicos ligados ao Estado; o nº 3 exclui a aplicabilidade da mediação penal [entre outros crimes, como o “peculato, corrupção ou tráfico de influência”, crimes contra “a liberdade e a autodeterminação sexual, alíneas c) e b)] a crimes que prevejam “pena de prisão superior a 5 anos” [alínea a)], o que permite o enquadramento (formal) de crimes (base), mas exclui a aplicabilidade da solução em muitas das suas

---

<sup>12</sup> Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1710>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

<sup>13</sup> “1. Cada Estado Parte adoptará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou actividades dos grupos criminosos organizados; ii) As ligações, incluindo à escala internacional, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infracções que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestar ajuda efectiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou dos produtos do crime.

<sup>14</sup> Cujo artigo 10º nº 1 estatui que “Cada Estado-Membro esforça-se por promover a mediação nos processos penais relativos a infracções que considere adequadas para este tipo de medida”.

<sup>15</sup> Aqueles cujo procedimento não depende de queixa (crimes semipúblicos) ou de acusação particular [além de queixa, crimes particulares]: obtida a notícia do crime o Ministério Público obrigatória e oficiosamente promove o processo (artigos 48º, 241º e 262º CPP), tendo plena autonomia para decidir se o Arguido será ou não sujeito a julgamento. São exemplos de crimes públicos o homicídio (artigo 131º CP), sequestro (artigo 158º CP), roubo (artigo 210º CP), extorsão (artigo 223º), entre outros.

formas qualificadas. Não é passível de aplicação sendo a vítima menor [para efeitos penais, alínea d)]<sup>16</sup>.

Arguido e Ofendido podem requerer voluntária e conjuntamente a Mediação no decurso do Inquérito, artigo 3º nº 2, tal como o pode fazer o Ministério Público, considerando que “desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir” (se nisso concordarem aqueles), nº 1. Obtido acordo na Mediação, artigo 5º nº 4, o mesmo equivale a desistência de queixa (e não oposição à mesma).

Designado o mediador<sup>17</sup>, contactadas as partes e obtido o seu consentimento, têm início as sessões de mediação (com obrigatória presença pessoal das partes, que se podem fazer representar por Advogado, artigo 8º), sendo o teor das sessões confidencial, artigo 5º nº 5; não se conseguindo acordo, o Inquérito segue os trâmites normais.

O arguido e o ofendido podem pôr termo à mediação a qualquer momento: pretende-se que qualquer que seja a (eventual) solução encontrada esta resulte do encontro de vontades dos envolvidos; têm liberdade de fixação do seu conteúdo, mas não podem ser previstas “sanções privativas da liberdade, deveres que ofendam a dignidade do arguido ou deveres cujo cumprimento se prolongue por mais de 6 meses”, artigo 6º nºs 1 e 2<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> São suscetíveis de Mediação Penal as ofensas à integridade física simples ou por negligência (crimes contra a integridade física); o crime de ameaça (crime contra a liberdade pessoal); os crimes de difamação e injúria (crime contra a honra); a violação de domicílio ou perturbação da vida privada (crimes contra a reserva da vida privada); os crimes de furto, abuso de confiança, dano, alteração de marcos, burla, burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços e usura (crimes patrimoniais).

<sup>17</sup> Nos termos do artigo 4º nº 2, “terceiro imparcial (...) que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia na tentativa de encontrar activamente um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”. Face ao artigo 10º “deve observar os deveres de imparcialidade, independência, confidencialidade e diligência”, não impondo qualquer acordo, antes conciliando (...) vontades e procurando uma solução confortável e mutuamente benéfica.

<sup>18</sup> Pode o acordo consistir, por exemplo, no pagamento de quantia pecuniária (diretamente ao Ofendido ou a entidade por si indicada), apresentação de pedido de desculpas (publicitado ou não), reconstrução ou reparação do bem danificado.

A solução não é, pois imposta, antes resulta da autonomia privada e com o auxílio de um terceiro fora do sistema processual formal-punitivo (o mediador nem sequer está elencado no Código do Processo Penal como sujeito processual, logo, sem os direitos e deveres a tal associados); é de negociação pura que se fala, entre pares, não se vislumbrando no instituto qualquer negócio, antes uma composição de interesses paritária<sup>19</sup>.

No Direito processual penal português encontramos alguns exemplos de “consensualização” ou “consensualismo”, tendo como ator central (mas não único) o Ministério Público: nos casos de arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280º do Código do Processo Penal - doravante CPP), suspensão provisória do processo (artigo 281º CPP) e processo sumaríssimo (artigos 392º e seguintes CPP); encontramos soluções híbridas (de consensualização e celeridade) nas situações de confissão pelo Arguido (artigo 344º CPP) e de (não) intervenção de tribunal coletivo (artigo 16º n.ºs 3 e 4 CPP).

Para Jorge de Figueiredo Dias as três primeiras situações não são verdadeiras soluções de consenso mas “meras concordâncias perante (ou...aceitação de) propostas ou requerimentos de um ou mais sujeitos processuais dirigidos a um ou a outros”; de acordo com o Autor não se vislumbra aqui existirem “procedimentos metodológicos - nomeadamente o uso de estruturas comunicacionais não ritualizadas - aplicados pelos intervenientes em ordem a uma tomada de decisão”.<sup>20</sup>

A solução contida no artigo 16º CPP, na prática, determinará a aplicação de uma pena menos severa ao arguido, inclusive a suspensão da execução de uma pena de prisão (artigo 50º n.º 1, primeira parte CP<sup>21</sup>): embora o artigo 14º n.º 2 b) CPP determine o julgamento por tribunal coletivo de crimes cuja abstrata pena máxima seja superior a 5

---

<sup>19</sup> Vide também, na temática da mediação penal, MELO, Helena Pereira de e BELEZA, Teresa Pizarro. *A Mediação Penal em Portugal*. Lisboa: Almedina, 2012; LEITE, André Lamas. Alguns claros e escuros no tema da mediação penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Vol. 24, 4, p. 577-513, ou./dez. 2014.

<sup>20</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos Sobre a sentença em processo penal*, 21.

<sup>21</sup> “O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos”.

anos, impõe o artigo 16º nº 3 CPP que será o mesmo julgado por tribunal singular “quando o Ministério Público (...) entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a 5 anos” - não podendo o tribunal aplicar pena superior aos 5 anos, nº 4.

Existem ganhos de celeridade na realização do julgamento, no processo de tomada de decisão, sendo que a postura do Arguido, mais ou menos colaborante, pode ser determinante na decisão do Ministério Público - na prática, pode o Ministério Público premiar a postura “proativa” do Arguido, numa solução que, em última linha, se poderá configurar como uma barganha, uma verdadeira negociação da sentença (pois que o limite máximo é suscetível de ser alterado por negociação, sendo o mínimo legalmente determinado pelo concreto tipo legal de crime em causa).

A confissão dos fatos, em fase de julgamento, está regulada no artigo 344º CPP: a confissão (de livre vontade e sem coação, integral e sem reservas<sup>22</sup>) determina a renúncia à produção de prova e consideração dos fatos como provados, sendo determinada de imediato a sanção a aplicar - diferentemente quando o Tribunal suspeite do carácter livre da confissão (por exemplo, por dúvidas sobre a “veracidade dos factos confessados”) ou se for o crime “punível com pena de prisão superior a 5 anos”.

Interligando com o segmento prévio, percebemos quão “maleável” se pode tornar o processo penal português, sobretudo em processos mais complexos, nos quais o Ministério Público pode “utilizar” agentes secundários mais “prestativos” para obtenção de informações de outra forma dificilmente conseguíveis, oferecendo como contrapartida a acusação sob intervenção de tribunal singular e, com a confissão integral e

---

<sup>22</sup> Nos termos do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora no Processo 718/06-1, 20/06/2006: “A confissão integral e sem reservas implica, por parte de quem confessa, a aceitação de todos os factos que lhe são imputados e não admite condições ou alterações aos factos admitidos, tal como constam da acusação (...) É contraditório afirmar-se que o arguido confessou integralmente e sem reservas os factos que lhe são imputados na acusação e, depois, considerar-se como não provado um dos factos que lhe eram imputados”.

Nos termos do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18/04/2012: “Quando o arguido nas suas declarações, embora reconhecendo os factos objetivos, invoca para a sua prática uma causa de exclusão da ilicitude e da culpa e, por conseguinte não confessa o facto subjetivo imputado, não podem ter-se por confessados integralmente os factos da acusação que integram a prática do crime”.

sem reservas do Arguido e alegações orais do Ministério Público por uma pena de prisão não efetiva, conseguir para ambos os sujeitos processuais (numa conhecida expressão coloquial lusa) “o melhor de dois mundos”.

Casos há nos quais o próprio legislador processual penal “premia” a efetiva colaboração do Arguido: nos termos do artigo 374º-B nº 2 CP, no domínio da corrupção, “a pena é especialmente atenuada se o agente (...) até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis”.

Abertamente se está aqui não apenas a beneficiar a colaboração do Arguido na assunção de responsabilidades pelos seus atos criminosos mas, fundamentado num argumento que se nos afigura infeliz e criticável (sem considerações de moral, mas relacionadas com os próprios pilares do Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana), a convidar o agente de um crime a contribuir para a punição alheia, como forma de obter um tratamento menos negativo - e trata-se de uma obrigação de meios e não de resultado, seja, não se poderá fazer depender a especial atenuação da pena da efetiva condenação dos “outros responsáveis” identificados e/ou capturados.

Na prática, mostra-se justificado questionar até que ponto não estamos, de fato, perante uma verdadeira negociação de pena, travestida contudo na sua formulação legal.

Não é sem razão que Anabela Miranda Rodrigues refere que “no âmbito de uma estrutura autoritária de processo como é (...) a do processo penal, o arguido encontra-se necessariamente numa posição de inferioridade em relação aos atores judiciários”.<sup>23</sup>

Formalmente não se pode negar a consagração do direito ao silêncio como “manifestação das garantias de defesa asseguradas no artigo 32º CRP (...) no princípio da presunção da inocência (art. 32 nº 2 da CRP), ou na garantia de processo equitativo (artigo 20º nº 4 da CRP)”<sup>24</sup>; todavia se percebe que é o próprio legislador processual penal a introduzir um elemento de adicional pressão (que não coa-

---

<sup>23</sup> RODRIGUES, Anabela. A celeridade no processo penal, p. 240.

<sup>24</sup> MARTINHO, Helena Gaspar. O direito à não auto-incriminação no Direito da Concorrência, p. 276, 277.

ção) psicológica: pense-se quão pernicioso (eficaz) poderá ser colocar um Arguido acusado de um crime económico, detentor de uma posição social e condição económica elevada, no meio da população prisional comum, sem segurança alguma e deixando sugestionado que esse Arguido pode ser responsável por danos causados a familiares de outros reclusos (ou aos próprios) - alguém acreditará que não haverá colaboração, que efetivamente se consagra materialmente no caso um efetivo direito ao silêncio?

O direito à não autoincriminação (traduzido no brocardo latino “*Nemo Tenetur se Ipsum Accusare*”) é um inalienável direito, com duas vertentes: o direito ao silêncio (a não prestar declarações) e o direito a não contribuir com meios de prova para o processo<sup>25</sup> - como bem menciona Dingeldey, “só quando se reconhece ao indivíduo um direito completo ao silêncio no processo penal, se lhe assegura aquela área intocável de liberdade humana, em absoluto subtraída à intervenção do poder estadual”<sup>26</sup>.

Estatui Costa Andrade que o *Nemo Tenetur* vale para autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal - solução diversa esvaziaria o princípio do indispensável conteúdo que deve possuir e das suas finalidades<sup>27</sup>.

A ordem jurídico-penal portuguesa, não consagrando textualmente o princípio, prevê-o em diversos trechos processuais: quando constituído Arguido [artigo 58º nº 2 e 61º nº 1 alínea h) CP] tem que lhe ser prestada informação acerca do direito ao silêncio, garantido nos termos do artigo 61º nº 1 alínea d) CPP<sup>28</sup>, o mesmo valendo para o primeiro interrogatório judicial de Arguido detido [artigo 141º nº 4 alínea a) CPP] e, na fase de Julgamento, para as declarações que preste

---

<sup>25</sup> MENDES, Paulo de Sousa Mendes. *Lições de Direito Processual Penal*, p. 209.

<sup>26</sup> DINGELDEY, Thomas. *Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozessrecht*, p. 407 ss, *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*.

<sup>27</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 131.

<sup>28</sup> Nos termos do artigo 58º nº 5 CP “A omissão ou violação das formalidades previstas nos números anteriores implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova”.

ou respostas que dê às perguntas colocadas (artigos 343º nº 1 e 345º nº 1 CPP)<sup>29-30</sup>.

Cumpra ora analisar os três institutos exemplo de “consensualização”: arquivamento em caso de dispensa de pena (artigo 280º CPP), suspensão provisória do processo (artigo 281º CPP) e processo sumaríssimo (artigos 392º e seguintes CPP)<sup>31</sup>.

Concluída a fase de Inquérito, dirigida pelo Ministério Público e assistido pelos órgãos de polícia criminal [que atuam sob a sua direta orientação e dependência funcional, artigos 263º, 53º nº 2 b), 56º e 270º nº 1 CPP], entre outras opções que ora não serão abordadas<sup>32</sup>, pode aquele sujeito processual proferir despacho de arquivamento em caso de dispensa de pena ou suspender provisoriamente o processo.

---

<sup>29</sup> Limitação legal ao direito ao silêncio decorre do artigo 61º nº 3 alínea b) CPP (“Responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade”). No que concerne à segunda das vertentes do *Nemo Tenetur*, está prevista legalmente uma limitação no artigo 172º CPP: pode o Arguido ser compelido, “por decisão da autoridade judiciária competente”, a ser examinado ou a facultar coisa para exame.

<sup>30</sup> Vide também, na temática do *Nemo Tenetur*: DIAS, Augusto Silva, e RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (nemo Tenetur se Ipsum Accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

<sup>31</sup> A Lei 17/2006, 23 Maio (Lei-Quadro de Política Criminal), no seu artigo 6º (“Orientações sobre a pequena criminalidade”) nº 1, dispõe que “As orientações de política criminal podem compreender a indicação de tipos de crimes ou de fenómenos criminais em relação aos quais se justifique especialmente a suspensão provisória do processo, o arquivamento em caso de dispensa de pena, o processo sumaríssimo, o julgamento por tribunal singular de processos por crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos ou a aplicação de outros regimes legalmente previstos para a pequena criminalidade” (analisaremos as menções legais).

<sup>32</sup> Arquivamento do Inquérito (artigo 277º CPP, quando a prova cabalmente demonstrar que o Arguido não praticou o crime, que é “legalmente inadmissível o procedimento” ou se o Ministério Público não obteve “indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os agentes”) ou Acusação (artigo 283º CPP, se recolher “indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente” - nos crimes públicos e semipúblicos, na sequência da Acusação do Ministério Público, poderá haver Acusação pelo Assistente (artigo 284º CPP) e nos crimes particulares o Ministério Público notifica o Assistente para que este deduza Acusação [artigo 285º CPP: nestes quem tem que promover o andamento dos autos é o Assistente, deduzindo Acusação Particular e se o não fizer em prazo tem o Ministério Público que arquivar os autos para falta de legitimidade, artigo 69º nº 2 a) e b) 2ª parte CPP].

Nos termos do artigo 280º CPP, existindo indícios da prática do crime e de o Arguido ter sido o seu agente, sendo admissível a dispensa de pena e verificados os seus pressupostos (de acordo com o artigo 74º nº 1 CP a dispensa de pena é admissível “quando o crime for punível com pena de prisão não superior a seis meses, ou só com multa não superior a 120 dias” caso “a) a ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas; b) o dano tiver sido reparado; e c) à dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção”<sup>33</sup>), com a concordância do Juiz de Instrução, pode o Ministério Público arquivar o processo; determina o nº 3 do artigo 74º que tal decisão “ não é susceptível de impugnação”<sup>34</sup>.

Pode também o Ministério Público, nos termos do artigo 281º CPP, suspender provisoriamente o processo se for o crime punível “com pena de prisão não superior a 5 anos” ou sanção diferente<sup>35</sup> da prisão, obtendo a concordância do Juiz de Instrução<sup>36</sup>, impondo ao Arguido injunções e regras de conduta.

Para tanto mostra-se necessário, artigo 281º nº 1 a) a f) CPP, que nisso concordem Arguido e Assistente<sup>37</sup>, que o Arguido não tenha

---

<sup>33</sup> Também expressamente prevista a dispensa de pena nos artigos 35º nº 2, 143º nº 3, 148º nº 2, 186º, 250º nº 6, 286º, 294º nº 3, 364º, 374º-B nº 1 CP.

<sup>34</sup> Os Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (Processo 278/14.2GDGDM.P1, 14/10/2015), da Relação de Évora (Processo 3/10.7GCRDD.E1, 27/03/2012) e da Relação de Lisboa (Processo 819/14.5PAAMD-3, de 22/06/2016) decidiram não ser possível ao Assistente requerer a abertura da instrução face ao arquivamento nos termos do artigo 280º nº 1 CPP.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (Processo 148/13.1GCVIS.C1, 22/01/2014) decidiu pela irrecorribilidade do despacho (de concordância com o arquivamento) do Juiz de instrução porquanto não é um ato decisório, antes constituindo uma “mera formalidade essencial de controlo da legalidade”.

<sup>35</sup> Artigos 143º, 151º, 153º, 158º nº 1, 180º, 203º e 217º CP.

<sup>36</sup> Inexistindo concordância, seguem os autos os trâmites normais. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Fixação de Jurisprudência 16/2009 (Processo 270/09.9YFLSB, 18/11/2009) determinou que “A discordância do Juiz de Instrução (...) não é passível de recurso”.

<sup>37</sup> O Assistente é um sujeito processual que intervém como colaborador do Ministério Público, subordinando a sua intervenção à autoridade daquele; nos crimes particulares é obrigatória a sua constituição, sob pena de findar a ação penal (artigos 50º nº 1, 68º nºs 1 e 2 e 246º nº 4 CPP. Obrigatoriamente têm que estar representados em juízo por Advogado, que os pode acompanhar nas diligências em que intervierem, artigo 70º CPP e 20º nº 2 CRP). O artigo 68º CPP discrimina quem se poderá constituir Assistente.

prévia condenação por crimes “da mesma natureza”<sup>38</sup> e o seu grau de culpa não seja elevado, sendo possível um juízo de prognose de satisfação de exigências preventivas concretas com o “cumprimento das injunções e regras de conduta”. Entre as injunções/regras de conduta a aplicar ao Arguido, nos termos do n.º 2 do artigo 281.º CPP, incluem-se a indemnização do lesado ou a sua adequada “satisfação moral” [alíneas a) e b)], a entrega ao Estado ou instituição particular de solidariedade social de quantia monetária ou “prestação de serviço de interesse público” [alínea c)], a residência ou não residência em determinada localidade ou região [alíneas d) e h)], a frequência de “certos programas ou actividades” ou o não exercício de “determinadas profissões” [alíneas e) e f)], a não frequência de “certos meios ou lugares” e não acompanhamento, alojamento ou receção de “certas pessoas” [alíneas g) e i)], a não frequência de “certas associações” ou participação “em determinadas reuniões” [alínea j)], a não posse de “determinados objectos capazes de facilitar a prática de outro crime”, [alínea l)] - não podendo ser aplicadas quaisquer injunções e/ou regras de conduta que ofendam “a dignidade do arguido”, artigo 281.º n.º 4 CPP.

A suspensão pode ir até 2 anos, artigo 282.º n.º 1 CPP - ou até 5 anos, artigo 282.º n.º 5 CPP, quando haja crime de violência doméstica ou contra a liberdade e autodeterminação sexual do menor; uma vez as injunções/regras de conduta, o processo é arquivado pelo Ministério Público, não podendo ser reaberto, artigo 282.º n.º 3 CPP.

Quer o Arguido, quer o Assistente, podem requerer ao Ministério Público ou ao Juiz de Instrução a suspensão provisória do processo (ao primeiro por requerimento, no decurso do Inquérito; ao segundo através de requerimento de abertura de instrução, findo o Inquérito).

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto no Processo 90/11.0GFPR.T.P1, 20/06/2012, inculca que “ o instituto de suspensão provisória do processo (...) se insere no que vulgarmente se designa por justiça penal negociada, partindo-se de um postulado de consenso das respectivas partes”, não podendo o acordo “ser imposto, seja por quem for (...) em nenhum momento o tribunal pode (...) impor essa reacção hetero-compositiva ao Ministério Público”.

---

<sup>38</sup> Relativo ao mesmo bem jurídico.

Na Diretiva 1/2014<sup>39</sup> a Procuradoria-Geral da República determina que os Procuradores “devem optar pelas soluções de consenso (...) entre as quais assume particular relevo a suspensão provisória do processo”, definindo as suas condições<sup>40</sup> e obtendo as “necessárias declarações de concordância” (que não acordo) quando o instituto for viável<sup>41</sup> - não o sendo, devem os Procuradores ponderar deduzir Acusação em “processo sumaríssimo”.

O processo sumaríssimo<sup>42</sup> é o terceiro exemplo de “consensualização” que analisaremos; para Pedro Caeiro “num plano formal, estamos perante um desvio ao princípio da legalidade, reunidos os pressupostos do processo sumaríssimo o Ministério Público não tem o dever de acusar...constitui um mecanismo de diversão e de consenso”.<sup>43</sup>

Nos termos do artigo 392º nº 1 CPP é formalmente admissível que os autos sigam a forma especial sumaríssima quando o crime praticado for punido com “pena de prisão não superior a 5 anos ou só com pena de multa” e o Ministério Público entenda que “ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas da liberdade”; a escolha por esta forma de processo especial é facultativa para o Ministério Público, podendo o Arguido requerer a sujeição a esta (“por iniciativa do arguido”).

O requerimento escrito do Ministério Público, artigo 394º CPP, deve conter a identificação do Arguido, descrição dos fatos imputados e

---

<sup>39</sup> Ministério Público, separador Procuradoria-Geral da República. Disponível em: <[https://simp.pgr.pt/circulares/mount/files/1389784021\\_directiva\\_1\\_2014.pdf](https://simp.pgr.pt/circulares/mount/files/1389784021_directiva_1_2014.pdf)>. Acesso em: 13 dez. 2016.

<sup>40</sup> Deve o despacho do Ministério Público conter todos os elementos necessários que permitam a sua plena compreensão, com uma narração sintética mas clara dos “factos e sua qualificação jurídico-penal”, a justificação no caso dos pressupostos de aplicação do instituto, “as obrigações impostas ao arguido e respectiva duração”.

<sup>41</sup> Vide também, na temática da suspensão provisória do processo: ALMEIDA, Carlota Pizarro de, *Diferentes versões do consenso: suspensão provisória do processo e mediação penal*. *Revista do CEJ*, Lisboa, nº 16, p. 101-112, 2º semestre 2011; CORREIA, João Conde. *Bloqueio judicial à suspensão provisória do processo*. Porto: Universidade Católica, 2012; NARCISO, Francisco Mendonça, *Papéis pintados com tinta: a aplicação da suspensão provisória do processo pelos magistrados do M.º P.º*. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Ano 31, nº 123, p. 83-107, 2010.

<sup>42</sup> Forma especial de processo prevista nos artigos 392º e seguintes CPP.

<sup>43</sup> CAEIRO, Pedro. *Legalidade e oportunidade*, p. 36-37.

as normas violadas, a prova, os motivos pelos quais se entende não ser de aplicar pena de prisão, a precisa indicação da sanção que se propõe. Será o requerimento rejeitado pelo Juiz (por despacho irrecorrível) e fundamentadamente reenviado para outra forma processual, artigo 395º CPP, se legalmente inadmissível (porquanto violado o artigo 392º CPP), se for manifestamente infundado (se não estiver o Arguido identificado, indicadas as normas violadas ou as provas, ou se os fatos não constituírem crime - artigo 311º nº 3 CPP), se a sanção que se propõe não realiza adequada e suficientemente as finalidades da punição (artigo 4º nº 1 CP).

Se o requerimento for admitido o Arguido é notificado e poderá opor-se à sanção no prazo de 15 dias, artigo 396º CPP. Se a ela não se opuser em prazo, o Juiz despacha aplicando a sanção proposta, artigo 397º (despacho não recorrível); opondo-se, artigo 398º CPP, o processo é reenviado para a forma abreviada ou comum, valendo o requerimento de proposta de sanção do Ministério Público como Acusação e sendo aberto prazo (de 20) dias para o Arguido requerer a abertura de Instrução e seguindo-se os trâmites do processo comum.

A Procuradoria-Geral da República, através da Diretiva 1/2016<sup>44</sup>, 15/02, determina aos Procuradores que, não sendo possível mobilizar a suspensão provisória do processo, cumpridas as exigências legais devem optar pelo processo sumaríssimo, imperativo “constitucional de participação na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, privilegiando as soluções de consenso n(a) (...) pequena e média criminalidade”, ademais fazendo uma “mais racional utilização dos meios disponíveis no sistema de justiça penal” - seja, as ideias de eficiência e consenso<sup>45</sup>.

Comum aos institutos analisados é a ideia de consenso e celeridade; contudo, em qualquer deles estamos perante um verdadeiro

---

<sup>44</sup> Disponível em: <<http://www.ministeriopublico.pt/destaque/diretiva-no-12016-da-procuradora-geral-da-republica>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

<sup>45</sup> Vide também, na temática do processo sumaríssimo: FIDALGO, Sónia, O processo sumaríssimo na revisão do código do processo penal. *Separata da Revista do CEJ*. Lisboa, 9, p. 297-319, 1º semestre 2009; SILVA, Júlio Barbosa e. Dores de crescimento: algumas dúvidas à volta do processo especial sumaríssimo e contributos para uma clarificação prática. *Revista do Ministério Público*. Ano 34, nº 133, p. 137-166, 2013.

acordo: ou estamos perante a opção unilateral do Ministério Público (arquivamento em caso de dispensa de pena), ou perante o assentimento do Arguido (e Assistente, na suspensão provisória do processo, quando promovida pelo Ministério Público), ou perante a não oposição do Arguido (processo sumaríssimo) - jamais perante o encontro de duas vontades discordantes *ab initio*, com sentidos comunicacionais contrários e bidirecionados, pelo que não se pode falar de verdadeira solução negociada de Justiça criminal, até porque formalmente balizado o como, o quando e o porquê das soluções, positivadas de forma exangue.

No processo sumaríssimo o centro gravitacional é o Ministério Público, não qualquer consenso: é o Procurador que define se *in casu* é aplicável esta forma especial de processo, a ele cabe definir a pena aplicável (rejeitadas ou alteradas na espécie e medida pelo Juiz) - o Arguido nunca é ouvido acerca da solução que lhe é proposta, a vítima não participa da solução (se manifestar que deseja a reparação dos danos será o Ministério Público a definir tal ponto), inexistindo consenso algum, antes uma passiva aceitação da sanção proposta (sem sequer o Arguido se poder defender<sup>46</sup>).

Na suspensão provisória, *mutatis mutandis*, também se não pode afirmar existir qualquer consenso, qualquer composição horizontal do problema, apenas a aceitação de uma proposta unilateral de não Acusação, com imposição de regras de conduta não negociadas (com o Arguido ou com a vítima). Seguindo Pedro Caeiro, podemos afirmá-las como “soluções legais de oportunidade”<sup>47</sup> (ancoradas positivamente também no previamente mencionado artigo 6º nº 1 da Lei-Quadro da Política Criminal).

## 2. UMA VERDADEIRA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA?

O processo penal português está assente “numa estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial”<sup>48</sup>. Existe separação total “entre quem investiga e acusa por um lado, e entre quem julga, por outro”; são imposições

---

<sup>46</sup> O que poderá configurar, *in concreto*, uma violação dos princípios da plena defesa e da culpa, com acolhimento constitucional.

<sup>47</sup> CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade, p. 31 e seguintes.

<sup>48</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal*, p. 14.

básicas “a (...) separação do órgão acusador do julgador”, conhecendo o Arguido “a acusação que é formulada” e tendo o direito de “contrariar a acusação e as provas apresentadas ou em que a mesma se fundamenta, perante um órgão terceiro”<sup>49</sup>.

Seguindo os ensinamentos de Figueiredo Dias, analisando o princípio da investigação ou verdade material, percebemos que é às partes que caberá carrear o material probatório que permitirá ao julgador proferir uma decisão; o que se pretende no processo penal português é não uma verdade pura, positivista e formal, antes uma “verdade material”; nas palavras do Autor, uma verdade

subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que (...) há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida<sup>50</sup>.

O último trecho da fala é fulcral: a verdade, a decisão que venha a ser proferida num processo judicial, tem que estar balizada por direitos inalienáveis do Arguido, por atuantes regras processuais e uma igualdade de armas (direitos e deveres) de todos os sujeitos processuais - contudo para Anabela Miranda Rodrigues, “a justiça negociada assenta numa ficção, a igualdade das partes (...) a liberdade para negociar é mais ilusória que real”<sup>51</sup>.

A interação com o sistema formal de Justiça pode assumir uma capa de colaboração (voluntária e espontânea) e/ou arrependimento, traduzida na recolha de provas e/ou fornecimento de importantes informações ou na tentativa de evitar/ressarcir (as vítimas do) dano, em ambas situações com prévio arrependimento do intento criminoso (pelo que se pode afirmar que todo o colaborador é arrependido)<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> SIMAS SANTOS, Manuel; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SIMAS SANTOS, João. *Noções de Processo Penal*, p. 35-36.

<sup>50</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal I*, p. 131.

<sup>51</sup> RODRIGUES, Anabela M. A celeridade no processo penal. Uma visão de direito comparado, p. 240.

<sup>52</sup> LEITE, Inês Ferreira. “Arrependido”, p. 4: “se a figura do “arrependido” pode surgir no âmbito de crimes de execução singular, já a figura do arguido “co-

Inês Ferreira Leite refere estarem impedidos “acordos” através dos quais o Arguido troque o seu depoimento contra outros coarguidos pela aplicação de “medida de diversão processual”: padecerá (depoimento) de nulidade insanável e, nos termos do disposto no artigo 122º nº 1 CP, quaisquer provas decorrentes sê-lo-ão também<sup>53</sup>.

São consagradas medidas de proteção a Arguidos “arrepêndidos” e “colaboradores”: o artigo 2º alínea a) da Lei 93/99, 14 Julho, permite que ao Arguido com “informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem” sejam aplicadas as medidas previstas para as testemunhas em processo penal, estando em causa a investigação de específicos tipos legais de crime ou “quaisquer crimes puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a oito anos, cometidos por quem fizer parte de associação criminosa, no âmbito da finalidade ou actividade desta” - ocultação (artigo 4º), audição por teleconferência (artigo 5º), reserva de conhecimento da identidade (artigos 16º e seguintes), medidas pontuais de segurança (artigo 20º) e programa especial de segurança (artigo 21º).

Os Arguidos “colaborantes” podem se beneficiar de atenuação especial de pena. No domínio da corrupção e criminalidade económica e financeira, a Lei 36/94, 29 Setembro, valoriza a colaboração do Arguido com atenuação de pena (artigo 8º, auxiliando “na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis”) e suspensão provisória do processo (apenas na corrupção ativa, mediante “injunções ou regras de conduta”, se a denúncia do crime contribuir “decisivamente para a descoberta da verdade”). No tráfico de estupefacientes, Decreto-Lei 15/93, 22 Janeiro, está prevista no artigo 31º a atenuação ou dispensa de pena. A Lei 52/2003, de 22 de Agosto, prevê a atenuação especial de pena e a “não punição” nos artigos 2º nº 5, 3º nº 2 e 4º nº 13<sup>54</sup>.

---

laborador” só terá relevância em situações de comparticipação criminosa e criminalidade organizada”.

<sup>53</sup> LEITE, Inês Ferreira. “Arrepêndido”, p. 11.

<sup>54</sup> Nos casos de organizações terroristas, outras organizações e terrorismo, quando “o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resulta-

O Juiz, através de um “juízo de prognose póstuma”, avaliará quão pertinente é o depoimento do co-Arguido “colaborador”; as suas informações, combinadas com “outros meios de prova” recolhidas em sede investigatória, terão que ser suficientemente indiciárias “para sustentar uma acusação contra, pelo menos, um outro agente do crime” e permitir identificar “outro ou outros agentes do crime”, capturar os mesmos e “de modo imediato, a cessação da actividade criminosa”<sup>55</sup>.

Germano Marques da Silva critica o regime processual de favor concedido aos arrependidos quando “o «arrependimento» nada representa de vontade de conformação com a lei, mas traduz tão-só a exteriorização de pusilanimidade e de traição”; não é apenas a fiabilidade do depoimento do co-Arguido que é posta em xeque, também “a imagem da Justiça” por suspeita que aquele é “contrapartida do prémio e não prestado em cumprimento do dever cívico de colaboração com a Justiça”<sup>56</sup>. Para o Autor “o princípio democrático que inspira e legitima a nossa ordem jurídica não tolera, seja qual for o título, meios de investigação que passem pelo arguido infamar-se a si próprio, ainda que a troco de paga, nem pela denúncia dos seus cúmplices e correligionários. Eram métodos próprios dos sistemas inquisitórios”<sup>57</sup>.

Figueiredo Dias foi o primeiro autor a lançar o debate; analisaremos infra a posição assumida com maior detalhe, mas começemos por perscrutar as posições assumidas por alguns atores judiciários.

A 13/01/2012 a então Procuradora Geral Distrital de Lisboa (atual Ministra da Justiça) emitiu a Recomendação 1/2012 no SIMP, sugerindo que os Procuradores locais “afiram (...) da receptividade à celebração de acordos sobre a sentença em matéria penal” com os juízes, que preparem com antecedência “os procedimentos indicativos a adoptar” (adaptando-os casuisticamente) e comuniquem as suas características básicas à Procuradoria-Geral Distrital para partilha e estímulo à sua dis-

---

do que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis“.

<sup>55</sup> LEITE, Inês Ferreira. “Arrependido”, p. 14-16.

<sup>56</sup> SILVA, Germano Marques da. *Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos*, p. 32.

<sup>57</sup> SILVA, Germano Marques da. *Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos*, p. 34.

seminada utilização. Na Recomendação justifica-se a “atenuação negociada” da pena pela “valoração do comportamento processual do agente após a prática dos factos (art. 72.º, 1, al. e), do CP”); mais se diz que “face à confissão do arguido, pode prescindir-se da restante prova (...) acelerando claramente a obtenção de uma decisão final no processo”.<sup>58</sup>

Para a Procuradoria-Geral Distrital a intervenção em tal processo do julgador “poderá oscilar entre uma mera intervenção de validação” de um acordo que o Ministério Público e o Arguido tenham previamente obtido, “aferrindo da adequação do limite da pena aos factos objecto da acusação ou da pronúncia”, e uma atuação ativa “na própria fase de negociação”; no que concerne ao momento da intervenção judicial, a Recomendação também propõe uma alternativa entre a “fase anterior à audiência de julgamento”, tendo esta apenas lugar para “fazer constar o acordo da acta e registar e avaliar as declarações do arguido” ou como preliminar da e no dia da audiência”.

A Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra, em Memorando de 19/01/2012 “Justiça negociada - Acordos sobre a sentença em processo penal”, associa-se à congénere lisboeta, apelando aos Procuradores que dêem aplicação “de modo robusto e funcionalmente orientado” às soluções legalmente permitidas processual penalmente em Portugal - o preceituado no artigo 344º CPP (“Confissão”), conjugado com o disposto nos artigos 72º (“Atenuação especial da pena”) e 73º (“Termos da atenuação especial”) CP autorizariam “a sentença negociada”, secundados pela “possibilidade de acordo” em “processo sumaríssimo” e “suspensão provisória”.<sup>59</sup>

A 12/01/2012 José Souto de Moura, ex Procurador-Geral da República, conclui que os acordos sobre sentença são admissíveis no Direito processual penal português, “não implica(ndo) atuações contra *legem*, ordinária ou constitucional”.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, Ministério Público. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc\\_mostra\\_doc.php?nid=153&doc=files/doc\\_0153.html](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/doc_mostra_doc.php?nid=153&doc=files/doc_0153.html)>. Acesso em: 13 dez. 2016.

<sup>59</sup> Disponível em: <[www.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd-0c0bb2b%7D.pdf](http://www.oa.pt/upl/%7Bee0e9275-cf60-4420-a2f4-840bd-0c0bb2b%7D.pdf)>. Acesso em: 13 dez. 2016.

<sup>60</sup> Disponível em: <[www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/acordos%20souto%20moura.pdf](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/acordos%20souto%20moura.pdf)>. Acesso em: 13 dez. 2016.

Jurisprudencialmente é relevante analisar o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça no Processo 224/06.7GAVZL.C1.S1, 10/04/2013: na decisão da qual se recorria era referido que “por acordo expresse pelos sujeitos processuais na audiência de julgamento, vertido na (...) ata, consensualizaram-se (...) molduras penais, que o (...) Colectivo considerou ajustadas às infracções cometidas, e às finalidades da punição”; se invocava que “embora não exista regulamentação legal processual específica (...) a obtenção deste tipo de acordos não é proibida por lei, podendo mesmo encontrar sustentáculo legal no regime do art. 344º do C.P.P”.<sup>61</sup>

O Relator Santos Cabral centra a questão em análise em saber se o CPP “respalda o acordo negociado de sentença constante da decisão recorrida”, entendendo ser a resposta “frontalmente negativa pois que a letra e os actuais princípios que norteiam o processo penal não suportam uma interpretação que proclama a validade dos acordos negociados de sentença”: desde logo porque a “dimensão da consensualidade nunca esteve, perto ou longe, da forma como se equacionou a relevância da confissão” ou porque no acordo em causa deixam-se por responder relevantes questões, como seja a “situação dos participantes, quando apenas alguns confessarem, até à admissibilidade do acordo se forem imputados vários crimes em concurso” possivelmente englobando “crimes puníveis com penas cujo limite máximo seja superior a cinco anos”.

No Recurso o Recorrente era o Arguido “negociante”, que invocava haver sido defraudadas as suas “expectativas negociais”: não obstante terem os Arguidos confessado os crimes “na expectativa de um acordo relativo à pena que lhes iria ser aplicada”, para o Supremo Tribunal de Justiça este mostra-se “ilegal e não permitido pelo Código de Processo Penal”, pois “na sua génese” existe “a promessa de uma vantagem” legalmente inadmissível - o artigo 126º CPP considera nulas (“não podendo ser utilizadas”) as provas obtidas mediante “ofensa da integridade física ou moral das pessoas” e a situação descrita configura a previsão da alínea e) do nº 2 - a posição jurisprudencial afasta-se daquela defendida por Figueiredo Dias, que ora analisamos.

---

<sup>61</sup> Bases Jurídico-Documentais, IGFEJ, Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e-003281f0?OpenDocument>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

Começando pela conclusão, para Figueiredo Dias (já há cinco anos) a profusão de processos cada vez mais complexos e um “brutal aumento da ‘procura’ de serviços de justiça”, revelavam não ser possível manter o sistema petrificado por e nas suas soluções tradicionais (podemos acrescentar, criadas num tempo e espaço marcado pela sedimentação de fronteiras físicas, com crimes nacionalmente estanques); todavia, esse mesmo sistema (sem necessidade de “intervenção legislativa”) encerrava a possibilidade de aplicação de institutos diversos, como os “acordos sobre sentença”, mostrando-se necessário uma mudança do “espírito e a mentalidade (...) dos atores da administração da justiça (...)”<sup>62</sup>.

Rejeita qualquer solução negociada de justiça penal como a anglo-saxónica *plea bargaining*, incompatível com a estrutura do processo penal português, “alicerçado numa estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial”, e com a “ideia do Estado de Direito e os princípios jurídico-constitucionais em que ele se plasma”<sup>63</sup>.

O Dicionário Jurídico Black define a *plea bargaining* como

o processo através do qual arguido e Ministério Público procedem a uma composição mutuamente satisfatória de interesses num processo de natureza criminal, sujeitando-a a aprovação judicial. Por norma implica a assunção de culpa pelo arguido relativamente a algum dos crimes pelos quais é acusado como corresponsável de uma pena menos severa do que a inicialmente aplicável.<sup>64</sup>

Pedro Albergaria descreve-a como sendo

A negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objetivo integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal*, p. 112 e 111.

<sup>63</sup> *Ibidem*, pp. 14 e 17.

<sup>64</sup> Black’s Law Dictionary, 9ª edição, West, Eagan, 2009.

<sup>65</sup> ALBERGARIA, Pedro. *Plea Bargaining*, p. 20.

No sistema anglo-saxónico, no qual podem as partes “compor” o litígio pela via negocial, delimitando o objeto do processo, sendo o Juiz mero árbitro que apenas fiscaliza a adequação legal da concreta solução obtida, distingue-se o *charge bargaining/concession* (negoceia-se o crime imputado, confessando o Arguido sua culpa e desqualificando o Ministério Público o crime imputado, menos gravosamente punido), da *sentence bargaining/concession* (negoceia-se a pena, confessando o Arguido a culpa e recomendando o Ministério Público ao Juiz pena menos gravosa, medida determinada de pena ou assumindo o compromisso de se não opor a circunstâncias atenuantes invocadas pela defesa) e da negociação mista (mescla das prévias, podendo passar pela não acusação por alguns crimes e proposta ao Juiz de medida menos gravosa pelo Ministério Público em contrapartida da confissão de culpa pelo Arguido)<sup>66\_67</sup>.

Para Figueiredo Dias qualquer que seja a solução concreta adotada e a sua extensão, limite jamais ultrapassável é o “respeito pela eminente dignidade pela pessoa” (o artigo 1º CRP estatui que a República Portuguesa é “baseada na dignidade da pessoa humana”); mas teremos que conjugar as garantias constitucionais de defesa com a proteção de bens jurídicos, sob pena de o Estado não poder responder a tudo e, em última análise, se ver impedido de proteger da forma devida os mais basilares direitos.

Figueiredo Dias fundamenta jurídico-constitucionalmente a validade de acordos sobre a sentença no princípio do favorecimento do processo: só existe verdadeiro Estado de Direito quando “se torne seguro que o agente criminoso será, no quadro das leis vigentes, perseguido, sentenciado e punido em tempo razoável com uma pena justa”, o que se logrará alcançar com soluções processuais “destinados a favorecer e a facilitar radicalmente o decurso do processo penal”<sup>68\_69</sup>.

---

<sup>66</sup> ALBERGARIA, Pedro. *Plea Bargaining*, p. 22 e 23.

<sup>67</sup> Vide também, na temática do plea bargaining: RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and International law: a comparative study*. Abingdon: Routledge, 2016.

<sup>68</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal*, p. 38.

<sup>69</sup> Vide, a respeito da matéria contraordenacional: BRANDÃO, Nuno. *Acordos sobre a Decisão Administrativa e sobre a sentença no processo contra-orde-*

Nenhuma solução negociada de justiça penal (seja conversação, seja acordo sobre a sentença) pode incidir sobre a culpabilidade do Arguido, matéria fora da disponibilidade de qualquer acordo de vontades entre as partes. Irrenunciável pressuposto para que possa existir acordo sobre sentença é que o Arguido confesse total ou parcialmente os fatos plasmados na Acusação pelo Ministério Público. A confissão tem que ser legalmente válida, não podendo deixar de se atribuir ao Juiz a obrigação jurídico-constitucional de conferir a referida validade.

Nos termos do artigo 126º nº 1 CPP, todas as provas obtidas mediante “tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”<sup>70</sup> são nulas, não podendo se utilizadas processualmente para a descoberta da “verdade material”.

A confissão terá que ser sempre de “livre vontade e fora de qualquer coação” e terá que ser credível (face aos fatos constantes da Acusação); pode o Juiz entender levar a cabo as diligências que repute indispensáveis para aferir as mencionadas características da confissão.

Contrariamente ao que se verifica em fase de julgamento nos termos do artigo 344º CPP, não terá que ser “integral” (relativa a todos os fatos descritos na Acusação) e pode ser com “reservas” (pode o Arguido invocar causas dirimentes da responsabilidade penal) - o (eventual) acordo sobre a sentença apenas poderá abranger os fatos confessados.

---

nacional: secunda as suas posições em Figueiredo Dias e no fato de “direito penal e o direito processual penal” serem legalmente “direito subsidiário do direito contra-ordenacional substantivo e adjetivo”; chama a atenção para o fato de ser necessário intervenção legislativa no sentido de permitir acordos sobre decisão condenatória na fase administrativa contraordenacional pois a regra é a identidade entre entidade que investiga, acusa e decide, sendo que o Arguido sabe que a mera existência de negociações será já configurada como “admissão de culpa”.

<sup>70</sup> “São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível”.

Se toda a pena supõe a culpa e não pode ultrapassar a medida da culpa, artigo 40º nº 2 CP, não é admissível um acordo sobre a medida concreta da pena, antecipando-se à sentença, até porque na determinação da pena o julgador atende não apenas a exigências de prevenção, mas também à culpa do agente, artigo 71º nº 1 CP; assim, qualquer que seja o teor da confissão, a medida da pena terá sempre que ser *in casu* adequada à culpa do agente.

Figueiredo Dias admite a fixação, por acordo entre Arguido e Ministério Público, de um limite máximo e mínimo da pena a aplicar, a respeitar pelo Tribunal quando profere a sentença - salvo se o julgador entenda que a proposta formulada foi aceite pelo Arguido atento o receio causado pelo máximo de pena proposto ou se a proposta for patentemente inadequada à culpa daquele. Nas palavras do Autor

O máximo da pena a acordar tem que ser um tal que não exceda a medida da culpa nem as exigências ótimas de prevenção geral positiva, enquanto o mínimo tem de ser bastante para dar guarida às necessidades de defesa da ordem jurídica e de prevenção especial positiva.<sup>71</sup>

O artigo 206º CRP e o artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem determinam a publicidade da (realização da) Justiça através dos seus sistemas formais; por conseguinte, o acordo sobre a sentença tem que ser tornado público em audiência nos seus aspectos essenciais, desde logo para que os próprios intervenientes confirmem que o que resulta plasmado por sentença corresponde ao previamente acordado - constando de ata, nos termos do artigo 362º CPP.

Deve o acordo sobre a sentença ser tornado público quando o Arguido presta as suas declarações (sempre assistido por defensor), imediatamente antes da produção da restante prova, dessa forma eliminando suspeitas de que o acordo é uma encapotada barganha - do lado do Arguido, porque a prova produzida lhe foi prejudicial e tenta dessa forma um tratamento penal menos desfavorável, da parte do Ministério Público porque não conseguiu fazer prova do que constava da Acusação e tenta não perder o julgamento.

---

<sup>71</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal*, p. 62.

Se as conversações entre os sujeitos processuais não redundarem em acordo, deverão ser eliminadas quaisquer referências processuais às mesmas - defendemos que o mesmo valerá para quaisquer elementos físicos que as suportem, tal tarefa cabendo a um Juiz de Instrução.

Estatui o artigo 357º CPP que podem ser reproduzidas ou lidas em audiência as declarações prestadas previamente pelo Arguido quando prestadas perante autoridade judiciária<sup>72</sup>, com assistência do defensor e informado de que, falando, as declarações prestadas poderão ser utilizadas no processo, mesmo que “não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova”<sup>73</sup> - embora o nº 2 determine que tais declarações “reproduzidas ou lidas em audiência não valem como confissão”.

Chegando o acordo a “bom porto”, divulgada pelo Juiz na audiência de julgamento, opera imediatamente os seus efeitos, vinculando Arguido e Ministério Público; apenas poderá ser alterado ou perder a sua eficácia se fatos previamente desconhecidos pelo julgador mostrarem a inadequação dos acordados limites máximos e/ou mínimos face “aos princípios da verdade e da culpa” - sendo que a alteração também está abrangida pelo princípio da publicidade<sup>74</sup>.

Figueiredo Dias defende que, intervindo tribunal coletivo (artigo 14º CPP) ou tribunal de júri (Decreto-Lei 387-A/87, 29 Dezembro), não poderá ser celebrado acordo sobre a sentença “sem a participação e conclusão consensual da totalidade dos membros do coletivo ou do júri, podendo qualquer deles que não tenha logrado a concordância obstar, em último termo, àquela celebração”; discordamos: as decisões em quaisquer daqueles não são tomadas por unanimidade, antes por maioria simples, não fazendo sentido que, para uma decisão definitiva, se baste a lei processual penal com um *minus*, destarte num acordo (como os que se analisam) que não pode sequer incidir sobre a culpabilidade.

Não será válido qualquer acordo sobre a sentença através do qual as partes renunciem ao direito ao recurso; como refere o Autor,

---

<sup>72</sup> Artigo 1º b) CPP, “o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos atos processuais que cabem na sua competência”.

<sup>73</sup> Artigo 141º nº 1 b) CPP.

<sup>74</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal*, p. 79.

“a renúncia ao recurso não constitui, a qualquer luz, fator relevante de medida da pena, por isso que ela em nada pode afetar as exigências de culpa e de prevenção”<sup>75</sup>. Não pode o tribunal de forma alguma condicionar, sugerindo ou influenciando, a renúncia pelas partes ao recurso ou participar em tal processo de tomada de decisão; fazendo-o, a renúncia terá que ser declarada ineficaz.

Figueiredo Dias defende que as considerações expostas são passíveis de transposição para a fase de Inquérito<sup>76</sup>: as partes podem encetar conversações sobre todas as questões que relevem para o proferimento da Acusação e seu teor ou outras da competência decisória do Ministério Público, como igualmente o poderão fazer relativamente às questões da competência decisória do Juiz de Instrução<sup>77</sup>. Nas descritas situações, o resultado das conversações entre Arguido e Ministério Público terá que constar de ata se culminar na existência de acordo sobre a sentença, devendo ser eliminado da(s) ata(s) em caso de insucesso<sup>78</sup>.

Contrário à posição base de Figueiredo Dias (ademais do Relator Santos Cabral no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça no Processo 224/06.7GAVZL.C1.S1) é Eduardo Maia Costa: rejeita soluções negociadas de justiça penal porque obstaculizadas constitucionalmente (o processo penal não pode estar legitimado “exclusiva ou prevalecentemente [...] na racionalidade prática”) e assinala que o valor eficácia não pode ser um fim em si mesmo, antes deve “respeitar os valores constitucionais referidos à dignidade humana (...) essa sim (...) um fim em si”;

---

<sup>75</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal*, p. 95.

<sup>76</sup> Nos termos do artigo 262º CPP o Inquérito engloba as diligências que visam “investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”, tendo início com a notícia do crime e cabendo e sendo dirigido pelo Ministério Público, artigo 263º CPP.

<sup>77</sup> A Instrução é uma fase processual facultativa, apenas admissível na forma comum de processo, visando “a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento”, artigo 286º CPP. Nos termos do artigo 287º CPP a Instrução pode ser requerida pelo Arguido (se o Ministério Público, ou o Assistente nos crimes particulares, tiver deduzido Acusação) ou pelo Assistente (sendo o crime semipúblico ou público, se o Ministério Público não tiver deduzido Acusação).

<sup>78</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal*, p. 103.

conclui pela inadmissibilidade daquelas soluções (“mistas, mitigadas ou encapotadas”) porquanto conduzem à perda das “garantias do processo equitativo”, inexistindo ganhos de “economia de meios e de procedimentos do processo negociado puro e duro”<sup>79</sup>.

## CONCLUSÕES

Perante a inexistência de enquadramento legislativo expresso, fruto de uma atávica postura da maioria dos atores judiciários, as soluções negociadas de justiça penal em Portugal encontram-se numa fase embrionária.

Figueiredo Dias (secundado pelo Ministério Público, principal interessado no reforço dos poderes e instrumentos de investigação e prossecução da ação penal) realça os valores da celeridade, eficácia e proteção ótima dos bens jurídicos para defender a exequibilidade de acordos sobre a sentença, com o inultrapassável limite da culpa, sem necessidade de alterar o sistema jurídico processual penal.

A posição é rejeitada pela advocacia quase unanimemente e boa parte da magistratura judicial, sendo nulo o acordo de sentença por ser legalmente inadmissível o meio de prova, porque o processo penal não se pode fundar apenas numa racionalidade funcional, confiando numa solução que atenta contra a dignidade humana e se funda numa posição não igualitária entre as partes envolvidas (pois que a pressão incide sob o Arguido, objeto de Acusação).

Considere-se estar já o acordo sobre a sentença, com as características e limites assinalados, legalmente admitido ou se defenda a necessidade expressa de balizar o seu (possível) campo de aplicabilidade, sempre defendemos que a presença do defensor terá que ser obrigatória e a publicitação do acordo alcançado imperativo legal.

Cremos que, a aceitar a operacionalização de soluções negociadas de justiça penal, nomeadamente acordos sobre a sentença, devem ser admissíveis apenas na criminalidade “de catálogo”, prevista nas alí-

---

<sup>79</sup> COSTA, Eduardo Maia. Justiça Negociada, p. 93 e 97.

neas i) a m) do artigo 1º CPP<sup>80</sup>: o próprio legislador processual penal lhes confere um distinto tratamento, permitindo que sejam utilizadas técnicas de investigação criminais especiais, com um acentuado grau de agressão a direitos fundamentais (o direito à inviolabilidade de correspondência, comunicacional e de domicílio, o direito à liberdade de movimentos) por estarem em causa interesses absolutamente fundamentais, não deixando de ser imprescindível prévia autorização judicial<sup>81</sup>.

Depois, porque a pequena e média criminalidade já beneficiam de soluções “consensualizadas”, a cuja análise procedemos, não podendo deixar de ser referido o sistema de mediação penal, todas elas conducentes a uma equilibrada composição do litígio penal com reforço dos valores básicos jurídico-criminais.

O acolhimento de (verdadeiras) soluções negociadas de Justiça penal não elimina a necessidade de promoção de soluções fora do sistema formal punitivo de Justiça (nomeadamente, soluções restaurativas quando casuisticamente justificadas, até em áreas tradicionalmente recusadas como a criminalidade económica), sequer implica uma preferência pela escolha de penas e/ou medidas concretas de pena mais gravosas.

Não pugnamos por soluções que privilegiem a eficácia punitiva: quaisquer que venham a ser (se forem) as soluções acolhidas, a única verdade que se pretende alcançada é a processual - que não a verdade pur(ific)a(da) -, sem sacrifício de basilares valores jurídico-constitucionais da dignidade humana, igualdade processual e Justiça; qualquer

---

<sup>80</sup> i) «Terrorismo»: crimes de organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo; j) ‘Criminalidade violenta’: crimes dolosos contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública, puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos; l) ‘Criminalidade especialmente violenta’: crimes puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos; m) ‘Criminalidade altamente organizada’: crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento.

<sup>81</sup> Defendemos também, que terá que ser feita uma interpretação redutora teleológica: parece-nos que o campo por excelência de mecanismos processuais desta índole se situa no domínio da criminalidade organizada, tráfico de estupefacientes e terrorismo (*latu sensu* considerado).

acordo que se venha a alcançar tê-lo-á que ser de forma verdadeiramente “negociada”, sem vícios da vontade e condicionamentos psicológicos.

Se, como diz o poeta espanhol António Machado, “se hace camino al andar”, a discussão desta temática é vereda doutrinal e processual que não pode deixar de ser trilhada, neste mundo em constante mutação, com uma criminalidade (cada vez mais) transnacional, apátrida e altamente complexa; o seu estudo impõe-se, assinalando potencialidades e riscos e aperfeiçoando mecanismos investigatórios, sempre no respeito pelos direitos fundamentais dos investigados.

Sem os perder de vista, façamo-nos ao caminho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Pedro. *Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de, Diferentes versões do consenso: suspensão provisória do processo e mediação penal. *Revista do CEJ*, Lisboa, nº 16, p. 101-112, 2º semestre 2011.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consenso e Oportunidade* (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). In: O Novo Código do Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a Decisão Administrativa e sobre a sentença no processo contra-ordenacional. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, Ano 21, nº 4, p. 593-607, out./dez. 2011.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente”. *Revista Do Ministério Público*, Lisboa, 84, p. 31-47, out./dez. 2000.

CORREIA, João Conde. *Bloqueio judicial à suspensão provisória do processo.* Porto: Universidade Católica, 2012.

COSTA, Eduardo Maia. Justiça Negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo. *Julgar*, Coimbra, 19, p. 87-97, jan./abr. 2013.

COSTA, José de Faria. Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. LXI, p. 93-158, 1985.

DIAS, Augusto Silva, e RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (nemo Tenetur se Ipsum Accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge De Figueiredo. *Acordos Sobre a Sentença Em Processo Penal: O “Fim” do Estado de Direito ou um Novo “Princípio”?* Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

DIAS, Jorge De Figueiredo. *Direito Processual Penal I. Facsimile 1ª edição*. Coimbra: Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9.

FIDALGO, Sónia, O processo sumaríssimo na revisão do código do processo penal. *Separata da Revista do CEJ*. Lisboa, 9, p. 297-319, 1º semestre 2009.

GARNER, Bryan A. (Coord.). *Black’s Law Dictionary*. 9ª edição, Eagan: West. 2009.

LEITE, André Lamas. Alguns claros e escuros no tema da mediação penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Vol. 24, 4, p. 577-513, ou./dez. 2014.

LEITE, Inês Ferreira. “Arrependido”: a colaboração processual do co-Arguido na investigação criminal. In: *2º Congresso de Investigação Criminal*. Coimbra: Almedina, 2010.

MARTINHO, Helena Gaspar. *O direito à não auto-incriminação no Direito da Concorrência - O diálogo jurisprudencial e o silêncio do arguido* in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Volume III. Coimbra: Almedina, 2013.

MELO, Helena Pereira de e BELEZA, Teresa Pizarro. *A Mediação Penal em Portugal*. Lisboa: Almedina, 2012.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2015.

NARCISO, Francisco Mendonça, Papéis pintados com tinta: a aplicação da suspensão provisória do processo pelos magistrados do M.º P.º. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Ano 31, nº 123, p. 83-107, 2010.

RAUXLOH, Regina. *Plea bargaining in national and International law: a comparative study*. Abingdon: Rotledge, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal. Uma visão de direito comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, Volume 2, 8, p. 233-250, abr./jun. 1998.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas. *Noções de Processo Penal*. Lisboa: Rei dos Livros, 2010.

SILVA, Germano Marques da. Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos. *Direito e Justiça*, Lisboa, Volume VIII, Tomo 2, p. 27-34, 1994.

SILVA, Júlio Barbosa e. Dores de crescimento: algumas dúvidas à volta do processo especial sumaríssimo e contributos para uma clarificação prática. *Revista do Ministério Público*. Ano 34, nº 133, p. 137-166, 2013.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 22/12/2016
- Controle preliminar e verificação de plágio: 22/12/2016
- Avaliação 1: 23/12/2016
- Avaliação 2: 28/12/2016
- Avaliação 3: 10/01/2017
- Decisão editorial preliminar: 10/01/2017
- Retorno rodada de correções 1: 20/01/2017
- Decisão editorial preliminar 2: 20/01/2017
- Retorno rodada de correções 2: 20/01/2017
- Decisão editorial final: 23/01/2017

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (SRM)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FERREIRA DE OLIVEIRA, André. Soluções negociadas de justiça penal no direito português: uma realidade atual numa galáxia distante? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 71-102, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.39>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

# A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal

*The contextualized conviction and the negotiated truth in the criminal process: demystifying confession as an element of full conviction of the criminal judge*

**Paulo Gustavo Rodrigues<sup>1</sup>**

Mestrando em Direito na UFAL (Maceió/AL)

paulo.lima.rodrigues@tjpe.jus.br

 <http://lattes.cnpq.br/4136000039136925>

 <http://orcid.org/0000-0001-6670-6557>

---

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar a problemática da verdade no Processo Penal, especialmente no contexto da análise dos elementos de convencimento do julgador e da valoração da confissão do acusado. A partir de uma revisão bibliográfica, buscar-se-á trabalhar o status da busca da verdade no processo penal para desmistificar o alto valor probatório que sempre se conferiu à confissão penal, especialmente se baseando na rejeição à negociabilidade acerca da verdade de premissas fáticas. Ademais, analisar-se-á de que forma as delações premiadas configuram uma desvirtuação das funções do processo penal no sentido de se convencionar um *standard* de aceitabilidade fática que ignore a busca da verdade como fundamento ético da persecução penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** verdade; confissão; convencimento judicial; justiça criminal negocial.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público na Universidade Federal de Alagoas. Especialista em Ciências Criminais (UNIDERP/IPAN). Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE).

**ABSTRACT:** *This article intends to analyze the problem of the truth in criminal procedure, especially in the context of the elements of judicial convincing. From a bibliographic review, we intend to discuss the status of the search for the truth in criminal procedure, as a mean to demystify the high probative value that was always assigned to criminal confessions, especially based on the rejection of negotiability of factual premises. Furthermore, we will analyze in which way awarded incrimination pervert the functions of criminal procedure as it stands as an agreement of a standard of factual acceptability that ignores the search of the truth as an ethical fundament of the criminal persecution.*

**KEY-WORDS:** *truth; confession; judicial conviction; negotiated criminal justice.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A busca da verdade no processo penal; 2. A insuficiência da confissão para formação da certeza condenatória: a busca por uma convicção contextualizada; 3. A fundamentação da decisão penal e os equívocos da súmula n. 545, do Superior Tribunal de Justiça; 4. A colaboração premiada e negociabilidade da verdade no processo penal; Conclusão; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

A confissão sempre foi tida como a prova suprema<sup>2</sup>, especialmente no Processo Penal. Como um vestígio de uma cultura policial-criminal influenciada pelo cinema americano, busca-se a todo custo, na atividade policial e judicial, a obtenção da confissão, por vezes recorrendo a mecanismos ilícitos de constrangimento físico ou psicológico, como se esse meio de prova possuísse o condão de solucionar definitivamente o caso em análise.

---

<sup>2</sup> Embora alguns manuais, influenciados pela metodologia do próprio Código de Processo Penal, indiquem a confissão como meio de prova, vê-se que a doutrina mais moderna tem trabalhado ela como elemento de prova, um resultado eventual do interrogatório, este sim um legítimo meio de prova, como se lê em: BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 3ª Ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 447.

A proposta deste estudo, naturalmente limitado e sem pretensão de exaustão do tema, é analisar as problemáticas atreladas a esta compreensão da confissão como mecanismo único e pleno de convencimento do julgador penal, dentro do contexto da busca da verdade como fundamento ético do processo penal.

Buscando construir a ideia de uma convicção contextualizada em contraponto à verdade negociada da confissão, analisaremos de que forma se poderia compreender, no Processo Penal, a construção de uma certeza jurídica apta a desconstituir a presunção de inocência, especialmente em face do regramento legal das colaborações premiadas, que vieram reavivar a força probatória da confissão.

## **1. A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL**

Muito se construiu na doutrina processual penal acerca do conceito de verdade, notadamente da clássica divisão entre verdade real e verdade processual e das consequências da incessante busca judicial pela primeira.

Sem a pretensão de profundos estudos epistemológicos, entendemos a verdade real como aquela do mundo fático, correspondente ao que efetivamente ocorreu na natureza, e cuja alcançabilidade humana é, em essência, impossível. Para os cétricos pirronianos, assim chamados os discípulos do filósofo grego Pirro de Elis, a verdade se encontra em um abismo, e seria inalcançável aos homens por saltos gnosiológicos que a realidade passa até chegar à sua descrição<sup>3</sup>.

Um desses saltos seria decorrente das diferentes percepções da realidade pelos homens, geradas por divergências na constituição física, psicológica, cultural ou social das pessoas. Alguém pode descrever outra pessoa como bela, e esta ser a perfeita correspondência da sua concepção própria de beleza, e outra pessoa descrever o mesmo ser como feio, e nenhuma das duas pessoas estaria mentindo. Ademais, alguém pode descrever um som como alto e outra pessoa o descrever como bai-

---

<sup>3</sup> LAËRTIOS, Diôgenes. *Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres*. Tradução do grego, introdução e notas: Mário da Gama. 2ª Ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2008, p. 272-273.

xo em face de divergências nas formações físicas de seu canal auditivo, e, novamente, como dizer qual a realidade?

Ademais, concluem os pirrônianos que até circunstâncias da natureza podem mudar a percepção da pessoa a respeito de determinada realidade fática: as cores se alteram a depender da luminosidade do ambiente, o peso relativo de um objeto se suaviza se ele estiver dentro da água, etc.

Não negam a existência da verdade, como também não o negamos, mas apenas que ela por essência é inalcançável à natureza humana. Os cétricos pirrônianos admitem que podemos perceber a realidade, mas dizem somente que não sabemos o que percebemos, dando exemplo quando afirmam que “percebemos que o fogo queima, porém suspendemos o juízo quando se trata de saber se queimar é da natureza do fogo”<sup>4</sup>.

Transpondo o raciocínio ao processo judicial, vê-se que ele é um instrumento ainda menos apto a se alcançar a verdade. Nele, observam-se diversos outros saltos da mesma natureza, decorrentes das limitações de expressão e vocabulário das pessoas para transmitirem em palavras as suas já falhas e diversas compreensões, e das idiossincrasias dos julgadores que precisam absorver estas falhas transmissões de falhas compreensões e novamente transformá-las em palavras escritas.

Tal inalcançabilidade levou alguns a negar a própria existência de uma única verdade, enquanto outros, não rejeitando sua existência ontológica, buscaram construir para fins jurídicos uma noção de verdade processual, uma narrativa fática que busca se aproximar da real, mas que se constrói pela conformação do julgador com aquilo que foi provado ou confirmado nos autos, em uma ideia de probabilidade ou plausibilidade. Luigi Ferrajoli lembra, abordando um conceito de verdade processual, que a afirmação no processo de que algo é “verdade” ou “verdadeiro” é, precisamente, a afirmação de que “estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que dela possuímos”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> LAERTIO, Diôneges. Op. Cit., p. 278.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª Ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 53.

A verdade que nos interessa, então, se desvincula da ideia utópica de correspondência plena com a realidade e assume a feição relativista de conformação ou aceitação de hipóteses fáticas, ou seja, uma verdade construída pelo processo a partir de uma certeza eminentemente jurídica, com as limitações epistemológicas existentes em toda reconstrução histórica, aliadas aos regramentos e restrições legais dos meios de prova<sup>6</sup>.

Nesse sentido, vê-se que mesmo Michele Taruffo, defensor de uma visão mais extrema da possibilidade de obtenção da verdade dentro do processo, ainda assim admite limitações cognitivas em face de regras processuais, quando afirma que o tipo de verdade a ser estabelecida e aceita no processo é um problema que deve ser solucionado pelos limites legais e do valor que cada ordenamento impõe à busca da verdade<sup>7</sup>.

Todavia, mesmo conformando-se com essa feição, relativista e restrita, entendemos que a busca pela verdade não deixa de ser um dos objetivos e fundamentos do processo. Beltrán defende que “o sistema não pode prescindir da busca da verdade como objetivo institucional do processo (e, portanto, da aplicação do direito), visto que, de outro modo, o sistema entraria em colapso”<sup>8</sup>.

Nossa legislação possui diversos elementos que fortalecem a conclusão de que a verdade é um fundamento do processo, especialmente o penal. Nosso Código determina que a primeira pergunta que seja feita ao réu no interrogatório seja relativa à veracidade das acusações feitas contra ele. A legislação penal, da mesma forma, criminaliza a

---

<sup>6</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 31.

<sup>7</sup> “Qué tipo de verdad es establecida en el proceso, en qué medida resulta aceptable y su proximidad o lejanía de la verdad que puede establecerse en otros contextos cognoscitivos, es un problema que sólo puede tener soluciones concretas y específicas en función de la naturaleza, de la amplitud y de la incidencia de los límites que imponen las normas de un determinado ordenamiento a la búsqueda de una versión verdadera de los hechos” (Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005, p. 79).

<sup>8</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: DIDIER Jr., Fredie *et al* (coord.). *Provas*. Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada. 2ª Ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 113.

calúnia, a denunciação caluniosa e o falso testemunho, que são condutas que, dentre outras coisas, atentam contra a verdade. Mesmo na legislação civilista, há o direito de resposta, com o intuito de esclarecimento da verdade, além do entendimento jurisprudencial de que a liberdade de expressão não garante o direito de mentir. Em qualquer ramo do direito, veremos menção à verdade como elemento ético mínimo das relações humanas e, portanto, jurídicas.

O direito enquanto produto e produtor da cultura deve sempre buscar harmonizar suas decisões com a realidade que está julgando, especialmente nas conclusões fáticas, já que uma completa discrepância da conclusão do Magistrado com o que efetivamente as partes vivenciaram prejudica a aceitabilidade da decisão, inibe a solução dos conflitos e mitiga o efeito geral de regulador de condutas do direito.

Doutrinadores como Khaled Jr. entendem que a verdade do processo é produzida analogicamente através de uma construção narrativa de rastros do passado, que de nenhuma forma poderia ser tida como uma correspondência do fato que se está investigando, sequer relativa ou aproximada. Afirma que o saber processual, por ser construído de rastros, “pertence a outro patamar cognitivo que o da correspondência”<sup>9</sup>. Mesmo ele, contudo, não defende extirpá-la por completo das entranhas processuais, afirmando que – em sua teoria – ela “não será expulsa, mas redimensionada, perdendo seu lugar canônico”<sup>10</sup>.

Neste momento, começa a surgir a distinção entre o peso da verdade no processo civil e no processo penal. Como, na esfera privada, se está lidando, quase sempre, com direitos disponíveis e/ou de menor significância constitucional na esfera dos direitos fundamentais, a busca da verdade assume um papel inferior, podendo sucumbir diante de interesses constitucionais de igual ou maior relevância.

Vale dizer, embora se reconheça a busca da verdade como um dos fins do processo, ele não é o único, e outros interesses, como a duração razoável do processo, intimidade, honra, segredos de estado, sigilos

---

<sup>9</sup> KHALED Jr., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 1, 2015, p. 175.

<sup>10</sup> KHALED Jr., Salah H. *A busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 335.

profissionais e segurança jurídica, podem impor um sacrifício epistemológico<sup>11</sup>, inclusive por meio da criação de regras de limitações probatórias, de modo que o processo chegue ao seu fim com a consolidação de uma decisão sem sequer a presunção de se ter chegado à verdade, mesmo que formal.

O processo penal, por outro lado, lida com o direito à vida e à liberdade, e, dada suas superioridades axiológicas, a busca da verdade assume uma feição mais relevante àquela assumida no processo civil. Diz, Ferrajoli, que “se uma justiça penal integralmente com verdade constituiu uma utopia, uma justiça penal completamente sem verdade equivale a um sistema de arbitrariedade”<sup>12</sup>.

Reconhece-se, assim como o fez Eugênio Pacelli<sup>13</sup> e Salah H. Khaled Jr, que o dogma da busca da verdade real, aliada à crença de que ela estaria efetivamente ao alcance do Estado, acabou por fortalecer uma cultura inquisitiva legitimadora de abusos e desvios de autoridades públicas, ampla e irrestrita iniciativa probatória do juiz e relativização de direitos fundamentais, o que não se está advogando de nenhuma forma.

Khaled Jr. vai além quando afirma que mesmo a visão relativista da verdade correspondente que ora se defende é um refúgio argumentativo para legitimar uma ambição inquisitorial<sup>14</sup>. Ele, inclusive, rejeita a verdade como valor finalístico do processo, ainda que sob o prisma relativista, afirmando que defender que a verdade não pode ser perseguida a qualquer custo ainda é dizer que ela deve ser perseguida, e esse discurso ainda se mostra retoricamente apto a legitimar atuação judicial abusiva e inquisitorial<sup>15</sup>. Ao seu ver, a ênfase deve ser nas regras do jogo processual e nunca na busca pela verdade.

Contudo, com a devida vênia, concordamos com Ferrajoli quando ele salvaguarda o valor teórico e político da ideia de busca da verdade, redefinindo-o como “um modelo limite, nunca plenamente

---

<sup>11</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. Op. Cit., p. 110.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 48.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 281.

<sup>14</sup> KHALED Jr., Salah H. Op. Cit. p. 11.

<sup>15</sup> KHALED Jr., Salah H. Op. Cit. p. 131.

alcançável, senão apenas aproximável e, sobretudo, se forem esclarecidas as condições na presença das quais este pode ser mais ou menos satisfeito”<sup>16</sup>, sem que isso signifique um retorno às práticas inquisitivas. Especialmente no processo penal, o que se defende é que um sistema jurídico não se sustenta eticamente se ele é capaz de impor uma pena privativa de liberdade a uma pessoa por meio de um processo que não considere a verdade sequer como um objetivo relevante.

Nesse sentido, nossas conclusões convergem com a de Badaró quando ele afirma que a busca da verdade é um critério legitimador da atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não seja oriunda de um processo que aspirou uma correta verificação dos fatos<sup>17</sup>. Também Taruffo afirma que “independentemente do critério jurídico que se utilize para definir e valorar a justiça de uma decisão, pode-se defender que esta nunca é justa se está fundada em uma determinação errônea ou inaceitável dos fatos”<sup>18</sup>.

Inolvidável que o processo penal é regido pelos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, importantes conquistas civilizatórias que impõem o ônus probatório à acusação e determinam que a condenação somente pode advir de um estado de certeza do julgador, nunca de dúvida. Este estado de certeza é incidente principalmente sobre as hipóteses fáticas submetidas à apreciação do julgador, e se configurará em uma convicção de que determinados enunciados que compõem o fato típico criminoso (João disparou uma arma em face de Carlos; João quis atingir Carlos com o disparo; Carlos veio a óbito em decorrência das lesões causadas pelo disparo, dentre outros) são verdadeiros, no sentido de plausibilidade ante as informações que se tem deles.

Para Ferrajoli, no processo penal, “o nexó exigido pelo princípio de estrita legalidade entre a ‘validez’ da decisão e a ‘verdade’ da motivação é mais forte do que qualquer outro tipo de atividade judicial”<sup>19</sup>,

---

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 49.

<sup>17</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 26.

<sup>18</sup> TARUFFO, Michele. Op. Cit., p. 64 (tradução livre).

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 50.

conclusão essa advinda, justamente, da natureza das sanções impostas e das funções preventivas geral e especial do direito penal.

A sociedade não se desestimulará da prática de determinada conduta criminosa se não restar convencida de que a pessoa certa foi punida, e tal convicção será idealmente alcançada com uma fundamentação que estiver amparada na convicção do Magistrado de ter caminhado em direção à verdade dos fatos, seja ela entendida como a reconstrução histórica aproximada dos relativistas ou a verdade analógica construída por rastros, defendida por Khaled Jr, para quem “o juiz não pode condenar sem narrativamente fazer jus à exigência de verdade na sentença”<sup>20</sup>. Da mesma forma, não se pode conceber que o Estado possa impor o sofrimento da restrição da liberdade de um indivíduo se não baseada em uma fundamentação amparada numa conclusão de certeza da dinâmica fática do evento criminoso.

Decerto que não se pode elevar a busca da verdade a um patamar que lhe permita a inobservância apriorística das garantias processuais. A prova ilícita continuará ilícita, mesmo que possa contribuir com a melhor tomada consciente da decisão. A tortura continuará sendo um crime e seu produto inadmissível, mesmo que se obtenham informações relevantes ao deslinde da causa.

Dentro da já exposta visão de Ferrajoli, admite-se a busca da verdade como relevante valor processual se restarem estabelecidas as condições na presença das quais ela pode ser mais ou menos satisfeita, e estas condições são as garantias processuais, a observância das regras procedimentais e o respeito aos direitos fundamentais. Como dito, o direito trabalha apenas com uma verdade formal advinda de um estado de certeza jurídica, construída a partir das limitações impostas previamente pela legislação processual.

Afirma-se, contudo, que a busca da verdade, sendo um fundamento ético do processo penal, deve ser utilizada como elemento jurídico de confrontação com outros princípios para solução proporcional de controvérsias, quando o ordenamento assim o permitir, mas, principalmente, como parâmetro hermenêutico na interpretação do conjunto probatório colacionado aos autos.

---

<sup>20</sup> KHALED Jr., Salah H. Op. Cit., 2015, p. 177.

## **2. A INSUFICIÊNCIA DA CONFISSÃO PARA FORMAÇÃO DA CERTEZA CONDENATÓRIA: A BUSCA POR UMA CONVICÇÃO CONTEXTUALIZADA**

No livro “O caso Thomas Quick – A invenção de um assassino em série”<sup>21</sup>, o jornalista Hannes Rastam conta a história real do sueco Sture Bergwall (auto renomeado Thomas Quick) que, nos anos 90, confessou a prática de mais de 30 homicídios na região da Escandinávia, sendo chamado pela mídia de o maior *serial killer* da história da Suécia. Em face destas confissões, e nada mais, já que provas outras não havia, ele foi condenado por pelo menos oito dessas mortes.

Após vários anos presos, ao conceder entrevista ao autor do livro para a gravação de um documentário, ele finalmente admitiu que nunca cometeu nenhum dos crimes os quais confessou, e que o fez apenas por gostar da atenção que recebia em face da repentina fama midiática (mitomaníaco). A partir de um longo e minucioso trabalho investigativo e processual, narrado no mencionado livro, conseguiu-se então reverter suas condenações ante a prova da impossibilidade de Sture Bergwall ter cometido os crimes pelos quais foi condenado.

Embora pertencente a outra realidade cultural e jurídica, este caso simboliza algo que é comum a diversos ordenamentos jurídicos, os quais costumam orientar suas investigações e suas legislações para forçar uma confissão e, assim, dispensar o Estado de seu ônus de provar judicialmente a acusação.

A confissão no processo penal sempre foi vista como a maior das provas, aquela com a qual não haveria necessidade de qualquer outro procedimento investigativo e a partir da qual poderia haver a condenação imediata, o que veio a ser reforçado pelas legislações que consolidaram o instituto da colaboração premiada, como abordado mais adiante.

Na legislação processual penal de vários países ainda vigora uma hipervalorização judicial da confissão. Em Portugal, há casos em que a confissão plena não configura em si uma prova, mas um ato de renúncia à produção de provas e conseqüente aceitação dos fatos apura-

---

<sup>21</sup> RASTAM, Hannes. *O caso Thomas Quick: A invenção de um assassino em série*. Rio de Janeiro: Record, 2014.

dos como provados<sup>22</sup>, próximo ao que acontece na Inglaterra, onde, se o réu se declarar culpado, desincumbe-se a acusação do ônus da prova, passando-se direto à sentença, privilegiando-se a celeridade em detrimento do alcance da verdade<sup>23</sup>.

Situação similar se verifica nos Estados Unidos, em que, inclusive, cerca de noventa por cento dos casos criminais se resolve com *plea bargains*<sup>24</sup>, situações em que o réu aceita acordo com o órgão acusador e confessa sua culpa (*guilty plea*) para receber uma pena menor, sendo tal acordo homologado judicialmente com dispensa da realização de julgamento.

A Espanha possui um sistema intermediário, em que a confissão poderá ser tida como suficiente para a condenação apenas nos casos em

---

<sup>22</sup> O art. 344 do Código de Processo Penal Português estabelece: “1 - No caso de o arguido declarar que pretende confessar os factos que lhe são imputados, o presidente, sob pena de nulidade, pergunta-lhe se o faz de livre vontade e fora de qualquer coacção, bem como se se propõe fazer uma confissão integral e sem reservas. 2 - A confissão integral e sem reservas implica: a) Renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e conseqüente consideração destes como provados; b) Passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável; e c) Redução da taxa de justiça em metade. 3 - Exceptuam-se do disposto no número anterior os casos em que: a) Houver co-arguidos e não se verificar a confissão integral, sem reservas e coerente de todos eles; b) O tribunal, em sua convicção, suspeitar do carácter livre da confissão, nomeadamente por dúvidas sobre a imputabilidade plena do arguido ou da veracidade dos factos confessados; ou c) O crime for punível com pena de prisão superior a 5 anos. 4 - Verificando-se a confissão integral e sem reservas nos casos do número anterior ou a confissão parcial ou com reservas, o tribunal decide, em sua livre convicção, se deve ter lugar e em que medida, quanto aos factos confessados, a produção da prova”. PORTUGAL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=301&artigo\\_id=&nid=199&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=199&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=). Acesso em 26.12.2016.

<sup>23</sup> VILARES, Fernanda Regina. A prova penal no direito inglês. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368.

<sup>24</sup> BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Plea and Charge Bargaining. Research Summary*. Disponível em: <https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em 28 dez. 2016

que o defensor, ao ser questionado, declare a desnecessidade de continuação do julgamento, hipótese em que o Tribunal determinará desde logo a sentença<sup>25</sup>, já abrindo um espaço para produção de outras provas caso seja interesse da defesa.

Nos países latinos, a legislação já fora muito mais reticente com a aceitação da confissão, até mesmo pelo histórico de regimes ditatoriais em que não eram escassos os relatos de maus tratos e torturas no ambiente policial, com confissões sendo extraídas a força por representantes do Estado. Entretanto, nas últimas modificações legislativas, tem-se visto uma abertura maior para espaços de negociabilidade penal.

A Argentina, por exemplo, traz no seu mais recente Código Procesal Penal de la Nación, possibilidades de procedimento abreviado para certos tipos de crime, quando o acusado manifeste expressa concordância com os fatos constantes da denúncia<sup>26</sup>, o que se acha em idêntica forma no recente Código Nacional de Procedimientos Penales do México<sup>27</sup>.

O que se observa, na verdade, é que, seja como elemento de prova seja como ato voluntário de renúncia à produção de provas, as legislações internacionais caminham em direção à glorificação da confissão, fazendo a opção político-legislativa de sacrificar a busca da verdade em prol da celeridade processual.

Cumprir destacar que não são só os casos de confissões coagidas e mitomaniacos que jogam dúvidas na legitimidade deste tipo de prova.

---

<sup>25</sup> YOKAICHIYA, Cristina Emy. A utilização de novas tecnologias no processo penal espanhol: reflexões sobre tipicidade e atipicidade em matéria probatória. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 332.

<sup>26</sup> Código Procesal Penal de La Nación Argentina - artículo 288.- Presupuestos y oportunidad del acuerdo pleno. Se aplicará a los hechos respecto de los cuales el representante del Ministerio Público Fiscal estimare suficiente la imposición de una pena privativa de la libertad inferior a seis (6) años. Será necesario que el imputado acepte de forma expresa los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación preparatoria que la fundaren y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.

<sup>27</sup> Os artigos 201 em diante expressamente preveem procedimento simplificado quando o acusado “expresamente renuncie al juicio oral” e “Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación”.

Se levarmos em conta a gravidade das conseqüências da intervenção penal na esfera de direitos de um indivíduo, não é difícil vislumbrarmos a possibilidade de confissões protetivas, feitas para salvaguardar terceira pessoa em detrimento do confessado (e.g., mãe confessando crime do filho, ou irmão confessando de irmão<sup>28</sup>).

Ainda, no contexto da criminalidade organizada, em que há uma estrutura hierarquizada de cometimento de infrações, é recorrente que integrantes de baixo escalão assumam a responsabilidade por crimes praticados por seus superiores, seja pela promessa de recompensa seja pelo temor de sua vida.

Por fim, vê-se frequente o caso do acusado que acaba por confessar determinada circunstância do crime, apenas para ver encerrada prematuramente a investigação ou perseguição penal e, assim, não serem descobertos outros elementos mais gravosos, como o cidadão que confessa um homicídio, alegando crime passional, para evitar que a investigação aprofunde e descortine que a morte se deu por uma dívida de drogas, de modo a enquadrar o homicida também como traficante de entorpecentes, ou, ainda, o empresário que confessa uma sonegação fiscal para evitar devassas em suas contas e identificação de outros crimes mais graves contra a administração.

Taruffo conclui que “se o enunciado alegado é falso, a não contestação (a confissão) não o torna verdadeiro [...] se o enunciado alegado é verdadeiro, a não contestação não o torna verdadeiro, porque ele já o é”<sup>29</sup>. Vale dizer, adotando-se a ideia de que aquilo que é o é independente da conclusão a que o processo alcançar, vê-se que a mera confissão não possui o condão de conferir veracidade ao enunciado de fato acusatório.

Entretanto, em sendo a verdade real inalcançável e podendo o processo fixar condições e pressupostos para a aceitabilidade de premissas fáticas de forma suficiente a justificar uma sentença condenató-

---

<sup>28</sup> Caso dessa natureza pode ser visto na reportagem “Menor pode ter confessado crime para proteger irmão mais velho”. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/menor-pode-ter-confessado-crime-para-protoger-irmao-mais-velho-4545619>. Acesso em: 16 jan. 2017.

<sup>29</sup> TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. 13, n. 13, p. 634-657, 2014. p. 650.

ria, poder-se-ia questionar se a confissão não poderia ser apenas uma dessas condições, apta a justificar o encerramento prematuro da atividade estatal com a prolação de sentença condenatória.

Não nos parece, contudo, que há espaço ou legitimidade para se fixar condição desta natureza, já que a convicção penal apta à desconstituição da presunção de inocência deve se formar a partir da análise contextualizada do arcabouço probatório e não pela conformação com um único elemento de prova, mesmo que confessional.

Pontes de Miranda, ao abordar o assunto das provas, em seu Tratado de Direito Privado, afirma que as regras jurídicas sobre ônus da prova devem pressupor a subjetividade de toda incerteza, no sentido de que a necessidade de se provar determinado enunciado de fato reside sempre na circunstância de que as pessoas que analisam o fato não possuem informações suficientes acerca dele para formar a mesma conclusão. Com isso em mente, apenas com a colação do maior número de provas possível, e análise conjunta de todas elas, poder-se-ia obviar a divergência entre as pessoas que apreciam o mesmo fato, e, assim, chegar-se uma coincidência intersubjetiva de enunciados<sup>30</sup>.

Dentro das ideias da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, não se pode querer cogitar uma certeza jurídica condenatória a partir de um único elemento probatório que, historicamente, possui tantos vícios a ele relacionados. Vale dizer, há uma imposição constitucional de que o processo caminhe sempre com a conclusão contrária à condenação, apenas infirmando-se esta conclusão a partir de um estado de certeza acerca da hipótese acusatória. Nesse sentido, tem-se que quanto maior o conjunto probatório, quanto mais elementos de informação dispor o Magistrado para desenvolver sua atividade cognitiva, mais próximo estará do conhecimento verdadeiro e mais legítima será sua decisão<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 421-424.

<sup>31</sup> Chegam a essa conclusão: NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A função epistêmica do processo e as limitações probatórias: o direito à não autoincriminação e sua (in)aplicabilidade no Processo Civil; CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC; BELTRÁN, Jordi Ferrer. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. Todos

Inegavelmente a confissão penal é um importante elemento de prova, já que se traduz na concordância do réu acerca de determinado enunciado de fato da acusação, e, portanto, ilide o caráter litigioso da ação penal, dada a coincidência intersubjetiva de enunciados.

Inclusive, a confissão no processo civil – seja pelo reconhecimento da procedência do pedido seja pela composição – é causa de extinção imediata do feito, com resolução de mérito, de modo que a resolução amigável do litígio é suficiente para se conferir legitimidade à decisão judicial, independentemente de o Magistrado concluir ou aceitar que aquele fato (alegado pelo autor e aceito pelo réu) é verdadeiro, no sentido de plausível e conformado com as provas apresentadas.

Entretanto, em sendo a verdade um relevante valor finalístico do Processo Penal, o julgador não pode se contentar apenas com a confissão do acusado. Isso não só por ela não se mostrar suficiente à formação de uma certeza, como pelos riscos concretos de manipulação processual, devendo então se utilizar das técnicas de confirmação, confronto e controle, para averiguar sua coerência com os demais elementos de prova utilizados, e se chegar a uma verdade processual resultante da análise contextualizada das provas.

Estas técnicas judiciais, descritas por Dominiononi, consistem em acostar outros elementos de prova que traduzam a mesma hipótese fática daquela sob análise (confirmação), analisar elementos estranhos à prova que, se demonstrados, conferem veracidade ao depoimento (confronto), e identificação de elementos intrínsecos e extrínsecos do declarante que possam conduzir a (in) idoneidade do depoimento (controle), tais como tempestividade da declaração, espontaneidade, aspectos morais, culturais e sociais da personalidade, capacidade profissional, dentre outros<sup>32</sup>.

A partir da análise de todo o arcabouço probatório produzido, o Juiz pode construir a dinâmica fática que utilizará como base para formação de seu convencimento acerca da hipótese acusatória, exte-

---

In: DIDIER Jr., Fredie *et al* (coord.). *Provas*. Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada. 2ª Ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016.

<sup>32</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 156.

riorizando o processo intelectual realizado, conferindo racionalidade à sua fundamentação condenatória.

Ferrajoli<sup>33</sup> trata a decisão judicial acerca de determinado fato como um saber-poder, ou seja, como uma conjunção de conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*), aduzindo que o Juiz possui o poder de coercitivamente impor a “verdade” acerca de determinado enunciado de fato. Neste contexto, saber e poder se mantem inversamente proporcionais: quanto mais conhecimento do fato (provas) o Juiz tem, menos ele exerce sua autoridade, e quanto menos provas ele possuir, mais arbitrária será sua decisão.

### **3. A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO PENAL E OS EQUÍVOCOS DA SÚMULA N. 545, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Inobstante tenhamos concluído que a confissão não é um elemento apto a sozinho sustentar uma sentença penal condenatória, não ignoramos a sua incontestável importância como elemento de prova, já que usualmente uma confissão verdadeira e espontânea contribui consideravelmente para a formação do convencimento judicial, principalmente ao preencher determinadas lacunas na construção da dinâmica dos fatos criminosos.

Ainda, em uma esfera extra autos, a confissão é um importante instrumento de arrependimento, a permitir o desenvolvimento de um raciocínio retrospectivo acerca dos atos praticados e suas consequências, fazendo com que, idealmente, o acusado compreenda o dano social de sua conduta e a necessidade da reprimenda estatal, favorecendo o processo de aprisionamento e ulterior reinserção social.

Com isso em mente, o Código Penal prevê, em seu art. 65, inciso III, alínea d, que a confissão espontânea da autoria de um crime é uma circunstância que sempre (“sempre” sendo a palavra-chave) deverá atenuar a pena do réu, transformando-se em um instrumento de estímulo a determinada manifestação de vontade do réu a partir do estabelecimento de uma “recompensa” judicial.

---

<sup>33</sup> Ferrajoli, Luigi. Op. Cit., p. 49.

Após anos de discussão acerca da atenuante da confissão espontânea, seu grau de diminuição de pena, e, principalmente, causas de (in) aplicabilidade, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado n.º 545 de sua súmula, com a seguinte redação: “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

Ao se definir o enunciado com esse teor, construiu-se a ideia de que poderiam haver casos em que o réu, mesmo confessando, não faria jus à atenuante prevista em lei. Seriam as situações em que o conjunto de provas é de tal sorte extenso ou convincente que o magistrado não necessitaria fazer referência à confissão para fundamentar seu julgamento.

Notadamente, a jurisprudência passou a negar a aplicação da atenuante da confissão aos casos de prisão em flagrante<sup>34</sup>, tendo o Supremo Tribunal Federal –STF já decidido que “a prisão em flagrante é situação que afasta a possibilidade de confissão espontânea, uma vez que esta tem como objetivo maior a colaboração para a busca da verdade real”<sup>35</sup>.

Defende-se, portanto, que alcançando o Magistrado a “verdade real” sem a colaboração do acusado, sua eventual confissão seria irrelevante para o processo e, assim, não mereceria ele a atenuante legal.

Esta lógica possui dois problemas inafastáveis, um de ordem legal e outro cognitivo.

Em termos de subsunção, não há espaço, na exegese do Código Penal, para que o Magistrado deixe de aplicar a atenuante de pena nos casos em que o réu confesse a autoria do delito, já que a taxatividade e objetividade da expressão “sempre” não permite o auto-regramento de vontade do julgador a ponto de compreender a atenuante como um negócio jurídico. Pouco importa as razões que levaram o acusado a con-

---

<sup>34</sup> BRASIL. TJAL – Tribunal de Justiça de Alagoas. *Acórdão na Apelação Criminal n.º 0023486-63.2012.8.02.0001*. Câmara Criminal. Relator Desembargador José Carlos Malta Marques. Julgado em 22.07.2015. BRASIL. TJAL – Tribunal de Justiça de Alagoas. *Acórdão na Apelação Criminal n.º 0012783-54.2004.8.02.0001*. Câmara Criminal. Relator Desembargador Sebastião Costa Filho. Julgado em 10.04.2013.

<sup>35</sup> BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Habeas Corpus n.º 108.148/MS*. Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 07.06.2011.

fessar, ou a quantidade de outras provas que se conseguiu produzir, se ele o fez terá sua pena atenuada.

Doutra banda, a Súmula do STJ parte do equivocado pressuposto de que um elemento de prova constante dos autos, e ao qual o julgador teve acesso, não participou da formação de seu convencimento. Vale dizer, ela presume a possibilidade de o juiz ter a capacidade sobre-humana de decidir o que penetrará a sua psique e o que permanecerá nos autos alheio à sua capacidade cognitiva.

Há, no processo de construção da decisão jurídica, o livre convencimento motivado, que permite que o magistrado analise e valere as provas da maneira que lhe convier, desde que fundamente sua decisão e exponha as razões de sua valoração. Nessa lógica, o livre convencimento motivado se apresenta como uma autorização para que o juiz, com a coercibilidade intrínseca da jurisdição, estabeleça se determinado enunciado de fato está provado ou não, e, assim, qual a “verdade” que será considerada para fins de estabelecimento das premissas da sentença penal.

Entretanto, como alerta Antônio Magalhães Gomes Filho, o livre convencimento não implica autorização para arbitrariedade, dada a necessidade de fundamentação. Para ele, a motivação da sentença penal condenatória deve levar em consideração todas as provas acostadas aos autos, nem que seja para rejeitar a premissa fática que ela originalmente pretendia provar, “não sendo racional utilizar-se apenas daquelas que confirmem uma conclusão pré-estabelecida, simplesmente desconsiderando outras que poderiam invalidar um resultado que se quer a todo custo alcançar”<sup>36</sup>.

Apenas com a exposição de todos os meios de prova, com a costura lógica daqueles que coadunam com a sua conclusão e o confronto e derrocada daqueles que outrora poderiam contrariá-la, pode haver controle do arbítrio judicial, facilitado pela exposição das premissas que permitiram formar seu convencimento. Nessa ótica, não se mostra legítima a decisão condenatória que não faça referência a uma das provas produzidas no curso da instrução, notadamente a confissão.

Entretanto, mesmo que não se entenda pela necessidade de menção a todos os elementos de prova constantes dos autos, e se defen-

---

<sup>36</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit., p. 158.

da, como o faz a maioria, que o magistrado está livre para, ao condenar o réu, não fazer referência à confissão, desde que obtenha êxito em expor sua convicção a partir de outros elementos de prova, ainda assim não se poderá dizer que a confissão não participou do processo de construção do seu conhecimento.

Sem a pretensão de um tratado acerca das teorias do conhecimento, é cediço que a aprendizagem que dá azo à convicção é o acúmulo consciente e inconsciente das informações às quais o aprendiz é exposto. A partir do momento em que o julgador tem contato com algum elemento de informação, ele necessariamente é contaminado por ele e aquela informação passa a integrar o espectro de referências que utilizará para balizar a incorporação de novos conhecimentos, de modo que não se pode conceber a ideia de um elemento de prova que, conhecido, não tenha participado da formação de seu convencimento.

Ademais, ao contrário do que o STJ e a jurisprudência parecem crer, não há como se analisar um elemento de prova de forma descontextualizada, como se ele sozinho pudesse levar à uma conclusão suficientemente plausível para se desconstituir uma presunção de inocência. Os elementos de prova colhidos durante um flagrante, por exemplo, só se tornaram suficientes para fundamentar a condenação porque houve a confissão. Caso o réu tivesse negado a prática criminosa e/ou agregado elementos defensivos à sua conduta, a investigação e o processo necessitariam caminhar para uma maior instrução probatória ou o magistrado deveria aditar sua fundamentação para enfrentar a contradição.

Diz Beltrán que “o resultado da valoração da prova é sempre contextual, isto é, referido a um determinado conjunto de elementos de juízo[...]. Se o conjunto mudar, por acréscimo ou subtração de algum elemento, o resultado pode perfeitamente ser outro”<sup>37</sup>. Embora haja resistência judicial, é cediço que nosso Código de Processo Penal não se conforma apenas com a confissão e, embora reconheça seu valor, impõe a formação de uma base probatória maior com a qual ela possa ser confrontada, de modo a reduzir o arbítrio do Estado e permitir a aproximação máxima possível com a certeza exigida pelos princípios regentes do sistema jurídico-penal.

---

<sup>37</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. Op. Cit., p. 108.

#### **4. A COLABORAÇÃO PREMIADA E NEGOCIABILIDADE DA VERDADE NO PROCESSO PENAL**

A relevância de se rediscutir questões como a busca da verdade no processo penal e a insuficiência da confissão para, sozinha, sustentar a fundamentação de uma sentença condenatória surge do movimento moderno do sistema jurídico penal que novamente glorificou a força probatória da confissão e institucionalizou a negociabilidade da verdade no processo penal, através das provas produzidas nas colaborações (ou delações) premiadas.

Tal instituto está previsto especialmente na Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013), que o trata como um meio de obtenção de prova, através do qual um dos integrantes da organização resolve confessar sua participação em certos crimes e colaborar com o sistema de justiça criminal, fornecendo informações relevantes.

Inobstante se reconheça a eficácia deste instrumento de produção de prova na investigação criminal de organizações criminosas, assim como se reconheceu a importância da confissão em si, deve-se analisar tal contexto com cautela, buscando sempre moldar a colaboração premiada para adequar a prática de sua colheita e utilização em contornos constitucionalmente definidos.

Afora diversas outras críticas que já foram feitas pela doutrina à colaboração premiada, não adequadas ao propósito deste artigo, vê-se que uma é de especial relevância, o sacrifício cognitivo que algumas formas dela impõem ao processo.

A Lei de Organizações Criminosas instituiu, entre os artigos 4º e 7º, uma modalidade de negócio jurídico processual, em que há um leque legal de benesses que o Ministério Público pode negociar com o colaborador a depender do grau de relevância de sua delação. A Lei prevê benefícios que variam entre uma imunidade de denúncia, o perdão judicial, redução de pena, substituição por penas alternativas ou progressão antecipada de regime.

Surge, portanto, um *plea bargain* à brasileira, em que a acusação e a defesa podem fazer um acordo – com base apenas na confissão do acusado e eventuais elementos de informação pré-processuais – o qual, após homologado pelo Juiz, servirá de prova para instruir processo con-

tra os outros integrantes da organização criminosa e fixará prematuramente as sanções impostas ao delator.

Criou-se uma hipótese em que a verdade de fatos típicos é objeto de negócio jurídico extraprocessual, na medida em que as partes acordam a aceitabilidade jurídica de determinada premissa relacionada ao crime sem que seja produzida judicialmente nenhuma prova, nos casos em que a colaboração ocorre ainda na fase inquisitorial.

A negociabilidade da verdade sempre foi uma questão controversa. No processo civil, filiamo-nos à ideia de que “a autonomia da vontade pode estipular quais os critérios aptos a estabelecer a fixação dos fatos no processo”<sup>38</sup>, de modo que os fatos a serem levados em conta para a decisão podem ser livremente convencionados pelas partes, desde que voluntaria e conscientemente.

No processo penal, todavia, dada a já elaborada função ética da busca da verdade e a natureza dos interesses envolvidos, não há espaço para autonomia da vontade do órgão acusador estatal quanto à negociabilidade das premissas fáticas.

O arbítrio judicial é um problema generalizado, sem exclusividade a nenhum ramo do direito. Entretanto, no campo penal, ele possui consequências danosas e irreversíveis à vida, à liberdade, à integridade física e psíquica do indivíduo, de modo que toda e qualquer mudança legislativa, política ou pesquisa que envolva a esfera das decisões judiciais penais deve sempre ser orientada para se controlar e reduzir o arbítrio, nunca para incrementá-lo.

Retomando o pensamento de Ferrajoli, quanto menos *veritas*, mais *auctoritas*. Quão menor for o conjunto de informações à disposição do magistrado, maior será o arbítrio na fixação da verdade processual. Estas informações, diga-se de passagem, devem ser majoritariamente produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa no curso de um processo judicial, com respeito a todas as garantias conferidas pela Constituição, já que estes foram os limites estabelecidos para se aceitar o modelo de busca da verdade dentro do nosso processo.

---

<sup>38</sup> SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER Jr., Fredie *et al* (coord.). *Provas*. Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada. 2ª Ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 302.

O controle da arbitrariedade judicial penal advém de a fundamentação da sentença analisar todo um conjunto probatório produzido, confrontando-o e contextualizando-o, independentemente de ter havido confissão ou não, sendo ela apenas mais um importante elemento na formação da convicção do juiz.

Afora as problemáticas éticas advindas da situação de pressão e controle que se impõe ao investigado como forma de coagi-lo indiretamente à delação, vê-se que foi construída uma autorização legal para que o acusador público e o magistrado homologador formem seu convencimento pleno com base apenas na palavra do delator e de elementos ou inquirições pré-processuais<sup>39</sup>, configurando um incontestável retrocesso na esfera dos direitos fundamentais penais.

Decerto que há previsão legal de que nenhuma sentença condenatória será proferida com base apenas nas declarações do delator, mas a fixação apriorística de sua pena sem a realização de uma instrução probatória judicial, mesmo que eventualmente reduzida, é medida que tramita contra toda a corrente de evolução do pensamento processual penal.

Como exemplo, podemos citar o caso em que o colaborador de uma organização criminosa, com os elementos de informação produzidos na investigação, firma acordo de colaboração premiada em que aceita uma penalidade adequada para uma imputação de tráfico de entorpecentes, apenas para, ao final da instrução processual conduzida pelo magistrado, verificar-se que sua conduta melhor seria tipificada como associação para o tráfico, que possui uma pena menor.

Seguindo a lógica da negociabilidade da verdade no processo penal, oriunda da compreensão judicial da supremacia da confissão, o magistrado não teria quaisquer motivos para rever os termos da delação homologada, já que fruto da autonomia de vontade das partes envolvidas. Entretanto, o reconhecimento da verdade como fundamento ético do processo penal impõe que a decisão final se mantenha, ao menos quanto às premissas fáticas, vinculada à convicção advinda da

---

<sup>39</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 176.

análise contextualizada das provas e não presa à verdade negociada em acordo de colaboração.

Tão mais grave é a situação quando se observa que o acordo pode ser homologado sem que sequer o magistrado tenha qualquer contato com o colaborador, já que a lei apenas determina que ele poderá fazê-lo, criando a opção de fixação de uma pena privativa de liberdade sem que sequer o acusado tenha contato com o juiz sentenciante.

O processo penal da criminalidade organizada, para o colaborador, assume a feição de mero instrumento de convalidação de uma confissão extrajudicial confirmada por elementos de informação produzidos inquisitorialmente, quando nossa legislação e nossa cultura jurídica caminham para a rejeição da confissão como elemento de convicção plena do julgador penal e pela necessidade de confirmação das provas em sede de instrução processual acusatória.

Decerto que a legislação pode criar *standards* para a valoração de certas provas ou para a formação da certeza jurídica penal. Entretanto, não nos parece legítimo que se fulmine a presunção de inocência a partir da reglorificação da confissão e a confiança plena em elementos de informação inquisitivos, permitindo a negociabilidade da verdade entre órgão acusador e o réu. A ampla defesa e o contraditório, garantias constitucionais oriundas de importantes conquistas civilizatórias, se tornam meros adereços dispensáveis por economia psíquica do julgador<sup>40</sup> que vê seu trabalho encerrado – quanto ao delator – em face do reconhecimento do poder inquestionável da confissão.

Nas provas produzidas contra os delatados a situação é mitigada, mas não deixa de carecer de atenção. Decerto que eles possuem o “privilégio” da instrução probatória, com ampla defesa e contraditório para apresentação de outros elementos de convencimento que possam se contrapor à dinâmica fática construída pelo delator. Entretanto, a manutenção da cultura jurídica de hipervalorização da confissão pode transformar essa instrução probatória do delatado em mera ratificação do convencimento do julgador, já formado pela versão do delator.

Assim, o sacrifício epistemológico que se atribui a certas modalidades de colaboração premiada não se verifica exclusivamente na im-

---

<sup>40</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes, op. cit., p. 177.

posição apriorística de penas ao delator com base em fatos estabelecidos pela confissão e elementos de informação pré-processuais. Verifica-se o sacrifício epistemológico, principalmente, na tendência jurisprudencial de hipervalorizar o depoimento do delator como indicativo definitivo de verdade quanto aos fatos em apuração, seja em seu próprio processo seja no dos delatados, resgatando a equivocada ideia de supremacia probatória da confissão.

## CONCLUSÃO

Não se nega o valor probatório da confissão do acusado no processo criminal. Seja como um instrumento de colaboração com a justiça, manifestação de um arrependimento ou simplesmente estratégia defensiva para redução de pena, é fato que o sistema jurídico penal possui muito a ganhar com a postura do acusado em relatar voluntariamente a dinâmica dos fatos criminosos.

Entretanto, a prática do sistema jurídico penal demonstra a possibilidade real de contaminação desta prova, por problemas psíquicos do confessado, coação física e moral, confissões protetivas, pagas, ou, ainda, confissões instrumentalizadas para manipulação da justiça. Ademais, aliado a essas questões concretas e verificáveis individualmente, vê-se que há um empecilho ideológico para a supremacia confessional.

A busca da verdade, como fundamento ético do processo penal, impõe sempre a construção de um arcabouço probatório maior com o qual a confissão possa ser confrontada, segundo conclusão lógica advinda dos princípios constitucionais penais e que foi consolidada nas regras processuais dos artigos 197 e 200 do Código de Processo Penal.

Entretanto, a despeito da opção político-legal pela insuficiência da confissão, vê-se que a legislação específica contra o crime organizado buscou retomar a lógica de sua supremacia, possibilitando acordos de colaboração premiada que impõem, por homologação judicial, penas alternativas, perdões judiciais, imunidades de denúncia e reduções de pena àqueles que, confessando, contribuam para a incriminação dos demais partícipes do grupo criminoso.

Permitir a imposição de qualquer sanção a partir unicamente da confissão do acusado, ou amparando-a em provas indiciárias eventualmente produzidas pelo próprio acusado, é o reconhecimento da inapetição do Estado em conduzir um Processo Penal nos moldes definidos pelas regras constitucionais e legais.

Decerto que o combate ao crime organizado pode justificar a criação de novos *standards* para a conformação probatória penal. Entretanto, não se pode, com esse fundamento, aceitar um completo sacrifício epistemológico a partir de uma negociabilidade das premissas fáticas que fundamentem a sentença condenatória.

A formação da convicção penal legitimamente apta a desconstituir a presunção de inocência deve surgir da análise contextualizada dos elementos probatórios coligidos aos autos por meio do devido processo legal, e nunca da conformação duvidosa do réu a partir de elementos informativos colhidos inquisitivamente.

No âmbito das colaborações premiadas, o equívoco que se deve evitar, como já dito, é a hipervalorização do depoimento do delator – seja em relação a ele seja quanto aos delatados – como indicativo definitivo da verdade dos fatos, formando o julgador sua convicção apriorística e transformando o processo em mero ratificador.

Para tanto, a fundamentação da decisão penal assume especial relevância, de modo que o julgador deve sempre expor sua convicção de forma contextualizada a partir da análise de todos os elementos de prova colhidos nos autos, sejam aqueles que corroboram a dinâmica fática contida na confissão, ou delação, sejam aqueles que porventura se contraponham a ela, de modo a mitigar o sacrifício epistemológico advindo da negociabilidade típica da confissão.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2015.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. A prova é liberdade, mas não tanto: uma teoria da prova quase-benthamiana. In: DIDIER Jr., Fredie *et al* (coord.). *Provas*. Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada. 2ª Ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 103-122.

BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. *Plea and Charge Bargaining. Research Summary*. Disponível em: <https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em 28 dez. 2016.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. In: DIDIER Jr., Fredie *et al* (coord.). *Provas*. Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada. 2ª Ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 533-556.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª Ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001.

KHALED Jr., Salah H. *A busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

KHALED Jr., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 1, p. 166-184, 2015. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>

IOKOI, Pedro Ivo Gricoli. A disciplina da prova no Código de Processo Penal mexicano. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 179-221.

LAÊRTIOS, Diôgenes. *Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres*. Tradução do grego, introdução e notas: Mário da Gama. 2ª Ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A função epistêmica do processo e as limitações probatórias: o direito à não autoincriminação e sua (in) aplicabilidade no Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie *et al* (coord.). *Provas*. Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada. 2ª Ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 55-81.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PORTUGAL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=301&artigo\\_id=&nid=199&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=301&artigo_id=&nid=199&pagina=4&tabela=leis&nversao=&so_miolo=). Acesso em 26 dez. 2016.

RASTAM, Hannes. *O caso Thomas Quick: A invenção de um assassino em série*. Rio de Janeiro: Record, 2014.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER Jr., Fredie *et al* (coord.). *Provas*. Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada. 2ª Ed. rev. e atual. Salvador: Juspodium, 2016, p. 283-306.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. 13, n. 13, p. 634-657, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VILARES, Fernanda Regina. A prova penal no direito inglês. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 358-394.

YOKAICHIYA, Cristina Emy. A utilização de novas tecnologias no processo penal espanhol: reflexões sobre tipicidade e atipicidade em matéria probatória. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 314-354.

## DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 07/11/2016
  - Controle preliminar e verificação de plágio: 12/11/2016
  - Avaliação 1: 21/11/2016
  - Avaliação 2: 23/11/2016
  - Avaliação 3: 26/11/2016
  - Decisão editorial preliminar: 14/12/2016
  - Retorno rodada de correções 1: 16/01/2017
  - Decisão editorial 2: 16/01/2017
  - Retorno rodada de correções 2: 20/01/2017
  - Decisão editorial final: 23/01/2017
- Equipe editorial envolvida**
- Editor-chefe: 1 (VGV)
  - Editora-associada: 1 (SRM)
  - Revisores: 3

## COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RODRIGUES, Paulo Gustavo. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 103-130, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.32>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

# Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro

*Unilateral plea bargain as a logical result of the Brazilian due process's constitutional guidelines*

**Marcos Paulo Dutra Santos<sup>1</sup>**

Professor da EMERJ, FESUDEPERJ e AMPERJ – Rio de Janeiro/RJ

marcospdutra@uol.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/8149938872041422>

 <http://orcid.org/0000-0003-3405-2047>

---

**RESUMO:** O artigo objetiva assentar a possibilidade da colaboração premiada unilateral, independentemente de acordo prévio com o Ministério Público. A partir do contraponto entre os modelos norte-americano e italiano de justiça penal negocial e o praticado no Brasil, demonstrar-se-á que a aceitação dessa modalidade de cooperação, considerada a natureza dos benefícios previstos em lei, é decorrência natural e inafastável dos princípios constitucionais informativos do ordenamento processual penal brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colaboração Premiada Unilateral; Controle jurisdicional; Ministério Público.

**ABSTRACT:** *This article analyzes the possibility of an unilateral plea bargain, not depending on a previous agreement with the prosecution. From the comparative study between the American and Italian bargained criminal justice and the one practiced in Brazil, it reveals the acceptance of this type of cooperation,*

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual pela UERJ, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, Assessor de Ministro do STF (2015/2016), Professor de Processo Penal e de Execução Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Fundação Escola da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ), da Escola de Direito da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), e dos Cursos Fórum/RJ e Supremo/BH.

*according to the nature of the benefits involved, as a natural and inevitable consequence of the constitutional principles that guide Brazilian Criminal Procedure Law.*

**KEYWORDS:** *Unilateral plea bargain; Judicial control; Prosecution.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Colaboração Premiada nos Estados Unidos da América; 2. Colaboração Premiada na Itália; 3. Colaboração Premiada no Brasil; 4. Cooperação Unilateral Premiada; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

A justiça penal negociada, fenômeno verificado primordialmente nos ordenamentos regidos pela *common law*, sobretudo o norte-americano, foi introduzido no Brasil na década de 1990 e, desde então, tem se espalhado significativamente, mas por dois caminhos distintos.

O primeiro, despenalizador, que tem na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006, o diploma legal central, consideradas a composição civil, a transação penal, a exigência de representação para os delitos de lesão corporal leve e culposa e a suspensão condicional do processo, *ex vi* dos artigos 74, parágrafo único, 76, 88 e 89, respectivamente. Voltam-se para as infrações de menor potencial ofensivo – contravenções penais e crimes apenados até dois anos<sup>2</sup>, independentemen-

---

<sup>2</sup> Excepcionalmente, por expressa disposição legal, alcançam infrações penais cuja reprimenda máxima supera 2 anos de prisão, como a lesão corporal culposa de trânsito, tanto na forma simples quanto circunstanciada, haja vista o preceituado no §1º do artigo 291 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1.997 (Código de Trânsito Brasileiro), acrescido pela Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2.008, consoante jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, admitindo, por exemplo, a renúncia ao direito de representação, e consequente extinção da punibilidade, mesmo quando presente a causa de aumento de pena relativa à ausência de habilitação para condução de veículo automotor – 5ª Turma, HC 25.082/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 18/03/2004, DJ 12/04/2004, p. 222; 6ª Turma, HC 299.223/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 24/05/2016, DJe 06/06/2016.

te da cominação cumulativa ou alternativa de outras reprimendas não privativas de liberdade<sup>3</sup> – e, no último caso (suspensão condicional do processo), também para as de média reprovabilidade, isto é, injustos cuja pena mínima não exceda um ano. Tais instrumentos legais permitem ao Ministério Público não formalizar a denúncia, apesar de presentes as condições para tanto, ou não prosseguir com a ação penal, no

<sup>3</sup> A Lei nº 11.313/06, ao modificar o conceito de infração de menor potencial ofensivo previsto na redação originária do art. 61 da Lei nº 9.099/95, eliminou a ressalva existente em relação aos injustos com rito especial. Ademais, embora se refira, especificamente, à irrelevância da cominação cumulativa ou alternativa da pena de multa, tal alusão foi exemplificativa, adotando, como parâmetro, o conceito de infração penal inserto no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941), correspondente à toda conduta apenada isoladamente com reclusão, detenção ou prisão simples; e/ou multa. Com efeito, caso o legislador pretendesse compreender a totalidade de reprimendas listadas no ordenamento, cumulativas ou alternativas à prisão, gastaria, provavelmente, ao menos meia página na transcrição do art. 61 da Lei nº 9.099/95. Mesmo antes da Lei nº 11.313/06, ainda sob a égide do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 (cuja definição de infração de menor potencial ofensivo predominava sobre a existente no texto original do art. 61 da Lei nº 9.099/95), este já era o entendimento prevalente na doutrina – v.g., GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover *et al. Juizados Especiais Criminais*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, pp. 373-374 e 378); PRADO, Geraldo e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais*, Comentários e Anotações. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 8-9, 11-12 e 17; JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19 -, circundado por Tribunais, como odo Estado do Rio de Janeiro, haja vista o enunciado nº 2 do Aviso nº 2/2002; além do Superior Tribunal de Justiça – 5ª Turma, HC nº 40.207/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 11/10/05, v.u., DJ de 21/11/05, p. 263; HC nº 30.405/SP, j. em 4/11/03, DJ de 1º/12/03, p. 00386, v.u.; 3ª SEÇÃO, C.C. nº 38.940/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 26/11/03, v.u., DJ de 19/12/03, p. 317; 6ª Turma, HC nº 24.148/SP, j. em 10/2/04, Rel. Min. Paulo Medina, v.u. (informativo STJ nº 198); e do Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma, HC nº 85.694/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 7/6/05. Exemplo emblemático disso é o crime de abuso de autoridade, que, sem embargo das quatro penas cominadas cumulativamente ao infrator – multa, detenção de dez dias a seis meses, perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública pelo prazo de até três anos (art. 6º, §3º, da Lei nº 4.898/65) –, desafia a competência do Juizado Especial Criminal, bem como os institutos despenalizadores (composição cível dos danos e transação penal), porquanto a pena máxima em abstrato não excede dois anos. Nesse diapasão, STJ, 5ª Turma, HC nº 163.282/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 18/5/2010, DJe de 21/6/2010.

caso da suspensão condicional do processo, deixando de lado o exame da pretensão punitiva estatal em prol de acordos entre o imputado e a alegada vítima ou entre o primeiro e o *Parquet*, relativizando os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública. Prioriza-se o consenso em vez de apurar o ocorrido.

O segundo rumo da justiça penal negocial, por outro lado, ostenta viés destacadamente punitivo. Nesse universo está a colaboração premiada, enquanto “veículo de produção probatória, porquanto, a partir das informações disponibilizadas, deflagram-se diligências em busca de provas que as endossem”<sup>4</sup>. Persegue-se, através dela, a condenação do maior número de agentes, inclusive do cooperador, mas, em relação a este, atenuada— apenas excepcionalmente será agraciado com o perdão judicial ou, até, ministerial, consubstanciado no arquivamento do inquérito ou das peças de informação, nos moldes do §4º do artigo 4º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.

A par da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, que vem a ser o diploma legal geral da delação premiada, disciplinando-a nos artigos 13 a 15, existem oito outras hipóteses específicas: crimes hediondos (artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990), extorsão mediante sequestro (artigo 159, §4º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996), crimes contra o sistema financeiro nacional (artigo 25, §2º, da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, com a redação dada pela Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995), crimes contra a ordem econômica e tributária (artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, com a redação dada pela Lei nº 9.080/95), a atrair espécie própria de cooperação premiada, quando atrelados à formação de cartel, aplicável também aos delitos licitatórios e à associação criminosa (artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011), lavagem de capitais (artigo 1º, §5º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, com a redação dada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012), entorpecentes (artigo 41 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) e organização criminosa (artigo 4º da Lei nº 12.850/13).

---

<sup>4</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. Salvador: Jus Podivum, 2016, p. 81.

Diferentemente dos institutos despenalizadores, destacadamente a transação penal e a suspensão condicional do processo, que repercutem no exercício da ação penal pública, a colaboração premiada, a depender da hipótese, importa perdão judicial, atuando como causa extintiva da punibilidade, *ex vi* do art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/13 (crime organizado), do §5º do art. 1º da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro), do art. 87, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 12.529/11 (crimes relacionados à prática de cartel), além do art. 13 da Lei nº 9.807/99, que é o diploma legal reitor do tema; causa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando tiver por objeto organização criminosa ou lavagem de dinheiro; causa de fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, também se estiver relacionada com o crime de lavagem de capitais, ou de progressão de regime, em se tratando de organização criminosa, considerado o art. 4º, §5º, da Lei nº 12.850/2013; causa de redução da pena, sempre na fração de um a dois terços, presente em todas as hipóteses de delação premiada, exceto a pertinente à organização criminosa, em que o redutor é de até dois terços, não garantindo de antemão qualquer fração reducional mínima – neste último caso, admite-se, ainda, a diminuição da reprimenda, em até metade, após a sentença penal condenatória, configurando incidente de execução penal, provisória ou definitiva (art. 4º, §5º, da Lei nº 12.850/2013).

O Pleno do Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup> ainda entendeu, à unanimidade, que a colaboração premiada pode atuar como causa de exclusão ou de atenuação dos efeitos da sentença penal condenatória, porquanto “(...) havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas ‘as medidas adequadas para encorajar’ formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para ‘mitigação da pena’ (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador (...)”.

Constata-se, portanto, que a colaboração premiada, diferentemente dos institutos despenalizadores, projeta-se na punibilidade, na

---

<sup>5</sup> HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 27/8/2015, DJe de 4/2/2016.

aplicação da pena e, na dicção do Supremo, até nos efeitos secundários da condenação criminal, matérias sujeitas à reserva de jurisdição. Partindo dessa premissa, cumpre analisar ser, ou não, constitucionalmente admissível condicionar, impreterivelmente, o reconhecimento da cooperação e a conseqüente concessão do prêmio respectivo pelo juiz à formalização e à homologação prévias de acordo entre o imputado e o Ministério Público, mas não sem antes examinar como a questão é equacionada nas legislações norte-americana e italiana, indubitavelmente as duas que mais influência exerceram sobre o ordenamento pátrio no trato da matéria.

Igualmente cumpre elucidar se a cooperação unilateral teria vez quando o prêmio correspondesse ao não oferecimento da denúncia, previsto no art. 4º, §4º da Lei nº 12.850/13.

Deve-se, ainda, estabelecer um diálogo entre a admissibilidade da colaboração premiada unilateral e a constitucionalidade da legitimação dada aos delegados de polícia para entabular acordos de cooperação, *ex vi* dos §§2º e 6º do art. 4º da Lei nº 12.850/13.

Finalmente, fixada a viabilidade de se premiar a colaboração unilateral, há de se examinar a natureza enquanto direito público subjetivo do delator, especialmente no tocante à extensão, a alcançar apenas uma ou algumas das contrapartidas legais, a ser(em) eleita(s) pelo juiz, quando da sentença, ou benesse(s) específica(s).

## 1. COLABORAÇÃO PREMIADA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Em vista do *adversary system*, não se concebe qualquer controle jurisdicional no tocante ao exercício da ação penal pela promotoria, notabilizado pela absoluta discricionariedade – *prosecutorial discretion* –, irradiada às atividades policial e jurisdicional, e mesmo à execução da pena – *probation*<sup>6</sup> –, guiando-se por vetores políticos e utilitaristas: descartar os delitos irrelevantes, concentrando-se os esforços na criminalidade de vulto, cuja repressão rende visibilidade social, e, exatamen-

---

<sup>6</sup> MUSSO, Rosanna Gambini. *Il Processo Penale Statunitense*, Soggetti ed Atti. 2ª ed., Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 32-33.

te por isso, é a que interessa combater. Não por acaso apenas de cinco a dez por cento das demandas criminais chegam a julgamento – *trial* –, terminando as demais no *pretrial*<sup>7</sup>, a revelar ser a justiça penal norte-americana inteiramente pautada na barganha.

Não são poucas as críticas ao *plea bargaining*. Rubens Casara e Antonio Pedro Melchior observam, respaldados em artigo de Andrew Hessick e Reshma Saujani<sup>8</sup>, que acusados apenas reconhecem a culpabilidade para não se submeter aos riscos de uma reprimenda maior, fenômeno nomeado de “problema do inocente”<sup>9</sup>. Lucian E. Derwan e Vanessa A. Edkins relatam o episódio no qual John Dixon foi acusado de ter roubado e abusado sexualmente de uma jovem de 21 anos, em Nova Jersey, em 23 de dezembro de 1990. Pressionado pela Promotoria, ante a perspectiva de receber pena substancialmente maior, caso optasse pelo julgamento, declarou-se culpado, sendo condenado a 45 anos de prisão. Todavia, foi liberado 10 anos depois, por força de exame de DNA, que elidiu a autoria delitiva<sup>10</sup>. Cynthia Alkon aponta que o direito a um julgamento se torna verdadeira punição – “*trial penalty*” –, ensejando condenações quatro vezes superiores às oriundas da barganha<sup>11</sup>. O acordo fragiliza a ampla defesa, escamoteando a mediocridade técnica de certos defensores, afinal o pacto é, sempre, a alternativa mais cômoda – no embate, as deficiências técnicas viriam rapidamente à tona. Vinicius Vasconcellos aponta o quanto a justiça penal negociada tem deteriorado a relação advogado-cliente, mesmo quando bem preparado e intencionado é o profissional, elegendo opções que não necessariamente

---

<sup>7</sup> MUSSO, Rosanna Gambini. Ob. cit., p. 32-35.

<sup>8</sup> HESSICK, Andrew; SAUJANI, Reshma. Plea Bargaining and Convicting the Innocent: the Role of the Prosecutor, the Defense Counsel and the Judge. *Brigham Young University Journal of Public Law*, v.16, p. 189-242, 2002.

<sup>9</sup> CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio P. Estado Pós-Democrático e Delação Premiada: Crítica ao Funcionamento Concreto da Justiça Criminal Negocial no Brasil. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 424, nota 21.

<sup>10</sup> DERWAN; Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. The Innocent Defendant’s Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining’s Innocence Problem. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 103, n. 1, mai./2012. p. 5-6.

<sup>11</sup> ALKON, Cynthia. Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems? *Transnational Law and Contemporary Problems*, v. 19, abr./2010, p. 394.

te seriam as melhores ao acusado, afastando-o “(...) de sua característica posição de resistência à pretensão punitiva estatal”<sup>12</sup>. Não raro a mídia é utilizada como forma de compelir o imputado a celebrar acordos de cooperação, especialmente por meio de vazamento de informações pelos órgãos de repressão estatal, polícia e Ministério Público, ainda que o amparo probatório não se mostre robusto<sup>13</sup>.

Apesar das críticas, respalda-se a *prosecutorial discretion*, pois, do contrário, a administração da justiça penal entraria em colapso. Diz a Suprema Corte que a atuação da promotoria seria estritamente técnica, gozando de presunção de correção. Notícia Rossana Gambini Musso que, nada obstante as denúncias levadas a cabo pela *American Bar Association*, segundo as quais a maioria das investigações instauradas para apurar casos de corrupção pública teve como suspeitos agentes políticos envolvidos em perseguições raciais contra afrodescendentes e hispânicos, entre os quais promotores, a Suprema Corte não reviu a sua posição.

Geraldo Prado destaca que a confiança quase absoluta no Estado e nas instituições repousa, em grande parte, nas concepções de contrato social desenvolvidas por Thomas Hobbes e John Locke, criando o caldo absolutamente propício ao desenvolvimento do *plea bargaining*. Na medida em que, para o primeiro, “o Estado é fruto do medo e constitui a ferramenta que permite às pessoas terem esperança de viver em paz e implementar todas as suas potencialidades”, enquanto, para o segundo, “o caráter protetivo do sistema legal, sua fundação nas raízes da própria sociedade, levam o sujeito individual e concreto...a ter em regra em relação de fidelidade com a lei”, não causa espécie que se veja como correto o atuar acusatório estatal, e normal o imputado abdicar de certas garantias em prol de um acordo com o mencionado Estado-acusação, presumindo-se justa a avença.<sup>14</sup> Não por acaso as razões comumente evocadas a favor da Justiça Penal Negocial perpassam

---

<sup>12</sup> VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 185.

<sup>13</sup> COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano VI, n. 22, abr./jun. 2006, p.76.

<sup>14</sup> PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 78-83.

pela constatação de a maioria dos réus ser, efetivamente, culpada, daí não contestar a acusação; pela economia representada pela barganha, reduzindo, significativamente, os custos de um processo criminal; e pela eficiência na elucidação de casos complexos, e, mesmo, na construção de novas demandas, notadamente relacionadas à corrupção e ao tráfico de entorpecentes<sup>15</sup>. John Kaplan chega a mencionar que, se por hipótese fosse banida a barganha no ordenamento estadunidense, os acordos continuariam a acontecer, diretamente com o juiz, potencializando o sigilo em detrimento da publicidade<sup>16</sup>.

Embora admita a possibilidade de haver *discriminatory prosecution* em virtude de acusações seletivas – *selective prosecution* –, a Corte exige a demonstração do “impacto discriminatório” – *discriminatory effect* –, citando casos nos quais idêntico fenômeno restou verificado, e do “escopo discriminatório” – *discriminatory purpose* –, isto é, o menosprezo por qualquer critério técnico, norteados-se por critérios de raça, religião ou particular animosidade – *vindictive prosecution* –, de maneira a gerar, ao menos, dúvida razoável quanto à correção da atividade persecutória. Trata-se de difícilíssimo ônus probatório, porquanto as promoções acusatórias, inclusive as de teor investigatório – *discovery* –, dispensam fundamentação.<sup>17</sup>

Ante o cenário, percebe-se o quão tímido é o controle jurisdicional, buscando verificar, fundamentalmente, se a manifestação de vontade do imputado foi voluntária e inteligente.

Voluntariedade, segundo a Regra Federal nº 11, (b), (2), significa não ser a colaboração fruto de ameaça, violência física ou de promessas juridicamente inatendíveis, devendo o juiz indagá-lo a respeito, pessoalmente, em audiência – *open court*. A norma tem sido interpretada restritivamente pelos Tribunais, admitindo-se, *a contrario sensu*, coerções psicológicas, como a *overcharging* – acusações excessivamente graves ou abundantes, como estratégia à obtenção de acordo, em geral nos moldes do item (c) (1) (A) da Regra Federal nº 11 (retirada de algumas

<sup>15</sup> ALKON, Cynthia. Ob. cit., p. 391-393.

<sup>16</sup> KAPLAN, John. American Merchandizing and the Guilty Plea: Replacing the Bazaar with the Department Store, *Am. J. Crim. Law*, vol. 5, 1977, p. 220 *apud* ALKON, Cynthia. Ob. cit., p. 392, nota 249.

<sup>17</sup> MUSSO, Rosanna Gambini. Ob. cit., p. 39-41.

das imputações) – ou o *package deals*– existindo muitos envolvidos, em vez de negociar individualmente, a promotoria oferece proposta única, global, cujo implemento depende da aquiescência geral.

Três precedentes bem ilustram o asseverado.

*Brady v. U.S.* (1970)<sup>18</sup> versou sobre um rapaz, Brady, acusado de extorsão mediante sequestro. Se fosse levado ao *Grand Jury*, os jurados poderiam recomendar-lhe a pena de morte; se preferisse o julgamento por um Juízo monocrático – *bench trial* –, a resposta penal máxima seria a prisão perpétua. Embora, primeiro, Brady tenha escolhido o processo e julgamento pelo Júri, posteriormente recuou e optou por declarar-se culpado, recebendo do Juízo singular uma reprimenda de cinquenta anos de reclusão, depois reduzida para trinta. Após, recorreu à Suprema Corte, a fim de invalidar sua declaração de culpa, alegando que esta não havia sido livre, mas sim fruto da coerção representada pela previsão legal de lhe ser imposta a pena de morte, caso escolhesse o julgamento pelo Júri. A Corte, na esteira do voto condutor do *Justice White*, indeferiu o pleito, obtemperando que sua declaração de culpa não foi coagida – *coerced* –, e sim causada – *caused* – pela legislação<sup>19</sup>.

Em *Bordenkircher v. Hayes* (1978)<sup>20</sup>, a acusação atrelou-se à falsificação de notas bancárias, no valor total de \$88,30 – oitenta e oito dólares e trinta centavos –, cuja reprimenda variava de dois a dez anos de reclusão. A promotoria afirmou que, caso não se declarasse culpado, qualificaria o imputado como delinquente habitual (reincidente), circunstância que, segundo a legislação local – *Kentucky Habitual Criminal Act* – tornava a reprimenda perpétua. Hayes optou pelo julgamento, foi qualificado pela promotoria da forma prometida e, ao final, condenado à prisão perpétua. Recorreu, então, à Suprema Corte, que, no entanto, não

---

<sup>18</sup> Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2017. Sublinha-se que o inteiro teor do precedente se encontra disponível apenas na versão impressa, não se mostrando acessível por meio do sítio eletrônico oficial da Suprema Corte Norte-Americana.

<sup>19</sup> WHITEBREAD, Charles H.; SLOBOGIN, Christopher. *Criminal Procedure, An Analysis of Cases and Concepts*. 4<sup>a</sup> ed. Nova Iorque: University Textbook Series, Foundation Press, 2000. p. 671.

<sup>20</sup> Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/357/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2017. Reportamo-nos à observação revelada na nota nº 18.

viu nada de irregular na conduta do promotor, encarando-a como mera estratégia desenvolvida para alcançar o acordo<sup>21</sup>.

Em *Pollard v. U.S.* (1992)<sup>22</sup>, precedente da Corte do Circuito da Capital (*D.C.Cir.*), o réu foi acusado de conspiração internacional, porquanto teria passado informações confidenciais do Departamento de Defesa norte-americano ao governo de Israel. A fim de facilitar a obtenção do acordo, a promotoria estendeu a acusação à mulher de Pollard, seriamente doente à época, enquadrando-a como partícipe. Ambos pactuaram, mediante a promessa de tratamento penal mais benigno à esposa. Posteriormente, Pollard impugnou a declaração de culpa, obtemperando que teria sido fruto de uma coação mental e emocional levada a cabo pela promotoria. A Corte, entretanto, ao negar o pleito, alegou que a manifestação da vontade do réu foi perfeitamente livre, eis que não houve ameaças ilícitas ou abusivas, violência, nem tampouco promessas falsas ou impróprias (*v.g.*, suborno). A Corte chegou a asseverar que Pollard ainda deveria agradecer o *package deal*, considerados os benefícios concedidos à consorte.<sup>23</sup>

Cumulativamente à voluntariedade exige-se a inteligência, isto é, o imputado há de ter consciência do conteúdo e das consequências do pacto avençado com a promotoria, devendo o juiz, pessoal e obrigatoriamente, adverti-lo, nos termos da Regra Federal nº 11, (b), (1),

---

<sup>21</sup> Saltzburg, Stephen A; Capra, Daniel. J. *American Criminal Procedure, Cases and Commentary*.5ª ed. St. Paul, Minn.: American Casebook Series, West Publishing Co., 1996, p. 828-829 e MUSSO, Rosanna Gambini (ob. cit., p. 42-43) apontam que tal julgado não foi unânime na Suprema Corte, contando com a dissensão dos *Justices* Blackmun, Brennan, Marshall e Powell. O primeiro, *Justice* Blackmun, obtemperou que haveria fortes razões de equidade – *fairness* – a censurar a manipulação da acusação pela promotoria, que deve ser deduzida logo no início do procedimento negocial, servindo de referencial para eventual acordo, sob pena de cancelar, ao final, uma linha de atuação absolutamente deturpada, “invertida” (*filliped thread attheend*). O último, *Justice* Powell, foi incisivo ao declarar que a estratégia encetada pelo promotor não refletia o interesse público por uma sentença apropriada, mas o simples desejo de evitar a todo o custo o julgamento, ainda que isso representasse uma condenação absolutamente desarrazoada.

<sup>22</sup> Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/352/354/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2017. Reportamo-nos à observação revelada na nota nº 18.

<sup>23</sup> SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. Ob. cit., pp. 832-834.

da natureza da imputação criminosa veiculada na declaração de culpa firmada, incluindo a escala penal correspondente, bem como as particularidades da execução da pena e os requisitos necessários à conquista do livramento condicional. Igualmente deve ser alertado da possibilidade de o Juízo divergir da proposta de condenação e/ou de sanção apresentada e do dever de indenizar a vítima, se existir previsão legal nesse sentido, incluindo confisco de bens – *Rule 11 (b) (1) (G, H, I)*. Ainda será informado do direito a um advogado, para representá-lo ao longo de todo o processo, providenciado o Estado um profissional, caso não tenha – *Rule 11 (b) (1) (D)*; do direito de declarar-se inocente, de ser julgado por um júri (*tried by jury*), bem como das garantias à não autoincriminação e ao contraditório em juízo (*the right to confront and cross-examine adverse witness*) – *Rule 11 (b) (1) (B, C, D, E)*, da renúncia ao julgamento, na medida em que se declara culpado ou não contesta a imputação – *Rule 11 (B) (1) (F)*; do dever de dizer a verdade ao Juízo, caso decida inquiri-lo, sob juramento oficial, na presença de seu defensor, acerca dos crimes em relação aos quais se declarou culpado, sob pena de as respostas serem usadas em seu desfavor, em futuro processo de perjúrio ou de falso testemunho – *Rule 11 (b) (1) (A)*; de renúncia ao direito de apelo ou de ataque colateral à sentença – *Rule 11 (b) (1) (N)*.

Ínsita ao requisito da inteligência – *knowing and intelligent factor* – é a higidez mental do acusado, de modo que possa, racionalmente, compreender o significado e os desdobramentos da declaração de culpa. Trata-se do que a doutrina e a jurisprudência norte-americanas chamam de *competency to plead guilty*. A Suprema Corte norte-americana, em *Godinez v. Moran* (1993)<sup>24</sup>, entendeu, por maioria, que o grau de discernimento exigível para validar uma declaração de culpa é o mesmo necessário para que o réu seja submetido a julgamento, nunca menor, pois o *plea of guilty* deságua em uma sentença penal condenatória.<sup>25</sup>

A inteligência pressupõe, ainda, o acesso, pela defesa técnica, às provas existentes contra o imputado. Tal direito, todavia, restringe-se às

---

<sup>24</sup> Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/389/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2017. Reportamo-nos à observação revelada na nota nº 18.

<sup>25</sup> SALTZBURG, Stephen A.; CAPRA, Daniel J. Ob. cit., p. 836-837.

provas exculpantes – *exculpatory evidence* –, ou seja, às peças de informação efetivamente favoráveis ao réu. A promotoria não está obrigada a revelar as evidências restantes, nem tampouco esclarecer se existiriam outras. Como qualquer negócio, não estariam as partes compelidas a exibir as vulnerabilidades. Se a tese acusatória é frágil, que tal debilidade apareça somente no julgamento, conforme decidiu a Corte de Nova Iorque em *People v. Jones* (1978)<sup>26</sup>. E a Suprema Corte, em *U.S. v. Bagley* (1985)<sup>27</sup>, foi além, ao declarar que o não acesso da defesa ao acervo probatório da acusação, mesmo às exculpantes, apenas vicia o negócio jurídico se o acusado provar (ônus seu) que, caso tivesse tomado ciência deste, não teria pactuado, preferindo o julgamento convencional, com todos os riscos a ele inerentes.<sup>28</sup>

Diante do quadro, embora o juiz deva, antes de homologar o acordo, verificar a existência de suporte probatório mínimo, na linha preconizada na Regra Federal nº 11 (b) (3), a rejeição é excepcional, porquanto as negociações entre promotoria e defesa gravitam em torno da acusação que será deduzida em juízo – *charge bargain*. Em virtude do *adversary system*, o juiz não possui o menor controle sobre a atividade acusatória desempenhada pela promotoria, orientada pela mais absoluta discricionariedade (*prosecutorial discretion*). Os tribunais prendem-se muito à acusação deduzida em juízo, nelas interferindo apenas se manifestamente abusivas. Dessa forma, desde que o negócio tenha como objeto a imputação que será deduzida em juízo, se estiver aparentemente regular, inexistirá controle jurisdicional.<sup>29</sup>

O inverso, ou seja, o Judiciário deferir o prêmio, independentemente de acordo prévio com a acusação, soa impensável, em um modelo como o *adversary system* adotado no processo penal estadunidense.

---

<sup>26</sup> Disponível em: <[http://www.leagle.com/decision/197812044NY2d76\\_1112/PEOPLE%20v.%20JONES](http://www.leagle.com/decision/197812044NY2d76_1112/PEOPLE%20v.%20JONES)> Acesso em: 6 fev. 2017. O precedente tampouco está disponível no sítio eletrônico da Corte de Apelação do Estado de Nova Iorque.

<sup>27</sup> Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/667/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2017. Reportamo-nos à observação revelada na nota nº 18.

<sup>28</sup> WHITEBREAD, Charles H.; SLOBOGIN, Christopher. Ob. cit., p. 670, notas 23 e 24.

<sup>29</sup> WHITEBREAD, Charles H.; SLOBOGIN, Christopher. Ob. cit., p. 677.

Mesmo quando já homologada judicialmente a avença, o descumprimento desta pela promotoria enseja, quando muito, a anulação do pacto, e não a execução específica. Em *Santobello v. New York* (1971)<sup>30</sup>, no qual o promotor que sucedeu o anterior voltou atrás, após a chancela judicial, propondo a pena máxima de um ano contra o réu, em desrespeito ao pacto, que não autorizava qualquer recomendação expressa de sanção pela promotoria, a Suprema Corte limitou-se a invalidar a declaração de culpa, por ofensa ao devido processo legal, ante o descumprimento do acordado.<sup>31</sup> Anulado o pacto, restam ao imputado duas opções: ou aceitar a nova proposta formulada pela promotoria, ou submeter-se ao julgamento, conforme entendeu, *v.g.*, o Tribunal do 3º Circuito Federal em *United States v. Moscahlaidis* (1989)<sup>32</sup>. Poucas são as vozes favoráveis ao direito do acusado à execução do acordo antes acertado, conforme defendem Charles H. Whitebread e Christopher Slobogin.<sup>33</sup>

## 2. COLABORAÇÃO PREMIADA NA ITÁLIA

Na Itália, o exercício da ação penal pública é *munus* privativo do Ministério Público, orientado pelo princípio da obrigatoriedade, que possui previsão constitucional, *ex vi* do artigo 112 da Constituição da República Italiana, *in litteris*: “O Ministério Público possui a obrigação de exercer a ação penal”. O artigo 50, *comma* 1, do Código de Processo Penal (CPP) italiano reitera o princípio ao prescrever que, *in textus*, “o Ministério Público exerce a ação penal quando não subsistem os pressupostos para o pedido de arquivamento”.

Isso significa que o Ministério Público não é um órgão acusatório contumaz. Evidentemente que não. Tal qual no Brasil, o *Parquet* somente deflagra a ação penal quando estiverem presentes as condições

---

<sup>30</sup> Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/case.html>>. Acesso em: 6 fev. 2017. Reportamo-nos à observação revelada na nota nº 18.

<sup>31</sup> WHITEBREAD, Charles H.; SLOBOGIN, Christopher. Ob. cit., p. 678.

<sup>32</sup> Disponível em: <<https://casetext.com/case/us-v-moscahlaidis>>. Acesso em: 6 fev. 2017. O precedente não está disponível no sítio eletrônico oficial da Corte de Apelação do Terceiro Circuito Federal.

<sup>33</sup> WHITEBREAD, Charles H.; SLOBOGIN, Christopher. Ob. cit., p. 680.

para tanto, incluindo a existência de lastro probatório mínimo necessário ao ajuizamento da denúncia.<sup>34</sup>

Diferentemente dos EUA, na Itália transaciona-se o procedimento, com reflexos na sentença penal condenatória, atenuando-se a pena e/ou os seus efeitos, ou diretamente a reprimenda. O primeiro é negociado em sede de juízo abreviado ou monitório.

O juízo abreviado tem lugar ainda na fase da audiência preliminar, quando o acusado – a iniciativa é dele – pede o imediato julgamento da pretensão acusatória, com a anuência do Ministério Público, conforme assinala a Françoise Tulkens<sup>35</sup>. O imputado abdica das garantias processuais – contraditório e ampla defesa, principalmente –, aquiescendo que o Judiciário decida a demanda com lastro exclusivo nas peças de informação colhidas na fase investigatória – art. 438, *comma* 1, do Código de Processo Penal. O imputado pode, ainda, propor o julgamento abreviado condicionado à produção probatória, se necessária ao exame do mérito e desde que compatível com a almejada economia processual. Se acolhido o pedido, o Ministério Público pode apresentar provas em sentido contrário – art. 438, *comma* 5. A Corte Constitucional Italiana, em 27 de julho de 2001, declarou a constitucionalidade desse procedimento.<sup>36</sup>

Nada impede que o réu venha a ser absolvido, mas, se condenado, receberá, em contrapartida à escolha do mencionado rito, a redução de um terço da reprimenda e, se cominada para o delito a pena de prisão perpétua, a sua substituição pela sanção privativa de liberdade por 30 anos, dada ao acusado, nos termos do artigo 442, *comma* 2, do Código de Processo Penal. Questionou-se a constitucionalidade do dispositivo, por fixar causa de diminuição da pena desconexa da imputação, desprezando a reprovabilidade em concreto do injusto e as circunstâncias

---

<sup>34</sup> MORELLO, Michele. *Il Nuovo Processo Penale*, parte generale. Padova: CEDAM, 2000, p. 82.

<sup>35</sup> TULKENS, Françoise. Una Giustizia Negoziata?, il processo penale in Itália. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario (Org.). *Procedura Penale D'Europa*. 2ª ed., Padova: CEDAM, 2001. p. 649.

<sup>36</sup> CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Codice di Procedura Penale e Norme Complementari*. Nova Edição. Milão: Giuffrè, 2001, p. 411, nota 3 ao art. 438 do CPP. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionRicerca-Massima.do>>. Acesso em: 6 fev. 2017.

pessoais do infrator. Contudo, a Corte Constitucional italiana, em 14 de junho de 1990, declarou-o constitucional.<sup>37</sup> Sobrevindo a condenação, o réu pode apelar, mas o Ministério Público apenas interporá apelação se o juiz implementar *emendatio libelli*, alterando a capitulação delitosa (artigo 443, *comma* 3, do Código de Processo Penal).

O procedimento por decreto penal, a seu turno, depende da iniciativa do Ministério Público. Findas as investigações, ainda na fase preliminar, o *Parquet* oferece ao Juízo um decreto penal condenatório, consistente na imediata aplicação somente de uma pena pecuniária (artigo 459, *comma* 1, do Código de Processo Penal) ou no mínimo legal, reduzido de até a metade (artigo 459, *comma* 2). O decreto igualmente aponta, se for o caso, o civilmente responsável pela reparação do dano à vítima (artigo 460, *comma* 2).

Aprovado pelo Juízo o decreto penal formalizado pelo Ministério Público, o acusado e o responsável civil indicado na proposta são notificados para manifestar-se. A notificação há de ser pessoal, sob pena de caducidade do decreto, restituindo ao *Parquet* o direito de deflagrar a ação penal. Regularmente notificado, o réu pode impugnar o decreto penal e indicar a observância de outro rito – *patteggiamento* ou abreviado, caso contrario se procederá com o rito imediato (artigo 461, *comma* 3, do CPP). Caso não deduza qualquer oposição, quedando-se inerte, o decreto penal proposto pelo Ministério Público é homologado pelo Juízo. O acusado, em contrapartida, fica liberado do pagamento das custas processuais, das penas acessórias e do dever de indenizar, por inexistir confissão expressa de culpa. O título condenatório tampouco impede futura suspensão condicional da pena em caso de posterior condenação criminal. E, ao cabo de cinco anos, se a condenação tinha como objeto um crime, ou dois, ou se versava sobre contravenção, apagam-se todos os efeitos penais da sentença, exceto se o condenado cometer novo injusto da mesma natureza – artigo 460, *comma* 5, do CPP.

O *patteggiamento*, previsto nos artigos 444 a 448 do Código de Processo Penal, importa, por outro lado, negociação direta da pena, em

---

<sup>37</sup> CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. Ob. cit., p. 414, nota 3 ao art. 442. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaMassima.do>>. Acesso em: 6 fev. 2017.

vez do rito. O recebimento de reprimenda mais branda não é efeito do procedimento pactuado, mas o objeto do acordo<sup>38</sup>.

Consubstancia, em regra, um acordo conjunto do Ministério Público com o acusado – artigo 444, *comma* 1. O consentimento do *Parquet* acarreta a renúncia ao direito de apelar – artigo 448, *comma* 2. Nada impede, entretanto, que o réu proponha, diretamente, a pena a ser aplicada, vindo o juiz a homologá-la, independentemente da aquiescência do Ministério Público – artigo 446, *comma* 6 -, hipótese na qual o *Parquet* poderá apelar da sentença – artigo 448, *comma* 8. A eventual oposição da vítima é irrelevante à chancela judicial do pacto – artigo 444, *comma* 2, do CPP. Por resultar na prolação de sentença penal condenatória, é imprescindível a existência de elementos idôneos que sustentem a acusação, sob pena de rejeição pelo juiz – artigo 444, *comma* 2. Não alcança toda e qualquer infração penal, nem tampouco acusado, mostrando-se vedado, por exemplo, ao delinquente profissional, habitual e por tendência, na linha do preceituado no artigo 444, *comma* 1bis. Condiciona-se, por vezes, à restituição integral do objeto ou do proveito da infração penal, segundo dispõe o próprio artigo 444, *comma* 1ter.

O imputado autoriza-lhe seja aplicada uma pena restritiva de direitos ou pecuniária, reduzida de até um terço, ou mesmo uma reprimenda privativa de liberdade, desde que, minorada também de até um terço, não ultrapasse cinco anos de detenção, cumulativamente ou não com sanção pecuniária – artigo 444, *comma* 1. O sentenciado aufere, basicamente, as mesmas benesses previstas no procedimento monitorio, conforme artigo 445.

O juiz exerce sobre o *patteggiamento* um controle de legalidade, chancelando-o se existir lastro probatório razoável relativo à existência e à autoria do crime, à tipicidade, sem excludentes da ilicitude e da culpabilidade, nem tampouco causas extintivas da punibilidade. Incumbe-lhe apreciar, ainda, a congruência (proporcionalidade) entre a reprimenda proposta e a imputação dirigida ao acusado – art. 444, *comma* 2, do CPP.

---

<sup>38</sup> FERRODET, Antoinette. Il processo penale in Itália. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario (Org.). *Procedure Penali D'Europa*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 2001. p. 314-315.

À semelhança da experiência norte-americana, em que o estudo da *plea bargaining* já compreende a delação premiada, uma vez que muitos acordos em torno da capitulação delitiva e/ou da reprimenda aplicável ao réu condiciona-se à potencial colaboração com a persecução, na Itália a negociação, quer em torno do procedimento a ser adotado, quer acerca da reprimenda, não raro se atrela, veladamente, à disposição do acusado para auxiliar o Estado na apuração e repressão da atividade delituosa.

Embora a colaboração, incluindo a confissão simples, não integre o rol de atenuantes do art. 62 do Código Penal italiano, o art. 62-bis explicita o caráter meramente exemplificativo desse elenco, ao anunciar que o juiz pode levar em consideração circunstâncias diversas que também justificariam a minoração da reprimenda. Tal arcabouço normativo constituiu terreno fértil à propagação da colaboração premiada. Na ausência de dispositivo próprio, especificando o benefício correspondente à determinada atenuante, vale a regra geral do art. 65: a prisão perpétua é substituída pela pena de reclusão, de vinte a vinte e quatro anos, ao passo que as demais comportam redução de até um terço.

Luigi Ferrajoli, debruçando-se sobre o processo penal italiano, observa que “(...) por meio destes procedimentos é de fato introduzido no nosso ordenamento o discutido instituto da colaboração premiada com a acusação. Com o agravante de que ela não foi codificada abertamente, mediante a previsão de uma circunstância atenuante, mas de forma sub-reptícia, por meio de um mecanismo idôneo a incentivar os procedimentos acordados e desencorajar o juízo ordinário, com todo o seu sistema de garantias; que ela não é mais uma medida excepcional, conjuntural e limitada a determinados tipos de procedimentos, mas sim um novo método processual codificado para todos os processos; que, enfim, o benefício da pena não será concedido por um juiz no curso de um juízo público, mas pela própria acusação no curso de uma transação destinada a desenvolver-se em segredo”.<sup>39</sup>

A crítica de Ferrajoli não passou despercebida, haja vista a edição do Decreto-Lei nº 8, de 15 de janeiro de 1991, convertido, em 15 de março seguinte, na Lei nº 82, posteriormente modificada, em 13 de

---

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002. p. 601.

fevereiro de 2001, pela Lei nº 45, com o escopo de disciplinar a proteção às testemunhas, incluindo o réu colaborador. Curiosamente, esse diploma legal não se ocupou apenas desse assunto, ao contrário, o Capítulo I dedica-se à repressão da extorsão mediante sequestro. O artigo 6º, no entanto, prevê a delação como atenuante especial, anunciando que, se for de “excepcional relevância”, encurtando o tempo de duração do cárcere da vítima, resgatando-a com a incolumidade preservada, a reprimenda pode ser diminuída de até um terço.

O Capítulo II versa sobre a proteção às testemunhas, bem como aos acusados colaboradores. Não chega a disciplinar o tema de maneira geral, porquanto o artigo 9º, *comma* 2, restringe o alcance da lei aos delitos de terrorismo, aos subversivos à ordem constitucional – *v.g.*, crime organizado, com menção expressa à máfia, haja vista, para ilustrar, o art. 11 –, aos listados no artigo 51, *comma* 3-bis, do Código de Processo Penal, bem como à prostituição infantil e à exploração de material pornográfico, inclusive virtualmente (artigos. 600-bis, 600-ter, 600-quater e 600-quater.1, todos do Código Penal). A objeção de Ferrajoli à ausência de um regramento voltado, especificamente, à disciplina da delação premiada foi, portanto, parcialmente satisfeita, permanecendo a lacuna quando implementada para delitos não abarcados pelo mencionado Decreto-Lei nº 8, convertido na Lei nº 82, alterada pela de nº 45.

A colaboração, para ser premiada, deve reunir notícias e provas que permitam não apenas a reconstrução do fato criminoso em julgamento, mas a revelação de outros injustos de maior gravidade e de grupos criminosos, a captura dos delinquentes, a apreensão de bens que sejam objeto, proveito ou instrumento das infrações penais, conforme o art. 16-quater, *comma* 1, *c/c* art. 16-quinquies, *comma* 1. A delação premiada pode ser implementada também em prol do condenado, que decida auxiliar a Justiça, fornecendo-lhe informações nos moldes acima, em troca de benefícios como livramento condicional e colocação em prisão domiciliar, *ex vi* do art. 16-nonies, *comma* 1.

### **3. COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL**

Embora a Lei nº 9807/99 discipline, em geral, a delação premiada no ordenamento pátrio, não estabeleceu o procedimento próprio

ao seu implemento, limitando-se a listar os requisitos necessários à concessão da benesse, conforme revelam os artigos 13 e 14. Tal lacuna foi reiterada nas demais hipóteses de colaboração, restringindo-se o legislador a fixar as premiações e os pressupostos imprescindíveis à obtenção. Caso a cooperação alcance os resultados previstos em lei, o juiz premia o imputado, independentemente da anuência do Ministério Público.

A Lei nº 12.850/13 foi a única a regular o procedimento atinente à colaboração, nos artigos 4º a 7º. A par dos benefícios enumerados no *caput* do artigo 4º, e dos resultados a serem alcançados para o deferimento, as disposições procedimentais aplicam-se, analogicamente, às demais hipóteses de delação, nada obstante a especialidade, afinal, nos moldes do artigo 3º do Código de Processo Penal, “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.<sup>40</sup>

A partir de uma interpretação textual dos §§2º, 6º a 9º e 11 do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, parte substancial da doutrina tem condicionado a premiação da colaboração ao pacto previamente celebrado entre o Ministério Público e o imputado, homologado judicialmente<sup>41</sup>. Por conseguinte, autores como Cleber Masson e Vinícius Marçal<sup>42</sup>, bem como Andrey Borges de Mendonça<sup>43</sup>, debruçando-se sobre o requerimento de perdão judicial pelo Ministério Público, previsto no §2º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, e o não oferecimento da denúncia, nos moldes do §4º do citado artigo 4º, lecionam ser caso de arquivamento, mas pautado em um acordo de não denunciar ou de imunidade, que seria uma “causa extintiva da punibilidade *sui generis*”, fazendo coisa julgada material, após a homologação judicial, sem possibilidade de retomar a ação penal em face do colaborador.

<sup>40</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Ob. cit., p. 123-124.

<sup>41</sup> SENNA, Gustavo, BEDE JUNIOR, Américo, A Colaboração Premiada no Brasil. In: ZANOTTI, Bruno Taufner, SANTOS, Cleopas Isaías (org.) *Temas Atuais de Polícia Judiciária*, 2ª edição, Salvador, Jus Podivm, 2016, p. 376-379; DIPP, Gilson. A “delação” ou colaboração premiada. Brasília: IDP, 2015, p. 43.

<sup>42</sup> MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. São Paulo: Método, 2015, p. 119-120.

<sup>43</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. vol. 4, 2013, p. 20-22.

Outros, como Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>44</sup>, Eduardo Araújo da Silva<sup>45</sup>, Rogério Filippetto e Luísa Carolina Vasconcellos Chagas Rocha<sup>46</sup>, por sua vez, reputam inconstitucional a intervenção da autoridade policial nas tratativas objetivando a colaboração, conforme previsto nos §§2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, por lhe faltar legitimidade *ad causam*, considerada a titularidade privativa da ação penal pelo Ministério Público, segundo preceituado no artigo 129, I, da Constituição<sup>47</sup>. Encarase a delação premiada como de iniciativa privativa do Ministério Público, à semelhança do verificado na transação penal e na suspensão condicional do processo. A Procuradoria-Geral da República, aliás, formalizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508/DF em face dos mencionados dispositivos, postulando a declaração de inconstitucionalidade da legitimidade dos delegados para pactuar acordos de colaboração, ou, subsidiariamente, dar interpretação conforme a Constituição para assentar a indispensabilidade da participação do Ministério Público em todas as fases de elaboração do acordo, desconsiderando-o caso não o avalize. A ação foi distribuída ao Ministro Marco Aurélio, que acionou o artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, indeferindo o pedido liminar de suspensão da legitimidade da autoridade policial, por se tratar de preceitos em vigor desde 2013, a recomendar o julgamento definitivo pelo Colegiado Maior.

O Pleno do Supremo, aliás, ao assentar a natureza da colaboração premiada como negócio jurídico processual, preconizou que “(...) os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador (...)”<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 853-854.

<sup>45</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações Criminosas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 60-61.

<sup>46</sup> FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa C. V. C. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 146-154.

<sup>47</sup> Em idêntico diapasão: SENNA, Gustavo; BEDÊ JÚNIOR, Américo, A Colaboração Premiada no Brasil, ob. cit., p. 376-378; PEREIRA, Frederico Valdez, O Procedimento da Colaboração Premiada e as Inovações da Lei nº 12.850/13, p. 336-337;

<sup>48</sup> HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 27/8/2015, DJe de 4/2/2016.

#### 4. COOPERAÇÃO UNILATERAL PREMIADA

A visão segundo a qual a colaboração premiada seria um negócio jurídico processual não pode ser aceita integralmente, porquanto, além de não contemplar o instituto em toda a sua abrangência, mostra-se *contra legem*.

Premiar a delação pode, indiscutivelmente, passar pela celebração de um negócio jurídico processual entre o imputado e o Ministério Público, encaminhado à homologação judicial. Mas não é esta a única forma de premiá-la, inclusive na Lei nº 12.850/13, porquanto a cabeça do artigo 4º refere-se a “requerimento das partes”, listando os resultados a serem alcançados para a concessão do benefício. A menção, sem ressalvas, às “partes” revela a legitimidade do acusado para cooperar e ser premiado, em razão dos frutos obtidos a partir desta, independentemente de qualquer aval do *Parquet*. Sustentar posição diversa ofenderia o devido processo legal, encartado no artigo 5º, LIV, da Constituição, criando-se óbices à aquisição de benesses libertárias não previstos em lei. A violação à aludida garantia fundamental potencializa-se caso se almeje projetar o referido modelo, próprio à repressão às organizações criminosas, às demais hipóteses de colaboração, nas quais a premiação vincula-se apenas à concretização dos fins previstos em lei. Haveria acintosa analogia *in malam partem*.

Descabe, igualmente, aproximar a colaboração à transação penal e à suspensão condicional do processo. As duas últimas incidem no exercício da ação penal, que tem no Ministério Público o seu titular (artigo 129, I, da Constituição), logo é aceitável que a iniciativa da proposta seja sua. Analogamente à ação penal pública, representam um dever-poder<sup>49</sup>, cujo não exercício injustificado dá ao juiz a possibilidade de acionar o artigo 28 do Código de Processo Penal, deixando, de todo modo, com o *Parquet* a palavra final acerca do seu implemento ou não.

---

<sup>49</sup> Embora seja mais comum o emprego da expressão “poder-dever”, “dever-poder” soa mais adequado, pois o conjunto de prerrogativas (poder) conferido a um agente público decorre do *munus* (dever) que lhe foi confiado pela lei. O dever é pressuposto do poder. Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 16a edição, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 62-63.

Nessa linha, destaca-se o Enunciado nº 696 de Súmula do STF<sup>50</sup>, referente à suspensão, mas extensível à transação, porquanto idêntica a *ratio*. E, mesmo assim, tal orientação conhece oposição de parte substancial da doutrina, que enxerga na transação e na suspensão direitos públicos subjetivos do imputado, bastando que estejam preenchidos os requisitos legais. Se presentes, seriam passíveis de deferimento pelo juiz, em havendo pedido da defesa, independentemente da oposição do Ministério Público, conforme articulam Weber Martins Batista<sup>51</sup>, Damásio Evangelista de Jesus<sup>52</sup> e Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>53</sup>.

Outro segmento doutrinário, em contrapartida, advoga, em relação à transação penal, que a outorga pelo juiz, em desconformidade com o desiderato do Ministério Público, de fato seria uma interferência indevida no exercício da ação penal, em detrimento do sistema acusatório. Sem embargo, repercutindo a transação na preservação do estado de inocência e da liberdade do imputado, não há como ser do Ministério Público, titular da pretensão acusatória, e, portanto, parte, a deliberação final em relação à admissibilidade e à pertinência do benefício, considerados o devido processo legal e a inafastabilidade da jurisdição, esta última versada no artigo 5º, XXXV, da Constituição. Por conseguinte, caso entenda devida a transação, a não formulação da proposta, em prol da denúncia, permitiria ao juiz rejeitar a última, por faltar condição para o seu regular exercício – a viabilidade da transação obstaculizaria a formalização da ação penal condenatória, atuando como verdadeira condição negativa de procedibilidade<sup>54</sup>. A admissibilidade da suspen-

---

<sup>50</sup> “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

<sup>51</sup> BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 321-322.

<sup>52</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. Ob. cit., p. 76-77.

<sup>53</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 96-99.

<sup>54</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Transação Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.113. Soluções parecidas foram propostas por CARVALHO, Luis G. G. C.; PRADO, Geraldo L. M. Ob. cit., p. 112-114 e 119, atrelando a viabilidade da transação penal à ausência de justa causa, e NICOLITT, André, Juizados

são condicional do processo, *mutatis mutandis*, surgiria como condição negativa de prosseguibilidade, devendo ser implementada pelo juiz, a pedido do réu, como consectário lógico do devido processo legal, cujo condutor e presidente é o magistrado, e não o *Parquet*<sup>55</sup>.

A delação premiada, por outro lado, consubstancia, a depender da hipótese, perdão judicial, sujeito, conforme indica o próprio adjetivo, à reserva de jurisdição. A quadra não muda quando resvala na aplicação da pena, outro *munus* jurisdicional. Atrelar a premiação, mesmo quando presentes os requisitos legais, a acordo previamente ajustado com o Ministério Público, daria ao último inaceitável ingerência em matérias exclusivamente jurisdicionais, em descompasso com o artigo 2º da Constituição, comprometendo a independência, a separação e a harmonia entres os Poderes da República.

Na medida em que o juiz, ao homologar o pacto, restringe-se a “verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade” (art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850/13), deixando, para a sentença, a apreciação dos seus termos e da eficácia (art. 4º, §11), mostra-se claro que, alcançados os resultados previstos em lei, o colaborador terá direito público subjetivo à premiação, mas a benesse é de escolha privativa do Juízo<sup>56</sup>, afinal as partes não podem negociar o que não dispõem – pena e perdão judicial submetem-se à reserva de jurisdição. Atentos ao fenômeno, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e José Roberto Sotero de Mello Porto classificam tais acordos como *ultra partes*, não consubstanciando negócio jurídico processual propriamente, afinal os pactuantes não definem inteiramente os seus efeitos, considerada a desvinculação do juiz aos prêmios listados. A única hipótese genuína de negócio jurídico processual corresponde ao §4º do art. 4º, consistente no não oferecimento da denúncia como contrapartida à cooperação, hipótese na qual

---

Especiais Criminais, Temas Controvertidos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 20-21, vinculando-a à falta de interesse de agir. Saliente-se que a orientação de Grandinetti não se estende à de Geraldo Prado.

<sup>55</sup> NICOLITT, André. Ob. cit., p. 33.

<sup>56</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa, Delação Premiada, Colaboração Premiada, Traição Premiada Endurecimento das Decisões Judiciais. Afronta à Constituição Federal. Juiz Justiceiro. In: ESPÍNEIRA, Bruno, CALDEIRA, Felipe (orgs.), *Delação Premiada*, ob. cit., p. 504.

o deslinde e as consequências da avença decorrem, exclusivamente, da autonomia da vontade das partes<sup>57</sup>.

Não por acaso na Itália, país de origem romana-continental como o Brasil, no qual os Direitos Penal e Processual Penal submetem-se a balizas constitucionais infinitamente mais rígidas do que as encontradas nos Estados Unidos da América, o atuar ministerial, na justiça penal negociada, não ostenta discricionariedade sequer próxima à norte-americana. Como o procedimento abreviado e o *patteggiamento*, à semelhança da colaboração premiada, repercutem no teor da prestação jurisdicional a ser entregue, a concretização compete ao juiz, acolhendo pedido do imputado, apesar de eventual oposição do Ministério Público. Em suma: admite-se a cooperação unilateral.

Vinicius Vasconcellos e Bruna Capparelli observam, a propósito, que “(...) ponto fulcral do exemplo italiano é a necessidade de motivação da decisão do Ministério Público acerca do cabimento do *patteggiamento* e as consequências da recusa ilegítima. Em contraste com o modelo estadunidense, cuja ampla discricionariedade do promotor impede amplo controle acerca da barganha, na Itália os motivos da recusa são verificados pelo juiz, que, se entendê-la injustificada, assegurará a redução solicitada pelo acusado, mesmo após o transcorrer de todo o procedimento ordinário, consagrando assim o acordo como direito subjetivo do réu”<sup>58</sup>.

Não se olvide, ademais, que a colaboração premiada, por si só, encerra confissão complexa, pois, além de reconhecer a responsabilidade penal, o imputado vai além, disponibilizando informações que permitem, *v.g.* a identificação dos demais autores ou partícipes, a arrecadação total ou parcial do produto do crime, a prevenção de infrações penais correlatas, etc. Trata-se de valiosa ferramenta defensiva, manifestação de autodefesa e, por conseguinte, da ampla defesa. Condicionar

---

<sup>57</sup> PINHO, Humberto; PORTO, José. Colaboração Premiada: Um Negócio Jurídico Processual? In: ESPÍNEIRA, Bruno, CALDEIRA, Felipe (orgs.), *Delação Premiada*, ob. cit., 127-138.

<sup>58</sup> VASCONCELLOS, Vinicius G.; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no Processo Penal Italiano: Análise Crítica do *Patteggiamento* e das Alternativas Procedimentais na Justiça Criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. 15, jan./jun. 2015. p. 446.

eventual premiação ao aval do Ministério Público simplesmente a cercearia, em descompasso com o artigo 5º, LV, da Constituição.

Finalmente, há de se atentar à razoabilidade, sob o prisma da proporcionalidade, vetor que tem se mostrado bastante presente no âmbito processual penal, norteando, por exemplo, as tutelas cautelares constritivas da liberdade, *ex vi* do artigo 282, I e II, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, e a produção antecipada de provas, *ex vi* do artigo 156, I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Se o negócio jurídico processual é premiado, fruto de um acordo bilateral, quanto mais se unilateral, ou seja, quando o imputado decide cooperar com os órgãos de repressão estatal independentemente de qualquer pacto previamente ajustado. Se o prêmio à colaboração é um incentivo ao arrependimento sincero, tendente à regeneração, que vem a ser o fim último da pena, conforme aponta parte da doutrina<sup>59</sup>, com maior razão ainda há de ser reconhecido, e retribuído, quando prestada unilateralmente.

Embora Afrânio Silva Jardim também vislumbre na colaboração um negócio jurídico processual, adverte, com precisão, que “(...) não se pode impedir que o indiciado ou réu confesse um crime e forneça elementos de prova da participação de seus partícipes. Neste caso, sem o acordo de cooperação, caberia ou não ao juiz reduzir a pena privativa de liberdade, na proporção permitida expressamente na lei. Isto pode acontecer também quando um membro de uma organização criminosa, por qualquer motivo, resolva confessar e colaborar com a investigação, quando da lavratura do seu próprio flagrante (unilateral, por conseguinte). Evidentemente, que aí o colaborador não terá a certeza de que o juiz lhe concederá um daqueles ‘prêmios’, o que tornará rara a hipótese. Por outro lado, neste caso, o Ministério Público pode deixar de denunciá-lo (arquivamento do inquérito) ou requerer o perdão a qualquer momento, (como *custos legis*, que pode até opinar pela absolvição), que será concedido ou não na sentença final”.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinícius. Ob. cit., p. 100-101.

<sup>60</sup> JARDIM, Afrânio Silva. Nova Interpretação Sistemática do Acordo de Cooperação Premiada. ESPÍNEIRA, Bruno, CALDEIRA, Felipe (orgs.).

Premiar a colaboração unilateral significa evitar a seletividade em torno da aplicação do instituto, quer do ponto de vista político, quer sob o enfoque social e econômico. A cooperação, tal qual contemplada na Lei nº 12.850/13, volta-se para as persecuções penais de vulto, de intensa visibilidade, com repercussão, no mínimo, municipal – e a denominada Operação Lavajato, acionando *n* pactos de colaboração, é exemplo disso. As rodadas intermináveis de negociação e de depoimentos, imprescindíveis à celebração do pacto, mobilizam não todo e qualquer imputado, mas apenas aquele em condições de suportá-las, perpassando, obviamente, pela contratação de advogados, afinal são causas que exigem (quase) dedicação exclusiva. Tal quadra foge da realidade, por exemplo, das Defensorias Públicas, cujos integrantes, em geral, ficam vinculados a determinado(s) Juízo(s), oficiando nos processos em curso no(s) citado(s) órgão(s), a maioria, aliás, está sob os seus auspícios.

A capilaridade da Defensoria Pública, ainda em processo de implementação e de expansão em muitos Estados, e, mesmo, em nível federal, é outro entrave à “democratização” do instituto, na modalidade de “acordo bilateral” idealizada pela Lei nº 12.850/13. Embora o art. 5º, LXIII, da Carta de 1988 preconize o direito dos indiciados à assistência jurídica, tendo a Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009, incluído no art. 4º da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994, o inciso VIII, para assentar ser função institucional da Defensoria “acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado”, a atuação direta dá-se perante o Juízo, considerado o recebimento de cópia do auto de prisão em flagrante e eventual pedido de relaxamento da prisão ou de liberdade provisória, *ex vi* do art. 306, §1º c/c art. 310 do CPP, quando não realizada a audiência de custódia, voltada, fundamentalmente, à aferição de eventual cometimento de tortura ou de maus tratos contra o capturado e ao exame da legalidade e/ou necessidade da custódia, tanto que a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao discipliná-la, preconizou, no art. 8º, VIII, dever o magistrado “abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas

---

*Delação Premiada*, ob. cit., p. 37-39.

aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante”. Não há espaço, portanto, para tratativas em torno de uma potencial cooperação.

A ausência da Defensoria Pública em acordos de colaboração premiada já foi identificada por Rubens Casara e Antonio Pedro Melchior<sup>61</sup>. Imagine, *v.g.*, uma operação policial a resultar na apreensão de 100 kg de cocaína, depositada em um armazém. Entre os capturados em flagrante, um indica outros 2 galpões nos quais haveria material entorpecente estocado, vindo a Polícia a arrecadar mais 200kg de cocaína e a prender mais 4 infratores, além do gerente do tráfico. Tais informações culminaram na identificação e captura de outros coautores e na recuperação parcial do produto do crime, concretizando 2 dos resultados delineados no art. 4º, incisos I e IV, da Lei nº 12.850/13. Não há como negar a esse imputado o prêmio, nada obstante a ausência de acordo formalizado, em prol de uma reles atenuante genérica – confissão, versada no art. 65, III, d do Código Penal -, sob pena de legitimar uma postura *contra legem*.

A premiação poderá ser buscada pela Defesa por meio de requerimento dirigido ao Juízo, inclusive em sede de alegações finais, ouvido o Ministério Público, cujo parecer, todavia, não vincularia aquele, afinal perdão judicial e aplicação da pena são matérias com reserva de jurisdição. Caso a cooperação fosse acenada pelo acusado durante o processo, nada impediria à Defesa peticionar ao juiz esclarecendo dispor o imputado de informações reveladoras dos locais de armazenamento da droga e, portanto, de atuação de outros traficantes, pedindo à autoridade judiciária processante determinada premiação caso os dados, uma vez disponibilizados pelo denunciado, atingissem os resultados listados na norma. A homologação judicial da proposta dar-se-ia bilateralmente, se o parecer do *Parquet* fosse positivo, ou unilateralmente, se contrário.

Alexandre de Castro Coura e Américo Bedê Junior até contemplam um controle jurisdicional sobre a colaboração premiada, mas restrito às hipóteses de impedimento ou de suspeição do promotor contrário ao acordo, deixando a aferição a cargo do sucessor. Admitem, por

---

<sup>61</sup> CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio P. Estado Pós-Democrático e Delação Premiada: Crítica ao Funcionamento Concreto da Justiça Criminal Negocial no Brasil. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação Premiada*, ob. cit., p. 427, nota 26.

outro lado, o alargamento da premiação pelo juiz, mas não a redução, sob pena de ofensa ao princípio da confiança<sup>62</sup>.

Propostas como essa, ou a aplicação, por analogia, do art. 28 do CPP, persistem em dar ao Ministério Público a última palavra a respeito de questões absolutamente sujeitas à reserva de jurisdição, como declaração de extinção da punibilidade (perdão judicial) e fixação da reprimenda, em descompasso com o art. 2º da Constituição – o *Parquet* imiscuir-se-ia em esfera estritamente jurisdicional. Vicente Greco Filho, debruçando-se sobre a colaboração premiada prevista no art. 41 da Lei nº 11.343/06, já lecionava que os órgãos de repressão estatal podem atestar “(...) a ocorrência das circunstâncias que entenderem cabíveis, ou não, para a aplicação do benefício, que o juiz apreciará livremente ao proferir sentença”<sup>63</sup>. Não há como ser diferente, lembrando que, na Itália, o *patteggiamento* desafia deferimento pelo Juízo, a pedido da defesa, mesmo ante o parecer contrário do Ministério Público. Entregar ao *Parquet* a deliberação final apenas se justifica quando o prêmio corresponder ao não oferecimento da denúncia, por ser a ação penal pública privativa sua, o que explica a menção ao art. 28 do CPP no §2º do art. 4º da Lei nº 12.850/13.

Como as declarações do colaborador unilateral estariam documentadas nos autos, quer na confissão do imputado, quer subsequentemente ao pedido defensivo, bem como o pronunciamento jurisdicional homologatório da cooperação ou de deferimento, ou não, da premiação, podendo o último vir na própria sentença, a publicidade do processo ficaria preservada.

Partindo-se desse cenário, a hipotética celebração do acordo entre a autoridade policial e o indiciado, ainda no inquérito, nada teria de inconstitucional. Primeiramente, porque o foco imediato seria a efetividade e a eficiência da investigação, cuja condução é privativa dos delegados por mandamento constitucional – art. 144, §§1º, IV e 4º da Lei Maior -, potencializado pelo art. 2º da Lei nº 12.830, de 20 de junho de

---

<sup>62</sup> COURA, Alexandre C.; BEDÊ JR., Américo. Atuação do Juiz em face de Acordos de Colaboração Premiada. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação Premiada*, ob. cit., p. 65-68.

<sup>63</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.242.

2013, notadamente os §§1º e 6º, conforme bem observado por Márcio Adriano Anselmo<sup>64</sup>, Francisco Sannini Neto e Henrique Hoffmann<sup>65</sup>. O encaminhamento do pacto à chancela jurisdicional não alçaria a autoridade policial à posição de sujeito processual, mesmo porque encampada pelo imputado e seu defensor, esses, sim, atores do processo, não tendo o delegado qualquer influência na concessão, ou não, do prêmio. Se obtidos os resultados previstos em lei, em decorrência das informações disponibilizadas, o prêmio é consequência legal, restando ao juiz implementá-la. A autoridade policial continua estranha ao processo. Cientificar o Ministério Público a respeito da avença, colhendo o parecer, basta à preservação do sistema acusatório, respeitando-se a titularidade privativa da ação penal pública, a ele confiada pelo Poder Constituinte Originário, *ex vi* do art. 129, I, mesmo porque o magistrado atuaria a partir da provocação defensiva, e não *ex officio*. Ademais, em sendo os critérios para a outorga da benesse legais, independe da opinião ministerial, podendo o juiz deferi-la, mesmo se contrário o parecer, afinal em jogo estão a extinção da punibilidade e/ou a aplicação da pena, questões de enfrentamento obrigatório pelo magistrado, porque sujeitas à reserva de jurisdição. Não se discute o oferecimento da denúncia ou o seu prosseguimento, presentes a transação e a suspensão condicional do processo, respectivamente, essas, sim, de atribuição privativa do *Parquet*, por refletirem na obrigatoriedade ou na indisponibilidade da ação penal pública.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Desde que as informações disponibilizadas, unilateralmente, pelo colaborador atinjam os resultados previstos em lei para a pre-

---

<sup>64</sup> ANSELMO, Márcio Adriano. Legitimidade do Delegado de Polícia para Celebrar Colaboração Premiada. In: HOFFMAN, Henrique, MACHADO, Leonardo Marcondes, GOMES, Rodrigo Carneiro, ANSELMO, Márcio Adriano, BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p. 121-122.

<sup>65</sup> SANINI NETO, Francisco; HOFFMANN, Henrique. Delegado de Polícia tem Legitimidade para Celebrar Colaboração Premiada. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

miação, faz-se mister a concessão do prêmio pelo juiz, independentemente da existência de qualquer acordo previamente firmado com o Ministério Público. Tal constatação é decorrência natural dos postulados constitucionais do devido processo legal, da separação entre os Poderes da República, da ampla defesa e da razoabilidade, sob o ângulo da proporcionalidade.

2. O único prêmio, pertinente à cooperação prestada pelo imputado, submetido à iniciativa privativa do Ministério Público, sem controle maior do Judiciário, consiste no não oferecimento da denúncia, previsto no §4º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013. Vislumbrando ser caso de futuro perdão judicial, cuja natureza é meramente declaratória, extinguindo-se a punibilidade a partir do momento em que as informações prestadas pelo colaborador conduzem aos resultados previstos em lei, nos moldes do Enunciado nº 18 de Súmula do STJ<sup>66</sup>, o *Parquet*, por falta de interesse de agir (utilidade), promove o arquivamento. Dissentindo o juiz, remete os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, no âmbito do Ministério Público Estadual, ou à Segunda Câmara de Coordenação e Revisão, no universo do Ministério Público Federal, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, sendo este o real alcance do §2º do citado artigo 4º. Evocar a colaboração como fundamento para o arquivamento incumbe, unicamente, ao *Parquet*, enquanto titular privativo da ação penal (artigo 129, I, da Constituição). Merece descarte, todavia, o entendimento segundo o qual existiria, nesse caso, um acordo de imunidade, revelador de causa *sui generis* de extinção da punibilidade. Criar-se-ia causa extintiva da punibilidade à margem de previsão legal, em desacordo com o princípio da legalidade penal estrita. Invocar-se-ia institutos próprios ao *plea bargaining*, no caso *immunity*, sem previsão nem delineamento no ordenamento processual penal pátrio, em dissonância com a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição). Finalmente, em sendo do Ministério Público a palavra final acerca do oferecimento, ou não, da denúncia, extinção da punibilidade não há, afinal a sua formalização é matéria reserva de jurisdição, competindo ao juiz.

---

<sup>66</sup> “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

3. Admitindo-se premiar a colaboração unilateral, a cooperação obtida, diretamente, pela autoridade policial mostra-se constitucional. Além de a participação do Ministério Público ser prescindível à concessão dos benefícios correspondentes à cooperação, o delegado a fim de elucidar o fato em apuração, colhendo evidências que abastecem a investigação, que tem nele o seu presidente e condutor, considerado o artigo 144, §§1º, IV e 4º, da Constituição, reforçado pelo artigo 2º, §§1º e 6º da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Como o *Parquet* tomará ciência de todo o apurado, para, então, manifestar-se, *ex vi* dos §§2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13, não se usurpa a titularidade da ação penal, que lhe é privativa, preservando-se o inciso I do artigo 129 da Carta de 1988.

4. Partindo-se da premissa, segundo a qual a premiação independe de acordo prévio, sob pena de permitir ao Ministério Público, parte autora, intervir no conteúdo da prestação jurisdicional, em manifesta afronta ao artigo 2º da Constituição, reconhece-se, por coerência científica, que a homologação do pacto confere ao colaborador o direito público subjetivo ao prêmio, se confirmadas as informações transmitidas. Mas as benesses serão definidas pelo juiz quando da prolação da sentença, afinal as partes não podem interferir no julgamento, sob pena de se privatizar a justiça penal. Conforme preconiza o artigo 4º, §7º, da Lei nº 12.850/13, a chancela jurisdicional avaliza a regularidade, a legalidade e a voluntariedade da avença, buscando vícios formais ou na manifestação da vontade, sem adentrarmos mérito, o que inclui a adequação ou não do benefício, considerado o princípio da suficiência da pena. Se os fatos delituosos que a ensejaram ainda não foram apurados em processo judicial, nem ratificadas as informações prestadas, como poderia o juiz avaliar a pertinência das benesses? Tal incursão intelectual há de ser feita na sentença, segundo disposto no §11 do artigo 4º. Embora o Supremo tenha assinalado o contrário, quando do julgamento do HC nº 127.483/PR, a impetração não gravitou sobre esse tema, porque formalizada por corrêu a fim de nulificar a decisão homologatória de acordo de colaboração premiada. Tais considerações tiveram dimensão *obiter dictum* (argumento de reforço), sem configurar a *ratio decidendi*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALKON, Cynthia, Plea Bargaining as a Legal Transplant: A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems? *Transnational Law and Contemporary Problems*, v. 19, p. 355-418, abr./2010.

ANSELMO, Márcio Adriano, Legitimidade do Delegado de Polícia para Celebrar Colaboração Premiada. In: HOFFMAN, Henrique; MACHADO, Leonardo M.; GOMES, Rodrigo C.; ANSELMO, Márcio A.; BARBOSA, Ruchester M. *Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 116-122.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio P. Estado Pós-Democrático e Delação Premiada: Crítica ao Funcionamento Concreto da Justiça Criminal Negocial no Brasil. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 411-443.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Codice di Procedura Penale e Norme Complementari*. Milão: Giuffrè, 2001.

COURA, Alexandre de Castro, BEDÊ JUNIOR, Américo. Atuação do Juiz em face de Acordos de Colaboração Premiada. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 63-74.

COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano VI, n. 22, p. 75-84, abr./jun. 2006.

DERWAN, Lucian E., EDKINS, Vanessa A. Edkins. The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 103, n. 1, p. 01-48, mai./2012.

DIPP, Gilson. A "delação" ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015. <http://dx.doi.org/10.11117/9788565604574>

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002.

FILIPPETTO, Rogério, ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração Premiada: Contornos segundo o Sistema Acusatório*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: Prevenção e Repressão*. 14ª edição. São Paulo,: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover *et al.*. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.

HOFFMANN, Henrique, SANNINI NETO, Francisco, Delegado de Polícia tem Legitimidade para Celebrar Colaboração Premiada. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

HESSIK, Andrew, SAUJANI, Reshma, Plea Bargaining and Convicting the Innocent: the Role of the Prosecutor, the Defense Counsel and the Judge. *Bringham Young University Journal of Public Law*, v.16, pp.189-242, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. Nova Interpretação Sistemática do Acordo de Cooperação Premiada. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 33-40. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/nova-interpretacao-sistemica-do-acordo-de-cooperacao-premiada-por-afranio-silva-jardim/>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*. São Paulo: Método, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, vol. 4, 2013.

MORELLO, Michele. *Il Nuovo Processo Penale*, parte generale. Padova: CEDAM, 2000.

MUSSO, Rosanna Gambini. *Il Processo Penale Statunitense*, Soggetti ed Atti. 2ª ed., Torino: G. Giappichelli, 2001.

NICOLITT, André. *Juizados Especiais Criminais*, Temas Controvertidos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Frederico Valdez, O Procedimento da Colaboração Premiada e as Inovações da Lei nº 12.850/13. In: ZANOTTI, Bruno Taufner, SANTOS, Cleopas Isaiás (org.) *Temas Atuais de Polícia Judiciária*, 2ª edição, Salvador, Jus Podivm, 2016, p. 331-345.

PERRODET, Antoinette. “Il processo penale in Itália”. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario (Org.). *Procedure Penali D’Europa*. 2ª ed., Padova: CEDAM, 2001.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração Premiada: Um Negócio Jurídico Processual? In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 115-143.

PRADO, Geraldo e CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais*, Comentários e Anotações. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PRADO, Geraldo, *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

Saltzburg, Stephen A; Capra, Daniel. J. *American Criminal Procedure*, Cases and Commentary. 5ª ed. St. Paul, Minn.: American Casebook Series, West Publishing Co., 1996.

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

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SENNA, Gustavo, BEDÊ JUNIOR, Américo, A Colaboração Premiada no Brasil. In: ZANOTTI, Bruno Taufner, SANTOS, Cleopas Isaías (org.). *Temas Atuais de Polícia Judiciária*, 2ª edição, Salvador, Jus Podivum, 2016, p. 347-390.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações Criminosas*, Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Delação Premiada, Colaboração Premiada, Traição Premiada Endurecimento das Decisões Judiciais. Afronta à Constituição Federal. Juiz Justiceiro. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 499-525.

TULKENS, Françoise. Una Giustizia Negoziata?, Il processo penale in Itália. In: DELMAS-MARTY, Mireille; CHIAVARIO, Mario (Org.). *Procedure Penali D’Europa*. 2ª ed., Padova: CEDAM, 2001.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*, Análise das Tendências de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius G.; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no Processo Penal Italiano: Análise Crítica do Pateggiamento e das Alternativas Procedimentais na Justiça Criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. 15, p. 435-453, jan./jun. 2015. <http://dx.doi.org/10.12957/redp.2015.16880>

WHITEBREAD, Charles H. e SLOBOGIN, Christopher. *Criminal Procedure, An Analysis of Cases and Concepts*. 4ª ed. Nova Iorque: University Textbook Series, Foundation Press, 2000.

#### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 08/01/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/01/2017
- Avaliação 1: 18/01/2017
- Avaliação 2: 19/01/2017
- Avaliação 3: 24/01/2017
- Decisão editorial preliminar: 26/01/2017
- Retorno rodada de correções: 08/02/2017
- Decisão editorial final: 08/02/2017

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (SRM)
- Editora-assistente: 1 (BC)
- Revisores: 3

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTOS, Marcos P. D. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.49>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

# A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica

*The obligation of double record of the plea agreement and the access by technical defense*

**Luiz Antonio Borri<sup>1</sup>**

Professor na Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR)

luiz@advocaciabittar.adv.br

 <http://lattes.cnpq.br/1414046440611495>

 <http://orcid.org/0000-0001-7649-1270>

**Rafael Junior Soares<sup>2</sup>**

Professor de PUCPR – Londrina/PR

rafael@advocaciabittar.adv.br

 <http://lattes.cnpq.br/7645805665092232>

 <http://orcid.org/0000-0002-0035-0217>

---

**RESUMO:** O artigo tem o objetivo de discutir o tema atinente ao duplo registro dos atos de colaboração premiada, assim como a possibilidade de sonegar ao investigado/acusado o acesso a uma das formas do registro. A matéria tem relevo notadamente em face da redação do art. 4º, §13, da Lei 12.850/13, o qual prevê que, sempre que pos-

- 
- <sup>1</sup> Possui graduação em Direito com láurea acadêmica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná Campus Londrina (2011). Atualmente é advogado Walter Barbosa Bittar & Advogados Associados. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo IGC Coimbra e IBCCRIM. Pós-graduado em Ciências Criminais pela PUCPR Campus Maringá. Professor de Direito Penal na Faculdade do Norte Novo de Apucarana (FACNOPAR).
  - <sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2007). Especialista em Criminologia e Política Criminal pelo ICPC-UFPR (2009). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pelo IDPEE - Coimbra e IBCCRIM (2010). Atualmente é advogado - Walter Barbosa Bittar & Advogados Associados. Professor de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR - Campus Londrina-PR (2013).

sível, deve-se promover o registro das declarações por meio audiovisual, indicando forma expressa de registro das declarações colhidas em sede de colaboração. Ademais, os dados atuais indicam a existência de número significativo de novas tecnologias, dotadas de mecanismos hábeis a promover o registro das declarações pelo meio previsto em lei, indicando que as autoridades legais possuem o ônus de justificar os motivos que conduzem a inviabilidade do registro audiovisual dos depoimentos do colaborador premiado. Finalmente, é salutar viabilizar à defesa todas as formas de registro das declarações obtidas em sede de delação, sobretudo porque o Ministério Público detém conhecimento de tais elementos, de modo que a restrição de acesso implica violação à paridade de armas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colaboração premiada; duplo registro; paridade de armas.

**ABSTRACT:** *This article aims to discuss the relevant subject of double record of plea agreement, as well as the possibility of withholding access to one of the registration forms from the investigated/accused person. The matter is highlighted notably in face of the article writing 4, §13, of Law 12.850 / 13, which provides that, whenever possible, should promote the registration record by audiovisual means, indicating expressly of registration of the statements collected in collaboration. In addition, current data indicate the existence of a significant number of new technologies, endowed with skillful mechanisms to promote the registration of declarations by the means provided by law, indicating that the legal authorities have the onus to justify the reasons that lead to the unavailability of audiovisual record of the award-winning collaborator testimony. Finally, it is salutary to make available to defense all forms of registration of the declarations obtained in the case of delation, mainly because the Public Prosecutor's Office has knowledge of such elements, so that the restriction of access implies violation of parity of arms.*

**KEYWORDS:** *Plea agreement; double record; equality of arms.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Colaboração premiada no processo penal brasileiro; 2. Registro audiovisual (art. 4. §13 da Lei 12.850/13); 3. Súmula vinculante 14 do STF e o registro da colaboração premiada; Considerações Finais; Bibliografia.

---

## INTRODUÇÃO

A discussão travada no estudo em análise terá por objetivo debater a necessidade de duplo registro das declarações prestadas em sede de colaboração premiada. Ou seja, questiona-se: uma vez acordado entre investigado/acusado e o Ministério Público e devidamente homologado pelo Juízo o acordo de delação premiada, qual será a forma adequada de se registrar as declarações do colaborador?

Nesse contexto, é inevitável remeter-se ao texto da legislação de regência, representado pela Lei 12.850/13, tornando relevante apontar o teor do art. 6º, que versa sobre o acordo de colaboração premiada, ou seja, o contrato propriamente dito, contendo obrigações, deveres e direitos do colaborador, além do art. 4º, §13, o qual prevê o registro dos atos de colaboração por meios ou recurso de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual.

Com efeito, a regulamentação trazida pela novel legislação tornou mais clara a definição das disposições gerais, mas, por outro lado, trouxe celeumas ainda não dirimidas pela doutrina e jurisprudência. A partir daí, buscar-se-á delimitar se, no contexto da colaboração premiada, as declarações oriundas do colaborador são passíveis de registro unicamente por meio escrito ou se demandam também o formato audiovisual, sobretudo porque o tema está atrelado à garantia de confiabilidade das declarações e manipulações ilícitas no seu conteúdo.

Finalmente, pretende-se definir se o delatado, por intermédio de seu defensor, possui direito de acessar as informações prestadas pelo colaborador premiado em ambas as formas de registro, ou seja, se é viável a disponibilização das declarações escritas do colaborador premiado e da respectiva mídia contendo a reprodução audiovisual do depoimento, notadamente à luz do que prevê a Súmula Vinculante 14, do Supremo Tribunal Federal.

### 1. COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Como ponto de partida para o estudo do tema é preciso definir a denominada colaboração premiada<sup>3</sup>, “na fase de investigação

---

<sup>3</sup> A questão da terminologia gera divergências doutrinárias, ora apontando-se os termos “delação” e “colaboração premiada” como sinônimos, ora in-

trata-se de um instituto puramente processual; nas demais fases, a colaboração premiada é um instituto de natureza mista, pois o acordo é regido por normas processuais; porém, as consequências são de natureza material (perdão judicial, redução ou substituição da pena ou progressão de regime”.<sup>4</sup>

O acordo de colaboração premiada será entabulado entre Ministério Público, Delegado de Polícia<sup>5</sup> e o acusado/investigado (art. 4º, §6º, Lei 12.850/13), sempre assistido por advogado (art. 4. §§ 14 e 15, Lei 12.850/13), sem a participação do Magistrado, o qual ficará incumbido apenas da homologação do acordo, oportunidade em que examina a regularidade, legalidade e voluntariedade da negociação (art. 4º, §7º, da Lei 12.850/13). Trata-se de medida salutar o afastamento do juiz da fase de negociação, como forma de evitar a inversão do sistema

---

diciando haver divergências. No entanto, para os fins propostos no artigo os termos serão empregados de forma indiscriminada (No primeiro sentido cf. BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115. Sustentando subsistir divergências entre os conceitos cf. LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 525/526; GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricas e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 211-212).

<sup>4</sup> SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações Criminosas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57.

<sup>5</sup> O Procurador Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade questionando os poderes dos Delegados de Polícia nos acordos de colaboração premiada, nos termos do art. 4º, §§2º e 6º da Lei 12.850/13, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade dos trechos dos dispositivos legais impugnados ou, sucessivamente, que seja dada interpretação conforme a Constituição, a fim de que se considere indispensável a participação do Ministério Público em todas as fases da elaboração dos acordos de delação premiada. (ADI 5508). Na doutrina sustentando a inconstitucionalidade dos dispositivos cf. DE GRANDIS, Rodrigo. *A inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos de colaboração premiada*. Disponível em <<http://jota.info/artigos/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada-05052015>>. Acesso em 26 de dezembro de 2016. Em sentido oposto, cf. ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada e polícia judiciária: a legitimidade do delegado de polícia*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado>>. Acesso em 26 de dezembro de 2016.

acusatório, pois um de seus principais pontos de apoio, diz respeito à gestão da prova, não se mostrando prudente que o julgador participe da fase investigativa produzindo elementos informativos, sob pena de comprometer o convencimento da fase judicial.

As fases que envolvem a celebração do acordo de delação premiada até a aplicação das benesses legais podem ser subdivididas em três<sup>6</sup>. A primeira delas abrangeria a negociação e o acordo entabulados entre a autoridade policial, com a manifestação do Ministério Público, e o investigado acompanhado de defensor, ou ainda entre o Ministério Público e o investigado, sempre presente o seu defensor (art. 4º, §6º).

O termo do acordo de delação será feito nos moldes da previsão do art. 6º da Lei 12.850/2013, ou seja, por escrito, contendo o relato da colaboração e seus possíveis resultados, as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia, a declaração do colaborador e de seu defensor aceitando o acordo, as assinaturas do Ministério Público, Delegado de Polícia, investigado e seu defensor, assim como a descrição das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessárias. Nesta fase, não há participação do magistrado<sup>7</sup>.

Note-se que tem se tornado prática corriqueira nos acordos de colaboração premiada a negociação de aspectos não abarcados pela legislação de regência<sup>8</sup>, sobretudo porque preveem, de forma absolutamente ilegal, a possibilidade de disposição do dano patrimonial provo-

---

<sup>6</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40-41.

<sup>7</sup> Mesmo antes da vigência da atual legislação a doutrina assinalava a violação da imparcialidade do magistrado em virtude da sua participação nas tratativas do acordo: BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 214; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Delação premiada exige regulamentação mais clara*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara>>. Acesso em 23 dez. 16.

<sup>8</sup> Sobre o assunto, destacando que a adoção de beneplácitos não previstos em lei pode aumentar os incentivos à cooperação, mas, ao mesmo tempo, os riscos de colaborações mentirosas e inúteis, confira-se: BOTTINO, Thiago. *Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

cado por ato de improbidade administrativa<sup>9</sup>, em flagrante afronta ao disposto no art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 e art. 841 do Código Civil.

Após a negociação, remete-se o termo do acordo acompanhado das declarações do colaborador e da cópia da investigação para o Juiz a fim de que homologue<sup>10</sup>, quando examinará a legalidade, voluntariedade e regularidade da delação, admitindo-se inclusive, que se ouça o colaborador, na presença de seu defensor<sup>11</sup> (art. 4º, §7º). Ao juiz é permitido recusar a homologação ou adequar a proposta<sup>12</sup> (art. 4º, §8º). A

---

<sup>9</sup> Refutando a possibilidade de extensão dos benefícios da esfera criminal para a improbidade administrativa cf. BITTAR, Walter Barbosa. *O modelo de investigação mista: a improbidade administrativa e os limites ao prêmio da delação premiada*. Disponível em <<http://emporiadodireito.com.br/o-modelo-de-investigacao-mista-a-improbidade-administrativa-e-os-limites-ao-premio-da-delacao-premiada-por-walter-bittar/>>. Acesso em 26 de dezembro de 2016. Em sentido contrário, firmando a tese de viabilidade de extensão do benefício para a improbidade administrativa: DINO, Nicolau. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.) *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 515-535.

<sup>10</sup> A homologação não significa pronta aplicação do benefício em favor do delator, visto que esta análise somente ocorrerá por ocasião da sentença, desde que satisfeitos os requisitos legais. Ressalte-se existir entendimento doutrinário no sentido de que a homologação afastaria a necessária imparcialidade do julgador, por implicar em reconhecimento da culpa do delator (DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1005).

<sup>11</sup> Por sua vez, para melhorar apurar a presença dos requisitos legais poderá o magistrado promover a oitiva sigilosa do colaborador, entendendo Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto que a ausência de previsão legal permitindo a presença do representante do Parquet decorre da circunstância de não se descartar “a possibilidade do acordo ser fruto de uma barganha entre aquelas autoridades e o colaborador, no sentido, por exemplo, de que se empenharão para que cesse a prisão temporária caso ocorra a delação dos demais agentes. Ou que o ‘parquet’ concordará com eventual pedido de liberdade provisória caso o delator se disponha a colaborar” vale dizer, a preocupação dos doutrinadores cinge-se exatamente ao manejo da prisão processual como técnica de coação contra o investigado/acusado objetivando a colaboração premiada (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 67).

<sup>12</sup> Ao examinar o acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef o Ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, excluiu cláusula que previa a renúncia do direito de impugnar as sentenças condenatórias especificadas no

distribuição do pedido de homologação obedecerá ao contido no art. 7º, devendo ocorrer de forma sigilosa, sem identificar o colaborador, cabendo ao magistrado decidir em 48h. Ademais, o acesso aos autos permanece restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, assegurando-se ao defensor o acesso aos elementos de provas atinentes ao direito de defesa, exceto as diligências em andamento. O sigilo do acordo de delação somente termina após o recebimento da denúncia<sup>13</sup>.

Não obstante a clareza do dispositivo legal, a doutrina aponta que na prática vê-se “a divulgação midiática das negociações de acordo de colaboração premiada, inclusive antes do recebimento da denúncia (...)”, acrescentando ainda que “o que se nota, é que a mídia acaba por oferecer um Direito Penal e um Processo Penal do espetáculo”<sup>14</sup>, de modo que por mais incrível que pareça, por vezes, os profissionais da imprensa gozam de prerrogativas superiores aos defensores de acusados em processos criminais, no que diz respeito ao acesso de informações relacionadas a investigação.

De outro lado, saliente-se que, segundo o texto expresso de lei (art. 4º, §14, Lei 12.850/13), em todos os depoimentos que prestar o colaborador deverá renunciar ao direito ao silêncio, no entanto, a despeito da terminologia empregada pela legislação, é sabido que, por se tratar de direito fundamental, o direito de permanecer em silêncio sobre eventuais imputações não pode sofrer qualquer espécie de renúncia, consubstanciando, na realidade, hipótese de não exercício do direito<sup>15</sup>.

---

acordo, oportunidade na qual assinalou que “os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis, com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante da cláusula 10 k, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PET 5244, Decisão monocrática, Min. Teori Zavascki, julgado em 19 de dezembro de 2014).

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 282.253/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 25/03/2014, DJe 25/04/2014.

<sup>14</sup> DAVID, Décio Franco; TERRA, Luiza Borges. Sigilo e delação premiada: o tacer das teias da tarântula midiática. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 312-313.

<sup>15</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 125.

Por fim, tem-se a fase da sentença, oportunidade na qual o juiz examinará os termos do acordo e sua eficácia, concedendo ou não o benefício legal (art. 4º. §11), até porque o delator poderá retratar-se da colaboração, hipótese na qual os elementos autoincriminatórios produzidos não poderão ser utilizados exclusivamente em seu desfavor.

## **2. REGISTRO AUDIOVISUAL (ART. 4. §13 DA LEI 12.850/13)**

O tema debatido no artigo desdobra-se em duas vias: (a) a forma de registro do acordo das declarações prestadas em sede de colaboração premiada; (b) o sigilo de tais elementos, ganhando relevo, sobretudo, após decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup> e do Superior Tribunal de Justiça<sup>17</sup> apontado que o delatado não possui legitimidade para questionar as cláusulas do acordo de colaboração premiada, sendo cabível, no entanto, confrontar o conteúdo das declarações.

Note-se ainda a necessidade de se distinguir dois momentos que refletem diretamente no objeto de discussão do opúsculo, em primeiro lugar, o contrato propriamente dito, contendo cláusulas sobre benefícios, obrigações e deveres do colaborador, medidas de proteção entre outros e, em segundo lugar, as declarações prestadas pelo colaborador sobre os fatos delatados.

A questão é importante, na medida em que, antes do advento da Lei 12.850/13 a despeito das divergências doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal possuía entendimento de que o sigilo do acordo de delação não poderia ser quebrado, facultando-se, porém, o conhecimento das autoridades legais que representaram o Estado na negociação.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127483, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, processo eletrônico dje-021 divulg 03-02-2016 public 04-02-2016.

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 68.542/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/04/2016, DJE 03/05/2016.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 90688, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, dje-074 divulg 24-04-2008 public 25-04-2008 ement vol-02316-04 pp-00756 rtj vol-00205-01 pp-00263 lexstf v. 30, n. 358, 2008, p. 389-414.

Em acréscimo, ressalte-se que a legislação evoluiu, garantindo-se expressamente o direito dos delatados acessarem o termo de colaboração premiada, a partir do recebimento da denúncia, conforme preceitua o art. 7º, §3º, da Lei 12.850/13. Nessa linha de raciocínio, torna-se prudente discutir o quê, precisamente, será garantido ao delatado, notadamente porque a legislação de regência estabelece a necessidade de, sempre que possível, registrar as declarações do delator mediante registro audiovisual (art. 4º. §13, Lei 12.850/13).

Com efeito, segundo Gilson Dipp, “a lei diz, sempre que possível, mas a leitura desta cláusula legal deve ser a mais rigorosa pois a extrema seriedade desse meio de obtenção de prova ou meio ou elemento de produção da prova e a sensibilidade de seus efeitos não tolera qualquer dúvida ou discussão sobre seus dados do ponto de vista da legibilidade ou qualidade de sons e escritas”<sup>19</sup>, valendo lembrar ainda que constitui regra básica de hermenêutica que a lei não contém palavras inúteis.

Ademais, os meios expressamente previstos em lei permitem averiguar com maior precisão os requisitos inerentes ao acordo de colaboração premiada, ou seja, a regularidade, legalidade e voluntariedade (art. 4º, §7º, Lei 12.850/13), pois conforme observa Guilherme de Souza Nucci “a avalição do juiz acerca da voluntariedade (liberdade de ação) do delator ficará muito mais evidente por meio de gravação audiovisual.”<sup>20</sup>

A partir daí, parece óbvio que o ônus da demonstração da impossibilidade de registro audiovisual recairá sobre a autoridade incumbida da coleta dos depoimentos, sob pena de nulidade das declarações prestadas em sede de colaboração premiada, valendo rememorar que, no processo penal, forma é garantia, ou como acentua Aury Lopes Junior “a forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu.”<sup>21</sup>

Em amparo ao argumento, é importante salientar que a disponibilização dos áudios e vídeos, à luz do entendimento fixado pela Corte

---

<sup>19</sup> DIPP, Gilson. *A delação ou colaboração premiada*. Brasília: IDP, 2015, p. 44.

<sup>20</sup> NUCCI, Guilherme S. *Organização criminosa*. São Paulo: RT, 2013, p. 62.

<sup>21</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 953.

Suprema, permitindo que os terceiros delatados questionem ou impugnem apenas as declarações oriundas da colaboração premiada<sup>22</sup>, possibilitaria a conferência de eventuais manipulações e/ou descompassos entre o conteúdo dos registros escritos disponibilizados e o conteúdo das respectivas gravações.

De todo modo, fato é que a acusação tem a oportunidade de acompanhar a produção da colaboração premiada em sede investigatória, o que, por si só, implica em vantagem processual acerca do conhecimento do material que alicerça a acusação, enquanto à defesa não se garante idêntico direito, ou seja, a sonegação dos elementos produzidos por meio audiovisual pode caracterizar ofensa ao conteúdo da súmula vinculante 14.

### **3. SÚMULA VINCULANTE 14 DO STF E O REGISTRO DA COLABORAÇÃO PREMIADA**

Por conseguinte, considerando que o entendimento da jurisprudência inclina-se no sentido de que somente as declarações em juízo público do colaborador poderão ser objeto de confronto pelos delatados<sup>23</sup>, o presente trabalho necessita ser examinado à luz da Súmula Vinculante 14, uma vez que o acesso às declarações escritas ou audiovisuais está em consonância ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>22</sup> A afirmação está baseada no posicionamento empregado no HC 127.483/PR rel. Min Dias Toffoli. Em síntese, decidiu-se que o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico personalíssimo, que não atinge diretamente a esfera jurídica do delatado, vez que possui como objetivo precípua estabelecer as sanções premiaias com base no resultado obtido para a investigação e o processo criminal, o que interessa apenas ao colaborador premiado e Ministério Público. Dessa forma, assegura-se aos coautores e partícipes o contraditório judicial, o direito de confrontar as declarações dos colaboradores e as provas com base nela obtidas, preservando-se os interesses daqueles que foram atingidos pelas declarações. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 68.542/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 03/05/2016.

<sup>23</sup> Conforme destacado anteriormente, o entendimento foi adotado no HC 127.483/PR rel. Min Dias Toffoli. Frise-se apenas que há resistência de parte da doutrina sobre o tema: CRUZ, Flávio Antônio da. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, v.1, n. 2, dez. 2016. p. 205-206.

Conforme é sabido, a Corte Suprema editou a referida súmula visando a assegurar o exercício de defesa às pessoas investigadas em procedimentos persecutórios penais, com a única ressalva de diligências que ainda estivessem em curso, as quais, uma vez encerradas, também devem ser disponibilizadas à defesa.<sup>24</sup> O escopo do verbete foi garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa aos investigados ou acusados, a partir do conhecimento total dos elementos de prova já documentados pela defesa técnica, respeitando-se, inclusive, o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, XIV).<sup>25</sup>

Tal entendimento pacificou a questão no âmbito de inquéritos policiais, procedimentos criminais diversos etc. No entanto, a partir da criação da Lei 12.850/13 e, por corolário, a introdução no ordenamento jurídico do procedimento acerca da colaboração premiada, a qual sempre foi objeto de divergências e inseguranças jurídicas na prática forense, surgiu nova celeuma a ser dirimida pelos Tribunais, especificamente sobre o acesso pelos coautores às declarações do colaborador.

Importa destacar, antes de tudo, que a lei foi extremamente clara quanto ao momento em que se torna obrigatória a exibição do acordo de colaboração premiada aos acusados, isto é, a partir do recebimento da denúncia (cf. art. 6º, § 3º), não havendo mais que se falar na possibilidade de oposição do sigilo do acordo àqueles que forem atingidos pelas declarações do delator.<sup>26</sup>

No entanto, o que se discute no presente artigo vai além do momento disposto em lei para que os delatados conheçam o acordo formulado entre as partes. Isso porque se busca abordar o conhecimento pela defesa técnica das declarações do colaborador, pautando-se na concep-

---

<sup>24</sup> “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

<sup>25</sup> BADARÓ, Gustavo. *Curso de Processo Penal*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 126-128.

<sup>26</sup> Para melhor compreensão do assunto, ver: DAVID, Décio Franco; TERRA, Luiza Borges. Sigilo e delação premiada: o tecer das teias da tarântula midiática. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs). *Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 305-322.

ção de que os atingidos deverão exercer o contraditório<sup>27</sup>, e suas formas de registro com o intuito de se obter maior veracidade àquilo que está sendo produzido contra os coautores.

Desse modo, um dos principais pontos introduzidos foi a obrigatoriedade de que as autoridades deverão realizar o registro da colaboração naturalmente na forma escrita. Além disso, com o emprego de equipamentos mais avançados, inclui-se a forma audiovisual, com o nítido intuito de se garantir maior fidedignidade às palavras daquele que se propõe a delatar eventuais coautores.

É fato, porém, que a Lei de Organizações Criminosas estabeleceu em seu art. 5º um rol de direitos do colaborador premiado, dentro outros, a preservação de seu nome, imagem e demais informações pessoais, inclusive, tipificando como crime a revelação da identidade, o ato de fotografar ou filmar o colaborador, sem prévia autorização por escrito (art. 18, Lei 12.850/13).

Note-se que a leitura conjugada de tais dispositivos permitiria inferir a impossibilidade de disponibilização dos áudios e vídeos contendo as declarações de colaborador premiado, sem a autorização escrita do delator, sob pena de violação da proteção conferida pela legislação, além da caracterização de prática delituosa. Por certo, o principal argumento a viabilizar a postulação de tais elementos pelo delatado seria o direito à ampla defesa e ao contraditório, constitucionalmente previstos (art. 5º. LV, CF) e a Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal.

Em precedente bem específico sobre colaboração premiada oriundo da Suprema Corte, o Ministro Dias Toffoli consignou que a defesa técnica dever ter acesso aos registros do colaborador tanto na forma escrita quanto audiovisual:

Por sua vez, a decisão recorrida asseverou que a defesa do reclamante, com fundamento na Súmula Vinculante nº 14 do Supremo

---

<sup>27</sup> “Parece não haver maior necessidade de argumentar a respeito da indispensabilidade de se assegurar aos chamados em causa pelo colaborador, o direito de confrontar em juízo o arrependido, buscando retirar ou abalar a credibilidade de suas declarações, de modo, assim, a amenizar o risco de falsas acusações” (PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, ebook).

Tribunal Federal, poderá ter acesso a todos os elementos de prova documentados nos autos dos acordos de colaboração - incluindo-se as gravações audiovisuais dos atos de colaboração de corréus – para confrontá-los, mas não para impugnar os termos dos acordos propriamente ditos.<sup>28</sup>

Tal visão também se alinha ao posicionamento manifestado pelo Ministro do STF, Marco Aurélio, corroborando a imprescindibilidade de se disponibilizar à defesa todos os elementos produzidos em sede de colaboração premiada: “(...) nada, absolutamente nada, respalda ocultar do envolvido – como é o caso do reclamante – os dados contidos em autos de inquérito, processo administrativo ou criminal, bem assim, até mesmo, de procedimento de delação premiada”<sup>29</sup>.

De toda sorte, insta salientar que a Suprema Corte enfrentou o tema em análise estabelecendo requisitos que, uma vez preenchidos, viabilizariam a disponibilização do conteúdo produzido na fase investigatória aos delatados. Com efeito, o primeiro julgado sobre o assunto, da lavra do Ministro Teori Zavascki, cuidou de apontar a necessidade de identificação da presença de quatro requisitos: “(a) o acordo de colaboração premiada foi homologado; (b) já foi recebida a denúncia contra os reclamantes; (c) a identidade e imagem dos colaboradores são amplamente conhecidas e (d) não houve justificativa que indicasse concretamente a necessidade de proteger a pessoa dos colaboradores, de seus próximos e o êxito das investigações.”<sup>30</sup>

Ademais, consoante posição firmada pelo Ministro Gilmar Mendes, o acesso à defesa de elementos produzidos em sede de colaboração premiada deve ser garantido quando subsistam dois requisitos, o primeiro positivo, representado pelo fato do ato de colaboração apontar para a responsabilidade criminal do requerente; o segundo, de índole

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 21258 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, processo eletrônico dje-076 divulg 19-04-2016 public 20-04-2016.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 21861 MC, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 24/09/2015, publicado em processo eletrônico dje-193 divulg 25/09/2015 public 28/09/2015.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 19.229 AgR/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16.jun.15.

negativa, na medida em que o ato de colaboração não deve contar com diligência em andamento<sup>31</sup>.

No mesmo sentido, cumpre apresentar precedente examinado pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>32</sup>, em que há nítido confronto entre a Súmula Vinculante 14 e o registro na colaboração premiada. Todavia, antes de se prosseguir, necessário esclarecer que, no caso concreto, a defesa buscava ter acesso somente aos registros audiovisuais da colaboração premiada, vez que as declarações escritas já tinham sido disponibilizadas aos defensores desde a fase investigativa.

Nos moldes do caso citado acima, o respeito ao enunciado da Corte Suprema, consistente na necessidade de entrega dos registros audiovisuais à defesa técnica, ocasionou a discussão sobre dois pontos importantes, quais sejam: a) a necessidade do duplo registro das declarações; e, b) possibilidade de fracionamento do registro, os quais serão examinados de forma mais detida.

O primeiro ponto consiste na suposta necessidade de se realizar o registro tanto por meio das declarações escritas, cuja obrigação deriva naturalmente da Lei 12.580/13, quanto pela via audiovisual, a qual encontra questionamentos pela doutrina diante da suposta faculdade inserida na legislação vigente.

Embora a lei utilize da terminologia “*sempre que possível*”, aparentemente não há justificava plausível para não se realizar o duplo registro, a não ser em hipóteses excepcionais as quais dependeriam de motivação concreta do delegado de polícia ou Ministério Público. Em outras palavras, a previsão legal da lei para se realizar o duplo registro foi justamente assegurar o máximo de fidedignidade nas declarações prestadas pelo colaborador premiado, com vistas a assegurar ao delatado o amplo conhecimento do material produzido pelas autoridades legais.

Em verdade, ainda que de forma indireta, com o julgamento pela Corte Suprema Corte do HC 127.483/PR, reforçou-se o dispositivo

---

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 24116, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/05/2016, publicado em processo eletrônico dje-108 divulg 25/05/2016 public 27/05/2016.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 23030 MC, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/02/2016, publicado em processo eletrônico dje-039 divulg 01/03/2016 public 02/03/2016.

legal acerca do duplo registro, pois se consignou no remédio constitucional que a defesa técnica somente poderia impugnar as declarações em juízo do colaborador premiado, e não o acordo com suas obrigações, deveres e cláusulas em geral. Tal entendimento corrobora a imprescindibilidade de se produzir declarações escritas e audiovisuais, visto que o exercício do contraditório pelos delatados somente será possível na hipótese de conhecimento amplo pelos coacusados das informações reunidas pelo colaborador.

Por se tratar de instituto importante para o deslinde de processos criminais, mas que possibilita, da mesma forma, manipulações indevidas que podem gerar acusações injustas, impõe-se assegurar o contraditório dos delatados com a máxima amplitude possível, garantindo-lhes o direito ao confronto na fase judicial<sup>33</sup> e, por sua vez, viabilizando-se o conhecimento do material escrito e audiovisual produzido pelas autoridades públicas como forma de se permitir a correta valoração das declarações do colaborador.

De acordo com Andrey Borges de Mendonça “deve-se analisar se desde a investigação e em juízo apresentou a mesma versão, no tocante aos aspectos essenciais, ou se, ao contrário, declarou versões cambiantes e inseguras”.<sup>34</sup> Justamente por isto, faz-se necessário se produzir o máximo de registros possíveis, especialmente na fase investigatória, para possibilitar à defesa o posterior exercício do contraditório por meio da comparação de versões apresentadas pelo colaborador premiado, a fim de evitar informações inverídicas no processo penal.

Com tal procedimento aumenta-se a confiabilidade das declarações do colaborador premiado e, da mesma forma, permite-se que o delatado exerça da melhor forma possível todas suas impugnações processuais, evitando-se decisões injustas baseadas em colaborações falsas ou parciais. Dessa forma, existindo o duplo registro, o qual, na perspectiva desenvolvida acima, torna-se uma obrigação do delegado e

---

<sup>33</sup> BRASILEIRO, Renato. *Op. cit.*, p. 545.

<sup>34</sup> MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2<sup>a</sup>. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 515-535.

do Ministério Público, a defesa técnica terá direito ao acesso, nos termos da Súmula Vinculante 14.

O segundo ponto destacado na decisão, apesar de não ser o objeto central do presente artigo, compreende a possibilidade de fracionamento dos registros, vez que não raro a investigação aborda aspectos distintos - na maioria das vezes com a nomenclatura de anexos -, que podem não ser de interesse de um determinado delatado.

Em algumas hipóteses, ainda que exista o duplo registro, é possível que as declarações do colaborador premiado resultem em mais de uma linha de investigação, as quais poderão estar em fases distintas com possibilidades de acessos distintos. Surgem dúvidas sobre como proceder nessas hipóteses, vez que a impossibilidade de fracionamento resulta na própria confirmação e violação da Súmula Vinculante 14, pois o acusado tem direito a acessar as declarações, mas, ao mesmo tempo, existem medidas investigativas que poderiam ser frustradas em caso de levantamento do sigilo das declarações.

A solução mais razoável parece ser a realização do termo de acordo e das declarações de forma separada, ou seja, cada um para determinada linha de investigação, com o fito de se observar tanto a regra de levantamento do sigilo após o recebimento da denúncia inserida na Lei 12.850/13 quanto a Súmula Vinculante.<sup>35</sup> O controle do material que será disponibilizado à defesa técnica ficará sob a discricionariedade do Juiz, que deverá ter o cuidado de examinar os registros audiovisuais para fornecer todas as declarações que dizem respeito ao acusado, sem prejuízo de futura declaração de nulidade caso constatada a sonegação de material probatório.

Finalmente, considerando a importância que se dá atualmente à colaboração premiada como meio de obtenção de prova, deve-se examinar o instituto à luz das garantias individuais do acusado, em especial daqueles que foram delatados. Para isso o duplo registro e o acesso pela defesa técnica a todas as informações documentadas é medida necessária para se garantir o equilíbrio entre acusação e defesa no processo penal.

---

<sup>35</sup> MENDONÇA, Andrey Borges. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Revista Custos Legis*, vol. 4, 2013, p. 25-26.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base naquilo que foi examinado no presente artigo, depreende-se que a colaboração premiada ganha especial relevo no cenário jurídico com o advento da Lei 12.850/13, que trouxe finalmente o procedimento a ser observado pelos operadores do direito na viabilização do instituto, conferindo maior segurança jurídica ao colaborador premiado e também àqueles que forem atingidos pelas imputações que lhes forem dirigidas.

No entanto, mesmo com a regulamentação da colaboração premiada, algumas questões ainda precisam ser examinadas pela doutrina e jurisprudência, notadamente a imprescindibilidade de produção do registro das declarações do delator na forma escrita e audiovisual. Ou seja, mesmo considerando a importância da colaboração premiada como mecanismo para desvendamento da criminalizada organizada, é salutar compreender que se trata de técnica de obtenção de prova que pode se revelar arriscada, caso não seja desenvolvida com o cuidado devido de acordo com a legislação vigente.

Nestes moldes, a imposição legal de se realizar o registro audiovisual das declarações do colaborador deve ser estritamente seguida pelo delegado e Ministério Público, excepcionando-se as obrigações apenas em casos peculiares, sob pena de nulidade do acordo de colaboração premiada, em decorrência do descumprimento de atos e fórmulas previstas na lei de organização criminosa (art. 564, IV, CPP), e, por sua vez, a ilegalidade da prova.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Segundo a doutrina majoritária “a prova ilegal consiste em violação de qualquer vedação constante do ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não atendido preceito processual” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 90). O ensinamento acima é importante para se concluir que o desrespeito infundado ao dispositivo que exige a produção do registro audiovisual levará à consequência da ilegitimidade da prova, a qual se sujeita ao sistema de nulidades do CPP. Hipoteticamente a solução parecer ser fácil, no entanto, na casuística a resposta pode ser mais complicada. Isso porque a colaboração premiada por ter sido entendida como meio de obtenção de prova, poderá originar medidas contra a intimidade, privacidade etc. (buscas e apreensões, interceptações telefônicas). Isso geraria a uma dupla consequência, com base na perspectiva doutrinária

Note-se que a Lei 12.850 enfatizou em diversos dispositivos a necessidade de presença do defensor do colaborador para, por exemplo, realizar as negociações, oitivas etc. (cf. art. 4º, §§ 6º, 7º, 9º, 14, 15), de modo que a declaração da nulidade não se daria em prejuízo daquele que não deu causa. Isso porque além das autoridades envolvidas na colaboração premiada, em especial o Ministério Público como fiscal da lei, cabe ao defensor do delator a responsabilidade pela observância da legislação, o que naturalmente compreende a produção dos registros audiovisuais.

Entender da forma descrita acima significa ampliar o contraditório daqueles que foram delatados, ao se oportunizar ampla verificação quanto aos detalhes e divergências das informações prestadas pelo colaborador, como também oferecer maior relevo ao próprio instituto da delação premiada, pois é do interesse do delegado e do Ministério Público que as declarações sejam corroboradas em juízo, o que somente pode ser alcançado com o direito ao confronto daqueles que foram delatados.

Portanto, partindo-se da premissa de que a regra é o duplo registro das declarações do colaborador, obriga-se que a defesa técnica tenha acesso aos elementos já documentados como forma de se assegurar a efetividade da Súmula Vinculante 14 do STF e, por consequência, o respeito à correta utilização da colaboração premiada e as garantias constitucionais dos coautores.

## BIBLIOGRAFIA

ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada e polícia judiciária: a legitimidade do delegado de polícia*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Curso de Processo Penal*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2016.

---

citada acima: a ilegitimidade da colaboração premiada sem o registro audiovisual, a qual poderia ser refeita pelo sistema de nulidades; na ilicitude das provas decorrentes da delação, com a inadmissibilidade de todos os elementos probatórios obtidos.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada (Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. *O modelo de investigação mista: a improbidade administrativa e os limites ao prêmio da delação premiada*. Disponível em < <http://emporiododireito.com.br/o-modelo-de-investigacao-mista-a-improbidade-administrativa-e-os-limites-ao-premio-da-delacao-premiada-por-walter-bittar/>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Delação premiada exige regulamentação mais clara*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-claras>>. Acesso em: 23 dez.16.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

BUSATO, Paulo Cesar; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRUZ, Flávio Antônio da. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, v.1, n. 2, p. 145-219, dez. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado – Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/13*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DAVID, Décio Franco; TERRA, Luiza Borges. Sigilo e delação premiada: o tecer das teias da tarântula midiática. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs). *Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2016, p. 305-322.

DE GRANDIS, Rodrigo. *A inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos de colaboração premiada*. Disponível em < <http://jota.info/artigos/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada-05052015>>. Acesso em 26 de dezembro de 2016.

DELMANTO, Roberto; DELMANTOR JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINO, Nicolau. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende;

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs) *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 515-535.

DIPP, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. <http://dx.doi.org/10.11117/9788565604574>

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, aspectos teóricas e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges. *A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)*. *Revista Custos Leges*, vol. 4, p. 25-26, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges. *A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório*. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs) *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa – Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: RT, 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 08/01/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/01/2017
- Avaliação 1: 17/01/2017
- Avaliação 2: 22/01/2017
- Avaliação 3: 26/01/2017
- Decisão editorial preliminar: 26/01/2017
- Retorno rodada de correções 1: 08/02/2017
- Decisão editorial final: 08/02/2017

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (SRM)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 167-187, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.48>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.



# A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador

*Defendant's free will in legal collaboration  
and its relation with pre-trial detention*

## **Antonio Henrique Graciano Suxberger<sup>1</sup>**

Professor do Programa de Pós-Graduação do UniCEUB (Brasília/DF).  
Professor do Máster da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha/Espanha)  
e Universidade Internacional da Andaluzia. Doutor em Direito.

antonio.suxberger@uniceub.br

 <http://lattes.cnpq.br/9136957784681802>

 <http://orcid.org/0000-0003-1644-7301>

## **Gabriela Starling Jorge Vieira de Mello<sup>2</sup>**

Graduada em Direito pela UFMG. Especialista pela FESMPDFT (Brasília/DF).

gabistarling@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3709549236300348>

 <http://orcid.org/0000-0001-6639-0695>

---

**RESUMO:** A colaboração premiada, meio de obtenção de prova utilizado no enfrentamento das organizações criminosas, exige voluntariedade do colaborador que celebra o acordo jurídico-processual. Na aferição da voluntariedade, muitas são as críticas dirigidas ao acordo celebra-

---

<sup>1</sup> Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor do Máster Oficial em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha) e Universidade Internacional da Andaluzia. Professor associado à linha de investigação “Derechos Humanos y Desarrollo” do programa de doutorado em Ciências jurídicas e políticas da Universidade Pablo de Olavide. Professor da Fundação Escola Superior do MPDFT (FESMPDFT) e da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Doutor e Mestre em Direito. Promotor de Justiça no Distrito Federal.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em “Ordem Jurídica e Ministério Público” pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

do nos casos em que o colaborador se encontre preso. Esses dois institutos – prisão preventiva e colaboração premiada –, embora não possuam relação de causa e efeito, não raro são vistos intrinsecamente ligados na prática. O artigo busca avaliar a voluntariedade nos casos em que imposta ao pretense colaborador prisão no curso da persecução e os principais argumentos favoráveis e contrários à legitimidade do acordo firmado pelo colaborador preso. Propõe, ao final, a construção de uma relação específica e bem delineada entre prisão processual e colaboração premiada. A identificação de problemas pontuais não implica a construção de um problema estrutural no desenho do instituto da colaboração premiada, sob pena de serem alcançadas soluções superficiais, que acabariam por fragilizar, ainda mais, a situação do acusado preso. Quanto à metodologia, o artigo se vale do conceito de “caso” penal e utiliza revisão bibliográfica e análise documental do tema eleito.

**PALAVRAS-CHAVES:** Colaboração premiada; Prisão preventiva; Caso penal; Voluntariedade; Coação.

**ABSTRACT:** *The legal collaboration, a type of evidence used on organized crime prosecutions, demands free will of the defendant. Appraising the defendant's free will, many critics cover the deals made with an arrested defendant during the negotiation of the legal collaboration. These two institutes – legal collaboration and pre-trial detention –, although they do not present themselves as a cause-effect relation, commonly are approached in practice as associated. This essay intends to evaluate the defendant's free will during pre-trial detention and the legal collaboration's bargaining. It asserts a strict and clear relation between pre-trial detention and the legal collaboration bargaining. Identifying occasional problems do not imply the conclusion on the existence of a structural problem to legal collaboration institute. This consideration is relevant to avoid superficial solutions that could fragillize even more the held defendant. Methodologically, from a literature review and document analysis about the subject, the paper clarifies what is a “criminal case” and what it means to the study.*

**KEYWORDS:** *Legal collaboration; Pre-trial detention; Criminal case; Free will of the defendant; Coercion.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Polêmicas e problematização. 2. Projeto de Lei n. 4.372/2016. 3. A relação entre prisão preventiva e colaboração – invenção ou realidade? 3.1. Voluntariedade. 3.2. Os requisitos da prisão preventiva. 3.3. Eticidade. 4. Possíveis soluções para o problema. Conclusões. Referências.

## INTRODUÇÃO

A colaboração premiada e sua repercussão no ordenamento jurídico pátrio é tema que merece estudo detido e aproveitamento crítico dos casos recentes que se valem de sua incidência. Embora não se trate de uma figura nova no ordenamento jurídico<sup>3</sup>, é inegável que, recentemente, o instituto se popularizou. Dentro ou fora do meio jurídico, sempre são encontradas opiniões e, principalmente, críticas sobre a colaboração premiada. Em sede acadêmica, analisa-se o instituto desde o seu aspecto mais amplo, como ferramenta do direito penal negocial<sup>4</sup>, até as suas especificidades, como os prêmios legais oferecidos ao colaborador<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> “Conquanto em tempos hodiernos se empreste nova roupagem à colaboração premiada, a par de se criarem diversos termos para nominá-la com pequenas nuances de significado, bem como outras sejam as razões de política criminal que justificam a sua adoção pelo ordenamento jurídico, localiza-se sua previsão em diploma normativo do princípio do século XVII, as Ordenações Filipinas, cuja vigência se estendeu no território brasileiro de 1603 a dezembro de 1830, quando da entrada em vigor do Código Criminal do Império. (...) Passados cento e sessenta anos, em 1990, a Lei 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos) contemplou a delação premiada em dois dispositivos (...)” (FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; Gazzola, Gustavo dos Reis. Criminalidade Organizada – Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014, p. 71-73).

<sup>4</sup> Sobre o tema: SUXBERGER, A. H. G.; GOMES FILHO, Dermeval Faria. Funcionalização e expansão do direito penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, 2016, p. 377-39; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*. Curitiba: Juruá, 2014; ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JR., Aury. *Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é Lavado a Jato*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>5</sup> Sobre a possibilidade de não oferecimento da denúncia (art. 4º, § 4º, da Lei 12.850/13), por exemplo, a doutrina é bastante temerosa: “A previsão normativa em comento tem sido vista na doutrina como um abrandamento do princípio da obrigatoriedade, ou mesmo como uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, porquanto, mesmo diante de crimes de ação penal pública e dispondo de elementos necessários para a propositura desta, preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público ‘poderá deixar de oferecer denúncia’. Há ainda quem defenda ter havido uma introdução do princípio da oportunidade da ação penal pública na sua forma regrada ou regulada” (MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015. p. 118-119).

O estudo reclama, assim, de um direcionamento mais preciso, sob pena de nada acrescentar ao atual cenário de discussões. O critério para delimitação temática consistiu numa indagação que já despertou intensos debates, mas ainda se encontra distante de qualquer tipo de consenso: é possível admitir que o acordo de colaboração premiada seja firmado no momento de maior vulnerabilidade do colaborador – a prisão?

Quando se decide investigar a voluntariedade dos acordos de colaboração premiada, não há como se esquivar da dura crítica referente à restrição da liberdade do colaborador. Esses dois institutos — prisão preventiva e colaboração premiada —, embora não possuam (ou não devam possuir) um vínculo natural de causa e efeito, veem-se intrinsecamente ligados na prática.

A discussão é reforçada pelo Projeto de Lei 4.372/16, que pretende alterar a Lei 12.850/13 e estabelecer como condição para a homologação judicial da colaboração premiada a circunstância de o acusado ou indiciado responder em liberdade à investigação ou ao processo instaurado em seu desfavor. A possibilidade de alteração da regulamentação jurídica do instituto impõe um estudo mais cuidadoso sobre a questão.

Daí a escolha do tema que se apresenta como título do presente trabalho – se não há como falar de colaboração premiada sem falar de prisão, o melhor a se fazer é enfrentar o problema. Como ponto de partida, observa-se que se trata de uma questão desprovida de estudos qualitativos que indiquem a relação existente entre imposição de custódia cautelar e a celebração de colaboração premiada. Além disso, a indagação não tem sido feita de forma ampla, mas tem se restringido em regra a um único caso<sup>6</sup> – a chamada Operação Lava

---

<sup>6</sup> Sobre o conceito de “caso penal”, ler: COUTINHO, Jacinto N. Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989. p. 134ss; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal*. E, ainda: “Por caso penal, entende-se esse fenômeno que retrata a situação de incerteza, de dúvida ainda provisória, sobre a ocorrência do fato naturalístico descrito pelo autor e também sofre a qualificação jurídica desse fato, e que pode implicar na(sic) necessidade da aplicação de uma resposta penal ao réu que incidir no tipo penal. Segue-se, neste particular, a lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, para defender que o caso penal, portanto, é o conteúdo do processo penal” (CASARA, Rubens RR; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 290).

Jato<sup>7</sup>, cuja peculiaridade de tramitar diretamente, por meio de alguns de seus processos, no Supremo Tribunal Federal trouxe impactos relevantíssimos no cenário político. A discussão, pois, sobre o instituto suplanta a preocupação estritamente jurídica e se transforma em tema do debate político nacional.

É importante situar o caso mencionado — Operação Lava-jato — como razão para explicitar o estudo do instituto da colaboração premiada e sua relação com a voluntariedade do desejado colaborador. Winfried Hassemer destaca que a moderna literatura de formação jurídico-penal muitas vezes complementa suas apresentações com casos. Estes se distinguem por aspectos que variam desde a extensão, a procedência, a proximidade com a realidade até a integridade das informações. O caso, destaca Hassemer, determina de modo vigoroso a formação no Direito Penal<sup>8</sup> (e também no Direito Processual Penal, cuja aproximação é indissociável de seu conteúdo material).

O caso, contudo, presta-se somente como meio de demonstração. A advertência é relevante porque o caso não se encontra no mesmo nível do sistema, da teoria, da lei ou da atividade interpretativa no momento de compreensão do fenômeno jurídico. É dizer: não se pode confundir o caso com o instituto ou o fenômeno jurídico em estudo.

O caso, pois, é um *fragmento* da vida que, por fim, encontra o que a literatura jurídico-penal quer transmitir: a lei e seu manuseio. Não se pode confundir o caso com o instituto em si, tampouco limitar as soluções dadas ao caso como as soluções possíveis à abordagem do instituto jurídico.

---

<sup>7</sup> A chamada “Operação Lava-jato” refere-se ao conjunto de investigações e ações penais sobre recursos desviados da Petrobrás com o envolvimento de empreiteiras. Os processos versam sobre crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e outros. O nome “Lava-jato” remete ao uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis que ensejou o início das apurações. Dada a indicação de envolvimento de agentes públicos detentores de cargos com foro por prerrogativa de função, os processos distribuíram-se no Supremo Tribunal Federal e, em primeira instância, nas seções judiciárias da Justiça Federal em Curitiba, Rio de Janeiro e Brasília. Sobre os números da Operação, confira-se o site institucional do Ministério Público Federal: <<http://lavajato.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

<sup>8</sup> HASSEMER, W. Introdução aos fundamentos do Direito Penal, p. 36-37.

Assim, é certo que grande parte das críticas, considerações e lições aqui tratadas sobre o problema do artigo se referem ao caso “Lava-jato”. Por conseguinte, algumas advertências são necessárias sobre o modo de problematização que considera o caso (seja como visualização do problema, seja como *leitmotiv* das manifestações dos juristas). A primeira delas refere-se ao fato de que o caso contém mais informações e estabelece mais questões que a apresentação sistemática ensejadora dos comentários sobre ele. A segunda, o caso é um ótimo meio de estudo independente, mas não pode situar unicamente ou restringir o problema jurídico ao que ocorre no caso eleito. Terceiro, o caso não descreve práticas profissionais, ele as documenta. A rotina profissional é difícil de ser compreendida, transmitida e, até mesmo, criticada. A prática da profissão jurídica é procedimento concreto acompanhado da teoria. A descrição, então, bem retocada do caso precisa ganhar forma e estar ao alcance daquele que o estuda. O caso, pois, “não pode afastar-se deste limite, mas ele pode torná-lo menor”.<sup>9</sup>

Desse modo, veja-se que a abordagem da colaboração premiada pode, decerto, beber do caso “Operação Lava-jato”, mas não pode a ele se limitar e, mesmo dentro do caso, não pode confundir a atuação institucional dos diversos atores do sistema de justiça criminal com aquilo que ocorre no caso eleito<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> HASSEMER, W. *Introdução*, p. 45.

<sup>10</sup> Dentro da proposta de diferenciação entre o caso penal e o instituto em si, Thiago Bottino faz interessante estudo sobre a Operação Lava-Jato, demonstrando os desvios ocorridos na prática, que não condizem com os contornos legais da colaboração premiada: “Contudo, a colaboração premiada, da forma como tem sido utilizada na conhecida ‘Operação Lava Jato’, a partir dos três acordos de colaboração premiada examinados acima, oferece benefícios muito maiores dos que aqueles previstos em lei, desequilibrando o sistema de dissuasão para cooperações falsas ou redundantes. É certo que a ampliação dos benefícios, ainda que dissociada do aumento dos custos em caso de afirmações inverídicas, não torna o mecanismo de cooperação inválido. No entanto, reforça a percepção de que, tal como na delação premiada, as declarações prestadas pelos acusados colaboradores não devem ser consideradas provas, mas somente meios de investigação” (BOTTINO, Thiago. *Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016. p. 387).

Pretende-se identificar os principais argumentos favoráveis e contrários à legitimidade do acordo firmado pelo colaborador preso e delinear o panorama jurídico da questão, para além do caso que muitas vezes enseja a manifestação geral sobre o tema. Note-se que a pretensão de alteração legislativa noticiada não impactará necessariamente nos processos em andamento, daí a preocupação de se pensar prospectivamente acerca dos problemas que tocam o instituto da colaboração premiada.

Ao final, propõe-se releitura sobre a relação entre prisão processual e colaboração premiada. Deve-se identificar a origem do problema, para somente então serem buscadas as soluções adequadas.

## 1. POLÊMICAS E PROBLEMATIZAÇÃO

O fato de a pessoa encontrar-se presa preventivamente por ordem da autoridade judiciária retira a legitimidade do acordo de colaboração premiada? Essa é a questão que tem dividido os especialistas.

Em palestra proferida no 7º Congresso Brasileiro de Sociedades de Advogados, em São Paulo, o Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, afirmou que a colaboração premiada do réu preso seria um “*ato de covardia*”<sup>11</sup>. Segundo o Ministro:

Acima de tudo, a delação tem que ser um ato espontâneo. Não cabe prender uma pessoa para fragilizá-la para obter a delação. A colaboração, na busca da verdade real, deve ser espontânea, uma colaboração daquele que cometeu um crime e se arrependeu dele<sup>12</sup>.

Dessa sucinta declaração, extraem-se relevantes críticas que podem ser visualizadas nas seguintes perguntas: a prisão do réu retira a voluntariedade necessária para a colaboração premiada? Limites éticos estariam sendo rompidos com a combinação entre colaboração e prisão?

No meio acadêmico, a crítica acima apresentada encontra ecos. Durante ato em defesa da democracia na Faculdade de Filosofia, Letras

---

<sup>11</sup> RODAS, Sérgio. Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio: coação ilegal. 16 ago. 2016. *Consultor Jurídico*.

<sup>12</sup> Idem.

e Ciências Humanas (FFLCH), da Universidade de São Paulo (USP), chegou-se a afirmar que “*prisão preventiva para obter a delação premiada é tortura*”.<sup>13</sup> Aury Lopes Jr., em ocasião diversa, também associou a suposta prática com a tortura. Em suas palavras, seria uma “*releitura do modelo medieval, em que se prendia para torturar, com a tortura se obtinha a confissão, e, posteriormente usava-se a confissão como a rainha das provas*.”<sup>14</sup> Diogo Malan menciona expressamente o uso da prisão temporária como estratégia de coação física e psicológica, “podendo se prestar ao fim da extorsão de confissão ou delação premiada do investigado, sob a ameaça – explícita ou velada – de a autoridade policial requerer a sobredita prorrogação de prazo”.<sup>15</sup>

No plano internacional, os instrumentos da justiça penal negocial são comparados à tortura, no que se refere à intimidação provocada no investigado, ao fundamento de que ambos, ainda que em intensidades distintas, retiram o pleno discernimento, provocam dilemas no investigado, e potencializam o risco de falsas declarações, com a consequente condenação de inocentes<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> LIMA, Helder. Prisão preventiva para obter delação premiada é tortura, defende jurista: lava jato. 07 abr. 2016. *Rede Brasil Atual*.

<sup>14</sup> CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”: delação forçada. 18 nov. 2016. *Consultor Jurídico*.

<sup>15</sup> MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada, p. 224.

<sup>16</sup> Nesse sentido: “The tortured confession is, of course, markedly less reliable than the negotiated plea, because the degree of coercion is greater. An accused is more likely to bear false witness against himself in order to escape further hours on the rack than to avoid risking a longer prison term. But the resulting moral quandary is the same” (LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*, p. 15). Dervan e Edkins destacam que, embora as discussões sobre a *plea bargaining* sejam datadas do final do século XIX, sua origem remonta a muitos séculos antes e tem como referência o advento da própria confissão (*guilty plea*) no Direito, para tocar, então, mais se oito séculos no passado. E mesmo a confissão, segundo precedente inglês de 1783, não era admissível se entendida como uma confissão forçada. Em conclusão: “While plea bargaining as it exists today relies upon the use of incentives, common law prohibitions on such inducements persisted until well into the twentieth century” (DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. *The Innocent Defendant’s Dilemma*, p. 7).

No mesmo sentido foram as declarações de Leonardo Sica, presidente da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), que definiu o problema como um “*pau de arara virtual*”:

Essa combinação entre prisão preventiva e delação premiada soa para nós como uma espécie de tortura soft é como um pau de arara virtual, as pessoas são presas preventivamente e só são soltas se confessarem. Isso é muito preocupante e não é necessário, existem outros métodos de investigação e de colheita de prova sem violar os direitos e garantias do cidadão.<sup>17</sup>

Soa exagerada a consideração de que a incorporação de instrumentos para enfrentamento de organizações criminosas, como é o caso da colaboração premiada, represente ruptura de todo o programa político-criminal brasileiro em face da Constituição. Se há ruptura, “essa se refere ao mundano do sistema de justiça criminal, cujo recorte ético, social e de gênero está a indicar as raízes de um sistema distante de um acesso igualitário ou, ao menos, não hierarquizado de modo apriorístico do bem imaterial chamado justiça”.<sup>18</sup>

Outro questionamento importante é extraído dessas manifestações: a prisão preventiva do colaborador é sempre um ato de coação por parte do Estado?

Na visão de Lênio Streck, a questão envolve a presunção de inocência. A utilização da prisão como ferramenta de estímulo para a colaboração consistiria em verdadeira inversão do ônus da prova, incompatível com o sistema processual penal, que se funda na presunção de não culpabilidade. Nesse sentido, levanta intrigantes questionamentos: “*a polícia e o MP não conseguem provas sem delação? Querem inverter o ônus da prova? Caímos na república da responsabilidade objetiva-penal?*”.<sup>19</sup>

Ainda no tocante às garantias constitucionais do acusado, Pedro Estevam Serrano ressaltou a vedação de tratamento degradante, previs-

---

<sup>17</sup> LOPES, Elizabeth. Prisão preventiva com delação premiada é pau de arara virtual, diz Sica. 01 mar. 2015. *Estadão Política*.

<sup>18</sup> SUXBERGER, A. H. G. Colaboração premiada e a adoção da oportunidade no exercício da ação penal pública, p. 8.

<sup>19</sup> CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”: delação forçada. 18 nov. 2016. *Consultor Jurídico*.

ta no art. 5º, inciso III, da CRFB/88. Afirmou que “a prisão preventiva tem sido usada para obter delações. Isso é absolutamente inconstitucional porque ofende um parágrafo do artigo 5º da Constituição, que determina que não pode haver tratamento degradante”.<sup>20</sup>

Não há como negar que essas reflexões despertam uma preocupação sobre a compatibilidade entre a colaboração premiada e as garantias constitucionais. Indaga-se, assim: a solução seria proibir a homologação do acordo de colaboração premiada do colaborador que se encontrava com a sua liberdade restringida?

Em contrapartida às críticas, muitos têm sustentado que a suposta conexão entre prisão e delação é falaciosa e representa estratégia dos investigados para nulificar os acordos celebrados. Deltan Dallagnol, Procurador da República que coordena a força-tarefa do Ministério Público Federal nas investigações e ações penais da chamada “Operação Lava Jato”, enfatizou que o fundamento das prisões preventivas é legítimo, pois teria por finalidade “proteger a sociedade de mais corrupção”.<sup>21</sup> Ressaltou, ainda, que a imposição de prisão processual “não estava presente em mais de 70% das colaborações, que foram feitas com réus soltos”.<sup>22</sup> Assim, denominou de *mentirosas* as afirmações que procuram associar colaboração premiada e prisão preventiva:

A única função de se repetir a mentira de que prisões são feitas como torturas é criar uma atmosfera de irregularidades e abrir espaço para que teses de nulidade ganhem corpo nos tribunais. A advocacia das nulidades, tão fértil no Brasil, tira o foco dos crimes de corrupção, tão extensos e intensos na violação de direitos fundamentais da população que caracterizam um verdadeiro atentado contra a humanidade, para colocar os holofotes em questões procedimentais.<sup>23</sup>

No mesmo sentido são as ponderações de Vladimir Aras:

---

<sup>20</sup> Idem.

<sup>21</sup> DELLAGNOL, Deltan. Lava Jato não usa prisões para obter colaboração de réus. 17 nov. 2015. *UOL notícias Opinião*.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Idem.

No caso Lavajato, até maio de 2015, foram formalizados 18 acordos de colaboração premiada, três deles no STF, um na Vara Federal do Rio de Janeiro e os demais na 13ª Vara Federal de Curitiba. Em apenas 4 dessas avenças os colaboradores estavam presos quando aceitaram negociar suas delações. Os demais estavam soltos e assim permaneceram. Entre os quatro que estavam cumprindo prisão preventiva durante a negociação, dois continuam presos preventivamente e os outros dois estão em prisão domiciliar.<sup>24</sup>

Tais afirmações levam a outras reflexões: a alegada relação entre prisão e colaboração é comprovada estatisticamente? O requisito da voluntariedade impõe que o colaborador esteja em liberdade?

A apropriação das críticas, muitas delas acertadas, dirigidas aos atos de vulneração da vontade do acusado para celebração de acordos processuais no direito norte-americano igualmente reclama ponderação. Isso porque, na modelagem normativa brasileira, há participação ativa do juiz na verificação da voluntariedade do acordo pelo acusado, como se observa da parte final do § 7.º do art. 4.º da Lei 12.850/2013. Além disso, diferentemente da solução de um único caso, como ocorre na “*plea*” norte-americana, o acordo de colaboração submete o acusado à disposição da persecução penal, pois ele se prestará a indicar provas em todos os processos que versem sobre fatos imputáveis à organização criminosa.

Como se pode perceber a questão apresentada, além de estar em aberto, encontra-se muito distante de um caminho de consenso. Aliás, o dissenso não se dá apenas em relação à eventual conformidade entre os institutos da prisão e da colaboração premiada, mas até mesmo em relação ao modo como são considerados e representados na prática dos casos que fomentam a discussão entre operadores do Direito em geral.

## **2. PROJETO DE LEI N. 4.372/2016**

O dissenso acima apresentado alcançou o cenário político por meio do Projeto de Lei n. 4.372/16, de autoria do Deputado Federal

---

<sup>24</sup> ARAS, Vladimir. Sétima crítica: a prisão preventiva do colaborador é usada para extorquir acordos de colaboração premiada. 13 maio 2015. *Blog do Vlad*.

Wadih Damous. Entre outros pontos, a proposição estabelece como condição para a homologação judicial da colaboração premiada a circunstância de o acusado ou indiciado responder em liberdade à investigação ou ao processo instaurado em seu desfavor.

Para tanto, o art. 3º da Lei 12.850/13 passaria a conter um terceiro parágrafo, com a seguinte redação:

Art. 3º.....

.....

§ 3º No caso do inciso I, somente será considerada para fins de homologação judicial a colaboração premiada se o acusado ou indiciado estiver respondendo em liberdade ao processo ou investigação instaurados em seu desfavor.

(NR)<sup>25</sup>

Na justificativa do Projeto<sup>26</sup>, enfatizou-se a ideia de que a prisão cautelar não deve ser utilizada como instrumento psicológico de pressão sobre o acusado ou indiciado, sob pena de se violar a dignidade da pessoa humana. Segundo o autor da proposição, o objetivo é evitar que prisões sejam decretadas sem fundamentação idônea e com finalidades extrínsecas ao processo ou inquérito. Merece destaque a seguinte passagem da justificativa do projeto de lei:

Assim, a colaboração premiada pressupõe para sua validade ausência de coação, impondo uma clara e inafastável liberdade de colaborador para querer contribuir com a justiça. A voluntariedade exigida pela legislação desde 1999 e assimilada pelo legislador de 2013 é incompatível com a situação de quem se encontra com a liberdade restringida. É uma contradição em termos.

---

<sup>25</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 4.372/2016*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077165>> Acesso em 7 set. 2016.

<sup>26</sup> BRASIL. Justificação do Projeto de Lei 4.372/2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9B188C8C00057F8494AB5A8BDF3BB83A.proposicoesWeb2?codteor=1433188&filename=PL+4372/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9B188C8C00057F8494AB5A8BDF3BB83A.proposicoesWeb2?codteor=1433188&filename=PL+4372/2016)>. Acesso em: 7 set. 2016.

O Projeto, ao ser apresentado e discutido na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados, obteve parecer desfavorável à sua admissibilidade e tramitação. Na visão da referida Comissão, a premissa do projeto está equivocada, uma vez que “*não existe nenhuma correlação, nenhum liame entre o instituto da delação, que tem natureza penal e o da prisão, que tem caráter processual*”.<sup>27</sup>

O parecer ressalta, ainda, a diferença entre liberdade psíquica e liberdade de locomoção, nos seguintes termos:

Com efeito, a voluntariedade – necessária para a validade da colaboração premiada, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.850, de 2013 – diz respeito à liberdade psíquica do colaborador, que não pressupõe a sua liberdade de locomoção. Aliás, a prisão cautelar não tem qualquer relação com a colaboração premiada, seja porque não pode ser imposta como forma de pressionar uma colaboração, seja porque não pode ser revogada simplesmente porque houve a colaboração<sup>28</sup>.

No momento, o projeto se encontra na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).<sup>29</sup> Como se vê, embora a tramitação do projeto ainda não esteja concluída, os argumentos mais relevantes sobre a questão, favoráveis e contrários, já foram levantados.

### **3. A RELAÇÃO ENTRE PRISÃO PREVENTIVA E COLABORAÇÃO – INVENÇÃO OU REALIDADE?**

A intensidade das discussões sobre o tema é evidente. Não se trata de mera divergência, mas de verdadeira polêmica, com argumentos consistentes nos dois sentidos. É esse o atual cenário do problema.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Comissão de segurança pública e combate ao crime organizado. Parecer pela rejeição do Projeto de Lei n. 4.372, de 2016. Relator: Delegado Edson Moreira. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9B188C8C00057F8494AB5A8B-DF3BB83A.proposicoesWeb2?codteor=1485107&filename=Parecer-CSPC-CO-22-08-2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9B188C8C00057F8494AB5A8B-DF3BB83A.proposicoesWeb2?codteor=1485107&filename=Parecer-CSPC-CO-22-08-2016)>. Acesso em: 7 set. 2016.

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> Até o dia 20 de dezembro de 2016.

Importa, pois, realizar uma análise jurídica das principais ideias apresentadas no debate, a fim de problematizar a questão do ponto de vista técnico. Não se pretende, com isso, pacificar a questão, tampouco exaurir o tema, mas apenas analisar juridicamente a relação entre prisão preventiva e colaboração premiada, identificar a origem da alegada incompatibilidade entre os institutos, e, assim, contribuir para que sejam encontradas soluções compatíveis com o problema existente.

### 3.1. VOLUNTARIEDADE

O art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013 é expresso ao eleger a voluntariedade como pressuposto para a homologação da colaboração premiada: “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos *daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação* e com o processo criminal”.

Questiona-se: a condição de preso é compatível com a voluntariedade exigida pela lei?

Para muitos, como já noticiado, a resposta é negativa.<sup>30</sup> Gustavo Badaró sustenta que a incompatibilidade entre voluntariedade e prisão se inicia com a semântica. O autor trabalha as duas expressões como antônimas, inconciliáveis entre si:

Voluntário advém do latim *voluntarius, a, um*, significando “que age por vontade própria”. Um agir voluntário é, portanto, um ato que se pode optar por praticar ou não. É atributo de quem age apenas segundo sua vontade. Ou, definindo negativamente: voluntário é o agir que não é forçado. Por outro lado, que prisão é coação, é o que diz a própria Constituição, assegurando o *habeas*

---

<sup>30</sup> BADARÓ, Gustavo. Quem está preso pode delatar? 23 jun. 2015. JOTA; JARDIM, Afrânio Silva, *entrevista*; MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. Anotações sobre o Requisito da Voluntariedade e o Papel do/a Juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/rés presos/as provisoriamente. In: *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016. p. 72-89.

*corpus* para quem sofre “coação em sua liberdade de locomoção”, de modo ilegal.<sup>31</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, tantos outros<sup>32</sup> procuram demonstrar que a prisão configura o momento de maior vulnerabilidade do investigado ou acusado, o que lhe retira a possibilidade de escolha. A prisão é descrita como o momento mais aterrorizante para o investigado ou acusado, de modo que não há como conceber que ele exerça a sua vontade de forma autônoma. Seu único objetivo será retomar o quanto antes a sua liberdade. Para tanto, fará o que for necessário, inclusive, assumir o papel de colaborador.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> BADARÓ, Gustavo. Quem está preso pode delatar? 23 jun. 2015. *JOTA*.

<sup>32</sup> É o caso de Luiz Antônio Borri, que, ao responder sobre a compatibilidade entre o requisito da voluntariedade e a prisão do colaborador, afirma: “A pergunta formulada deve ser respondida em sentido negativo. Justifica-se esta perspectiva com base na interpretação conferida à Lei 12.850/2013, particularmente à necessária voluntariedade do ato pelo acusado delator, assim como para impor limite intransponível ao Estado na persecução penal, caracterizando-se a ilicitude da colaboração premiada firmada nas hipóteses de acusados/investigados presos e de todos os elementos probatórios dela oriundos, nos termos do art. 157, § 1.º, do Código de Processo Penal” (BORRI, Luiz Antonio. *Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 24, n. 285, p. 6-8, ago. 2016). Ademais, como visto, foram essas as declarações do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Mello, Lenio Streck, Aury Lopes Jr., Leonardo Sica, Pedro Estevam. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>>. Acesso em: 24 ago. 2016; <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2016/04/prisao-preventiva-para-pressionar-delacao-premiada-e-uma-forma-de-tortura-defende-jurista-6505.html>>. Acesso em: 24 ago. 2016; <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>>. Acesso em 24 ago. 2016; <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,prisao-preventiva-com-delacao-premiada-e-pau-de-arara-virtual-diz-sica,1642213>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

<sup>33</sup> Nesse sentido: “O que mais pode ser aterrorizante, intimidador, opressivo para um investigado/a ou acusado/a em um processo penal (de regra espetacularizado) do que a possibilidade de ver a sua liberdade cerceada por mais um dia, um mês (ou vários dias ou meses), caso não se transforme em um/a delator/a?” (MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. Anotações sobre o Requisito da Voluntariedade e o Papel do/a Juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/rés

O argumento central pode ser sintetizado na ideia de que, sem liberdade plena, não existe voluntariedade. A restrição da liberdade física suprime a liberdade de opção. A prisão é um ato de violência, de coação, que obriga o acusado a colaborar e, assim, viola a diretriz estabelecida pelo art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013.

À primeira vista, tal argumento parece insuperável. Qualquer um é capaz de imaginar que, estando preso, faria o que fosse preciso para recuperar a liberdade. A liberdade de locomoção é inerente à essência humana e tem forte influência na liberdade de escolha. Todavia, é possível (e necessário) analisar a questão sob outra perspectiva, que também se inicia com o aspecto semântico – a diferença entre “voluntariedade” de “espontaneidade”:

A delação premiada deve ser produto da livre manifestação pessoal do delator, sem sofrer qualquer tipo de pressão física, moral, ou mental, representando, em outras palavras, intenção ou desejo de abandonar o empreendimento criminoso, sendo indiferentes as razões que o levam a essa decisão. Não é necessário que seja espontânea, sendo suficiente que seja voluntária: há espontaneidade quando a ideia inicial parte do próprio sujeito; há voluntariedade, por sua vez, quando a decisão não é objeto de coação moral ou física, mesmo que a ideia inicial tenha partido de outrem, como da autoridade, por exemplo, ou mesmo resultado de pedido da própria vítima. O móvel, enfim, da decisão do delator – vingança, arrependimento, inveja ou ódio – é irrelevante para efeito de fundamentar a delação premiada.<sup>34</sup>

Assim, a voluntariedade, tal como exigida pela lei, não consiste em uma ideia que surge, em primeiro lugar, na mente do acusado ou investigado. O acordo pode ser sugerido pelas autoridades responsáveis pela investigação, desde que não haja coação. Esse é o ponto que tem sido frequentemente confundido nas discussões sobre o tema: a lei não exige espontaneidade.

---

presos/as provisoriamente. In: *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016. p. 85).

<sup>34</sup> BUSATO, Paulo César; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p 119.

A grande questão para a preservação da voluntariedade, portanto, não é identificar quando houve algum tipo de influência por parte dos agentes estatais, mas se e quando houve coação, isto é, cumpre indagar o significado da coação. Para responder a essa questão, alguns autores<sup>35</sup> propõem uma analogia entre a colaboração premiada e o negócio jurídico regulado pelo Código Civil, tendo em vista que se está diante de um acordo entre acusação e defesa.

Para tanto, adota-se como referência o conceito trazido pelo artigo 151 do CC/02, que define coação como o ato que incute “*ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens*”. Nesse sentido, seria possível argumentar, em primeira percepção, que a sensação provocada pela prisão – tão temida pelo réu – enquadra-se no conceito legal de coação, o que poderia ensejar a anulação dos acordos de colaboração premiada celebrados por co-

---

<sup>35</sup> Nesse sentido: “Percebe-se, assim, que a colaboração premiada tem a configuração jurídica de um contrato. Trata-se, de fato, de um acordo onde o Ministério Público e o acusado discutem e negociam livremente as cláusulas de um ajuste que, se fielmente cumprido, acarretará, ao final, relevantes benefícios para ambas as partes. A Lei n.º 12.850/2013, inclusive, em diversas passagens de seu texto ressalta a natureza contratual da colaboração premiada, quando se utiliza, por exemplo, dos termos “negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração” (art. 4º, § 6º), “homologado o acordo” (art. 4º, § 9º), “termos do acordo homologado e sua eficácia (art. 4º, § 11), “em todos os atos de negociação” (art. 4º, 15) e, principalmente, que o “termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter : I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário” (art. 6º)”. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada>>. Acesso em 11 set. 2016. E ainda: “Se nada for feito, sem a genialidade de Sobral Pinto, no futuro nos restará postular a anulação dos contratos de delações premiadas de investigados presos, invocando como fundamento o Código Civil, que em seu artigo 171, inciso II, ao tratar da invalidade dos negócios jurídicos, considera anulável negócios jurídicos celebrados mediante ‘coação’ ou em ‘estado e perigo’!”. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/quem-esta-presos-pode-delatar>>. Acesso em: 11 set. 2016.

laborador preso, a teor do art. 171, II do CC/02.<sup>36</sup> Contudo, tal conclusão só poderia ser admitida a partir de uma análise isolada do art. 151, que, além de não esgotar o conceito de coação, pode induzir o intérprete ao equívoco de conceber o conceito de forma ampla.

A leitura sistemática do Código Civil conduz, ao contrário, a uma concepção restritiva de coação. O art. 153 do Código Civil esclarece que “*não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito*”. Em outras palavras, somente há coação se houver ilegalidade. Rodrigo de Grandis bem recorda a famosa expressão de Orosimbo Nonato: “*Não há direito contra direito*”.<sup>37</sup>

Assim, a prisão preventiva não pode ser tratada, de forma genérica, como um ato de coação, se ela foi decretada pela autoridade competente, em observância aos requisitos legais. Como visto, a coação possui um sentido técnico, que não pode ser ignorado.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que não há equilíbrio entre as partes envolvidas no acordo, para que se aplique a lógica civilista de coação – de um lado, encontra-se toda a força do aparato estatal e, do outro, toda a vulnerabilidade do acusado preso.

Sobre esse ponto, importa recordar que a Lei 12850/13 regulou o instituto da colaboração premiada de forma mais detalhada, de modo a tutelar o colaborador e amenizar a sua posição de vulnerabilidade. Cleber Masson e Vinicius Marçal assim sintetizam a evolução legislativa do instituto:

A evolução legislativa sobre o instituto denota o quanto veio sendo lapidada a colaboração premiada entre nós. Em sua gênese,

---

<sup>36</sup> Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

<sup>37</sup> “‘Não há direito contra direito’, já afirmou Orosimbo Nonato em famosa obra sobre a coação como defeito do ato jurídico. Desse modo, é possível deduzir que, por traduzir um ato emitido em conformidade com o direito, ou seja, uma vez decretada por um juiz quando presentes os fundamentos legais, o fato de o agente encontrar-se preso temporária ou preventivamente por si só não invalida o acordo de colaboração premiada”. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/rodrigo-de-grandis-prisao-nao-invalida-a-delacao-premiada>>. Acesso em: 12 set. 2016.

não se previa a forma como se efetivaria na práxis a “delação”; não havia regras visando à proteção do colaborador; poucos eram os prêmios legais. Esse estado de coisas fez com que Damásio de Jesus chegasse a rotular o instituto como “fracassado”.

Por outro lado, a Lei 12.850/2013 alterou sensivelmente esse quadro. Surgiram regras claras para a celebração do acordo; o magistrado foi afastado da negociação; exigiu-se requerimento e homologação judicial; foram previstos direitos ao colaborador, tipificou-se como crime a revelação indevida de sua identidade; surgiram novos prêmios (v.g., “acordo de não denunciar ou “acordo de imunidade”).<sup>38</sup>

A lei tornou claro que a presença do advogado do colaborador é indispensável em todos os atos (art. 4, § 15<sup>39</sup>). Assim, há, ao menos em tese, a fiscalização imediata de todos os atos praticados até a homologação do acordo de colaboração. Qualquer ameaça indevida pode ser imediatamente constatada pelo advogado, que poderá adotar as medidas cabíveis para afastá-la. Em verdade, contra eventual possibilidade de uso arbitrário do aparato estatal que promove a perseguição penal o remédio mais robusto é mesmo a assistência jurídica ao investigado ou acusado. É dizer: a manifestação livre do colaborador é assegurada pelo pleno conhecimento da situação em que se encontra e pela ampla gama de instrumentos colocados em seu favor por meio justamente da atuação livre do advogado. Este, é bom lembrar, exercita múnus público quando no exercício de função que, constitucionalmente, mostra-se essencial à Justiça (nos estritos termos do art. 133 da CRFB/88).

A lei previu, ainda, uma audiência especial, em que o juiz – que não participa das negociações<sup>40</sup> – poderá *sigilosamente, ouvir o colabora-*

---

<sup>38</sup> MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015. p. 96-97.

<sup>39</sup> § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

<sup>40</sup> Art. 4º, § 6º. O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

*dor, na presença de seu defensor* (art. 4º, § 7.º<sup>41</sup>), como forma de aferir a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo. A ideia é permitir ao colaborador que exponha ao juiz os reais motivos que o levaram a celebrar o acordo. Cleber Masson e Vinícius Marçal chegam a sustentar que tal audiência poderia se dar sem a presença do Ministério Público, justamente para assegurar que a manifestação de vontade do pretense colaborador se desse livre de qualquer ingerência ou sem a inibição causada pela presença do membro do Ministério Público no ato processual.<sup>42</sup>

Essa alegação de ausência do membro do Ministério Público, porém, não parece guardar boa interpretação. Em verdade, ela traz à memória preceito antigo do Código de Processo Penal, que em seu artigo 520, autorizava o Juiz a proceder à oitiva das partes sem a presença de seus patronos. A justificativa consistiria na possibilidade de o Juiz, sem o ânimo dos patronos, obter das partes possível conciliação que frustraria a ação penal privada por crime contra a honra. A justificativa de Espínola Filho, em consagrada obra de comentários ao Código de Processo Penal da década de 1950, é tão marcada pelo patriarcalismo e pela fetichismo sobre a figura judicial que merece a transcrição literal:

A providência preliminar tem um aspecto singelo e eminentemente antiformalista, em que o juiz age com o tato e a prudência, com que os bons varões buscam implantar o entendimento entre as pessoas da sua família, ou das suas relações, quando se apresentam desavindas, muita vez por simples malentendidos. Bem andou a lei, eliminando os termos, a solenidade, a intervenção de advogados, para, apenas, da adolhida a um conciliábulo sem forma especial, em que o juiz procede como um conselheiro amigo, zeloso pela paz e pela harmonia na sociedade, onde exerce autoridade.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> § 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

<sup>42</sup> MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015. p.133.

<sup>43</sup> ESPÍNOLA FILHO, E. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 4. ed. Vol. V, p. 182.

O fetichismo aqui parece se repetir, na esperança de que o colaborador só possa manifestar-se livremente na ausência do membro do Ministério Público ou mesmo que o juiz possa manifestar postura diversa daquela que teria na presença do membro do Ministério Público. O repúdio a atos que imponham segredos às partes, máxime quando o que se apura é justamente a liberdade na vontade de realizar o acordo, afasta a leitura que veicula restrição não manifestada expressamente no texto legal.

Não fosse o bastante, a lei estabeleceu, que, *sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual*, com o objetivo de obter *maior fidelidade das informações* (art. 4.º, § 13). Além disso, o art 5.<sup>o</sup><sup>44</sup> inovou ao estabelecer um rol de direitos, denominado por alguns de estatuto protetivo<sup>45</sup>, que tutela não apenas a intimidade, mas a incolumidade física do colaborador.

Como se vê, há uma série de medidas trazidas pela lei que permitem maior controle da legalidade da negociação e amenizam a situação de fragilidade do colaborador. Assim, ao menos em teoria, existem mecanismos que asseguram um maior equilíbrio no acordo entre acusação e defesa.

De todo modo, ainda que se afaste a possibilidade de analogia com o Direito Civil, existem outros fundamentos que permitem alcançar a mesma conclusão.

No Direito Penal, o conceito de coação pode ser extraído dos tipos penais contra a liberdade pessoal, notadamente os crimes de constrangimento ilegal e ameaça, previstos nos arts. 146 e 147 do Código

---

<sup>44</sup> Art. 5º São direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

<sup>45</sup> MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015., p.143.

Penal<sup>46</sup>. Novamente, faz-se presente a ideia de que a coação somente ocorre quando se age *contra legem*. O crime de constrangimento ilegal somente se configura se a vítima for constrangida “*a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda*”. Por sua vez, a ameaça sempre deve ter por objeto um “*mal injusto*”.

Importa analisar, ainda, os contornos dados à coação no âmbito do direito comparado, uma vez que o *plea bargaining* do direito norte-americano também elegeu a voluntariedade como pressuposto para a realização do acordo<sup>47</sup>. Anote-se que, no direito norte-americano, a *legal collaboration*, figura aproximada à colaboração premiada, aproveita-se da ampla e consolidada produção doutrinária e jurisprudencial elaborada sobre os acordos processuais de negociação da própria culpa do acusado (*plea bargaining*).

Segundo a orientação da Suprema Corte norte-americana, a acusação tem liberdade para tentar convencer o réu a colaborar, sob as mais diversas técnicas de persuasão, desde que elas possuam suporte legal. Assim, a proposta da colaboração, não apenas pode partir da acusação, como pode vir acompanhada de outras ponderações que reforcem a necessidade do acordo, como o risco de condenações a penas elevadas, desde que tais colocações encontrem correspondência na lei.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Constrangimento ilegal. Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Ameaça. Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

<sup>47</sup> Nesse sentido: “o procedimento alusivo ao *plea bargaining* é disciplinado pela Regra de Procedimento Criminal Federal nº 11 – *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 – Pleas*. (...) A Regra Federal nº 11, (b), (2) preconiza que o Juízo apenas aceita a declaração de culpa ou de não contestação após certificar a voluntariedade” (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 33-36).

<sup>48</sup> Nesse sentido, Marcos Paulo Dutra Santos cita diferentes precedentes da Suprema Corte norte americana e conclui: “A jurisprudência dos Tribunais, inclusive a da Suprema Corte, tolera que a declaração de culpa ou de *nolo contendere* seja obtida mediante coerção psicológica da acusação sobre o réu, desde que pautada em bases legais. Encara-se o *plea bargaining* como uma estratégia, em que se permite à acusação valer-se de todas as “armas” dis-

Verifica-se, assim, que a Suprema Corte norte-americana também tem conferido interpretação restritiva à ideia de coação, ao entender que o requisito da voluntariedade somente é violado quando a acusação age fora da legalidade.

Todos esses argumentos corroboram a ideia de que a voluntariedade somente é afastada quando há coação, a qual pressupõe a existência de ilegalidade. Consequentemente, somente há incompatibilidade entre o requisito da voluntariedade e a restrição da liberdade do colaborador se a prisão for ilegal.

Nos próximos tópicos, será reforçado o ponto que ora se consolida: o problema não reside nos institutos em si, mas no abuso ou no mau uso destes. A modelagem normativa da colaboração premiada não permite que a prisão preventiva seja utilizada com instrumento de prisão. A incompatibilidade entre prisão e colaboração, se existente, não é jurídica, mas prática<sup>49</sup>.

### 3.2. OS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Se a coação pressupõe a ilegalidade da prisão preventiva, é importante analisar seus requisitos e identificar qual tipo de fundamentação pode ser admitida. Será apresentado, sinteticamente, o significado de cada uma das expressões contidas no art. 312 do CPP, como forma de demonstrar que, se a prisão é utilizada como estímulo para colaboração premiada, isso é feito de forma velada, uma vez que os requisitos da preventiva, ao menos em tese, não se compatibilizam com esse tipo de conduta.

Eis o teor do art. 312 do CPP:

---

poníveis, dentro da legalidade, para persuadir o acusado a firmar o negócio jurídico processual” (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*, p. 36-40).

<sup>49</sup> Divergimos, assim, do entendimento de parcela da doutrina, que enxerga a coação como algo inerente à existência de acordos no processo penal, isto é, à Justiça Criminal Negocial. Merece destaque, como referência de aprofundado estudo sobre o tema, VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. No plano internacional: ALSCHULER, Albert W. *The changing plea bargaining debate*. *California Law Review*, n. 69, p. 652-730, 1981.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

A partir de uma leitura superficial do dispositivo, poder-se-ia imaginar que a “conveniência da instrução criminal” autorizaria a utilização da prisão como instrumento para se provocar a colaboração do acusado, uma vez que facilitaria a comprovação dos crimes em apuração. Todavia, não é esse o significado técnico da expressão. O fundamento da “conveniência da instrução criminal” deve ser invocado quando o réu estiver intimidando ou aliciando testemunhas ou peritos, suprimindo ou alterando provas ou documentos, ou turbando, de qualquer forma, a apuração dos fatos, como forma de garantir o bom andamento da instrução criminal.<sup>50</sup>

A conveniência da instrução criminal não deve ser analisada, assim, sob a perspectiva da acusação (de encontrar o caminho mais “conveniente” de obtenção de provas). O seu objeto de análise é o comportamento do réu e o risco concreto que ele oferece à instrução processual.

Nem mesmo a garantia da ordem pública poderia justificar a utilização da prisão como estímulo para a colaboração. Em que pese a subjetividade e amplitude da ideia de ordem pública, prevalece, na doutrina<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 867.

<sup>51</sup> Nesse sentido: “para uma segunda corrente, de caráter restritivo, que empresta natureza cautelar à prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, entende-se garantia da ordem pública como o risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime. Acertadamente, essa corrente, que é a majoritária, sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes, em virtude da periculosidade do agente” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Juspodvim, 2016. p. 861).

e na jurisprudência<sup>52</sup>, que ela está ligada à periculosidade do sujeito, à gravidade concreta do delito praticado e, especialmente, ao risco de re-iteração delitiva.

A necessidade de garantia da ordem pública é identificada a partir dos fatos já ocorridos que, por sua gravidade concreta ou por sua prática reiterada, justificam a custódia cautelar do agente. A pretendida colaboração do acusado não se enquadra no conceito jurídico de ordem pública. O mesmo raciocínio é aplicável à garantia da ordem econômica, espécie do gênero ordem pública, que exige a demonstração concreta do risco que o investigado ou acusado representa para a situação econômica de instituições financeiras ou do próprio ente estatal.

Por fim, a garantia de aplicação da lei penal relaciona-se ao risco concreto de evasão do custodiado<sup>53</sup>. A preocupação, nesse caso, é com a concretização do poder de punir do Estado e não com a construção do acervo probatório.

Como se vê, teoricamente, não há — nem deve haver — relação de causa e efeito entre prisão e colaboração. Se a prisão preventiva é decretada unicamente com o intuito de provocar a colaboração do acusado, ela é ilegal, pois a sua finalidade foi destorcida e manipulada de forma indevida. Nessa hipótese, há vulneração do requisito da voluntariedade, em virtude da ocorrência de coação do acusado, o que deve ensejar a nulidade do acordo e, conseqüentemente, dos elementos dele derivados.

Em outras palavras, a prisão preventiva não pode ser utilizada como instrumento de obtenção de provas, pois essa não é a sua finalidade. A prisão, como toda e qualquer medida cautelar não se relaciona com a construção do mérito da causa, mas sim, com a garantia do pro-

---

<sup>52</sup> Vide, por exemplo: RHC 72.159/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, quinta turma, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

<sup>53</sup> Nesse sentido: “Recordemos que é absolutamente inconcebível qualquer hipótese de presunção de fuga, até porque substancialmente inconstitucional frente à Presunção de Inocência. Toda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações. Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o receio de evasão do réu” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 858).

cesso e da perseguição penal. Caso isso não seja respeitado, concretiza-se a coação por parte do aparato estatal e, assim, a violação ao requisito da voluntariedade.

### 3.3. ETICIDADE

Argumenta-se que o Estado estaria se curvando ao nível dos criminosos e se utilizando de tortura e chantagem para obter as informações desejadas. Sustenta-se que a acusação teria encontrado o caminho mais fácil: coagir o réu a colaborar e fornecer todos os elementos necessários para o êxito da perseguição penal<sup>54</sup>.

Questiona-se, assim, se a ética teria sido esquecida no combate às grandes organizações criminosas. São colocadas em confronto a eticidade e a eficiência da perseguição penal. Vem à tona o eterno dilema: os fins justificam os meios? A conclusão dessa reflexão é irretocável: se o combate à corrupção é extremamente necessário, é, também, essencial que esse combate seja feito dentro da legalidade, sob pena de apenas se substituir um problema pelo outro<sup>55</sup>. Todavia, a premissa é discutível: é possível *presumir* que o Estado está agindo de forma ilegal?

---

<sup>54</sup> Novamente, recorda-se o teor das declarações do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Mello, Lenio Streck, Aury Lopes Jr., Leonardo Sica, Pedro Estevam. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>>. Acesso em: 24 ago. 2016; <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2016/04/prisao-preventiva-para-pressionar-delacao-premiada-e-uma-forma-de-tortura-defende-jurista-6505.html>>; Acesso em: 24 ago. 2016; <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>>. Acesso em 24 ago. 2016; <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,prisao-preventiva-com-delacao-premiada-e-pau-de-arara-virtual-diz-sica,1642213>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

<sup>55</sup> Sobre os riscos de uma atuação antiética por parte do Estado, por meio da justiça criminal negocial: “Não é difícil prever o que acontecerá caso essa tática de promover justiça vire algo de rotina (e se siga avalizando tal modo de agir) e as condenações pelos *plea bargains* virem indicadores de performance: notícias de uma acusação futura comecem a chegar subrepticiamente para a imprensa, colocando o suspeito em situação difícil perante a sua família e a população. As acusações não precisam ser consistentes ou ter sério amparo probatório, mas a presunção pública de que o Procurador (ou Promotor) tem um caso ganha ares de verdade. O acusado, por sua vez, ouve de seu advogado

De um lado, afirmar que houve coação por meio da prisão é o mesmo que afirmar que a prisão foi ilegal. Viu-se que, aos menos em tese, os fundamentos da prisão preventiva não se compatibilizam com a coação do acusado. Ademais, se a prisão preventiva retirasse do réu toda a sua autonomia, não apenas o acordo de colaboração premiada, mas toda a instrução processual deveria ser anulada sempre que o réu estivesse preso. De outro lado, a regulação da colaboração premiada trouxe mecanismos para impedir arbitrariedades por parte do aparato estatal, tais como a presença do advogado em todos os atos, a gravação das tratativas em meio audiovisual, o afastamento do juiz da fase de negociações, dentre outros.

Assim, a incompatibilidade entre prisão preventiva e colaboração premiada, se existente, surgiu na prática pela atuação dos operadores dos institutos. Se há um problema ético a ser combatido, ele não reside nos institutos em si, mas na atuação dos agentes responsáveis pela persecução penal. Condena-se a colaboração premiada, sugere-se a sua alteração legislativa, ou a sua extirpação do sistema, sem que se perceba que, na verdade, o problema é externo. É dizer: se problema há, ele não se encontra nos institutos em si. E essa advertência mostra-se relevante porque não será a alteração dos institutos que permitirá solução ao pretense problema ou abuso no uso da prisão processual. Para coibir possíveis ilegalidades no manejo de institutos que afetam a liberdade de locomoção do indivíduo, como a prisão preventiva, existe a via do *habeas corpus*, que permite a revisão do ato coator em todos os graus de jurisdição.

Quando se afirma que a prisão é ilegal, mesmo após a sua análise em todas as instâncias, afirma-se, na verdade, que todo o sistema de controle é ineficiente, ou que, deliberadamente, não coibiu ilegalidades

---

que virão inúmeras acusações e, mesmo infundadas, algumas prevalecerão. Começa, então, a vazar secretamente para a imprensa que o Procurador (ou Promotor) tem provas contra a família do acusado, que é ouvida em inquéritos ou investigações preliminares. O caso é teórico, mas qual seria a saída para o acusado? É desnecessário responder, embora seja o que se tem passado” (COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward Rocha de. *Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano VI, n. 22, p. 75-84, abr./jun. 2006. p. 82).

ocorridas na prática, seja pelo clamor social, seja por outros motivos obscuros, que só se pode imaginar, mas não comprovar.

Contudo, ao se transferir a crítica para os operadores do instituto, entra-se em uma zona obscura, em que não há certeza jurídica. Desconfia-se da idoneidade moral dos agentes estatais, mas não é possível controlar o pensamento de cada um dos envolvidos no acordo. Suspeita-se que medidas ilegais estão sendo tomadas, mas dificilmente elas serão comprovadas. A crítica que ora se apresenta pressupõe uma falência ética do Poder Judiciário. É como se não houvesse instância de controle que fosse confiável o suficiente para impedir que o réu sofra algum tipo de constrangimento indevido.

Todavia, não se pode perder de vista que, juridicamente, não é possível presumir a má-fé. Não se está, com isso, fechando os olhos para eventuais ilegalidades que, caso existentes, devem ser coibidas. Está-se apenas adequando a crítica à premissa básica do Direito: a má-fé não se presume, deve ser comprovada de parte a parte. Se for provado que o acusado foi coagido a colaborar, o acordo deve ser anulado. Arbitrariedades devem ser combatidas em cada caso, e não tratadas como regra.

#### **4. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA**

Como visto, os fundamentos previstos pelo art. 312 do CPP não permitem, em teoria, que a prisão preventiva seja utilizada como estímulo para a colaboração. Sustenta-se, todavia, que a coação estaria sendo feita de forma velada. Os fundamentos apresentados para a prisão serviriam apenas para camuflar a real finalidade da prisão, que seria coagir o acusado ou investigado a colaborar. Teme-se, ainda, que todas as instâncias de revisão estariam igualmente contaminadas, ao confirmarem a decisão que decretou a preventiva de forma indevida. Sob perspectiva diversa, sabe-se que o direito permite, apenas, a presunção de boa-fé, e não o contrário.

Como solucionar esse impasse? O receio de que a prisão preventiva seja utilizada de forma deturpada, aliado à impossibilidade de se desvendar o real propósito dos agentes responsáveis pela persecução penal, despertam a seguinte dúvida: diante da incerteza, a melhor solução seria proibir a celebração do acordo quando o investigado ou

acusado estiver preso? Em outras palavras, se não é possível garantir que todas as prisões preventivas estejam estritamente vinculadas aos fundamentos do art. 312 do CPP, seria mais seguro proibir o acordo em todos os casos em que o réu estiver preso preventivamente?

Como apresentado em tópico anterior, essa é a ideia do Projeto de Lei n. 4.372/16, ainda em tramitação. Analisando-se o projeto após toda a reflexão acima apresentada, observa-se que, embora a sua intenção, à primeira vista, seja proteger os investigados ou acusados, é possível que ele acabe por prejudicá-los. Nos casos em que o conjunto probatório se revela mais desfavorável ao acusado, há grande probabilidade de ser decretada a segregação cautelar, pois os requisitos e fundamentos da prisão preventiva se tornam mais evidentes.

O réu preso cautelarmente é, assim, um dos maiores interessados na colaboração, não pela coação exercida pela prisão, mas pelo forte receio do resultado final da persecução penal. Nesse sentido, o Projeto de Lei, com o intuito de tutelar as garantias dos acusados ou investigados, poderia alcançar o efeito contrário: aqueles a quem mais interessaria a celebração do acordo ficariam impedidos de fazê-lo.

A Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado trouxe essa reflexão para o cenário político, ao afirmar que *“impedir que os indivíduos presos possam celebrar acordo de colaboração premiada viola o princípio da isonomia”*<sup>56</sup>, uma vez que impede o exercício de importante estratégia defensiva.

O problema, assim, não teria solução? Na verdade, as soluções já se encontram na lei. Existem mecanismos legais suficientes para a proteção do acusado, seja no tocante ao controle da prisão preventiva, seja em relação à regulação da colaboração premiada trazida pela Lei 12.850/2013.

Caso todas essas disposições sejam aplicadas, é reduzido o risco de coação indevida do acusado. A grande questão é garantir que esse

---

<sup>56</sup> BRASIL. Comissão de segurança pública e combate ao crime organizado. Parecer pela rejeição do Projeto de Lei n. 4.372, de 2016. Relator: Delegado Edson Moreira. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9B188C8C00057F8494AB5A8B-DF3BB83A.proposicoesWeb2?codteor=1485107&filename=Parecer-CSPC-CO-22-08-2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9B188C8C00057F8494AB5A8B-DF3BB83A.proposicoesWeb2?codteor=1485107&filename=Parecer-CSPC-CO-22-08-2016)>. Acesso em: 7 set. 2016.

controle seja realizado. Deve-se confiar nas instâncias de supervisão e submeter a elas todo tipo de conduta aparentemente ilegal. Caso se argumente que, ainda assim, as ilegalidades subsistirão, chega-se a um cenário juridicamente insolucionável: a falência do sistema. Não é nisso que se deve acreditar. A Defesa, além de criticar o sistema jurídico existente, deve utilizá-lo a seu favor, explorando todos os mecanismos legais que lhe são oferecidos. As pretendidas alterações legislativas podem acabar por enfraquecê-la, e não o contrário.

Em síntese, pretende-se mostrar que, em momentos de crise de legalidade, o que se deve buscar é a aplicação da lei, e não a sua alteração.

## CONCLUSÕES

De todos os argumentos apresentados, observa-se, primeiramente, que não há um estudo estatístico completo, para que se possa atestar a existência de uma relação concreta de causa e efeito entre prisão e colaboração premiada, já que, como visto, no plano jurídico, tal vínculo não é admissível. Ao contrário, algumas análises estatísticas, ainda que não atualizadas, têm demonstrado que boa parte dos acordos de colaboração premiada foram firmados com investigados ou acusados soltos.

Verifica-se, ainda, que as críticas à colaboração premiada têm se restringido à sua utilização no âmbito da Operação Lava-jato, o que consiste em uma visão reducionista do problema. Aliás, reduzir a compreensão do instituto da colaboração premiada ao caso da Operação Lava-jato malferde, de um lado, a própria utilidade do caso penal como meio de estudo e, de outro lado, esvazia um instituto pensado de modo mais amplo como meio de obtenção de prova<sup>57</sup> no enfrentamento da macrocriminalidade.

É certo que a Operação Lava-jato deu notoriedade à colaboração premiada, mas o instituto em estudo é muito mais amplo – é anterior à

---

<sup>57</sup> O artigo adota o entendimento consolidado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 127.483/PR, que definiu a natureza jurídica da colaboração premiada como um *meio de obtenção de prova*. Para o aprofundamento da discussão, sugere-se a leitura de: MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 2 ed, São Paulo: Método, 2016. p. 121-124.

Operação e irá permanecer vigente após o término dela. Não é possível, pois, formular conclusões, ou mesmo propor alterações legislativas, com base em uma visão tão estreita do problema.

A grande crítica que se pode fazer ao debate ora apresentado é o fato de que um problema pontual, supostamente ocorrido no âmbito de uma investigação, tem sido apresentado como um problema estrutural do instituto da colaboração premiada. Não se pode esquecer que as medidas adotadas com o intuito de mitigar supostas ilegalidades ocorridas na Operação Lava-jato terão reflexo em futuras investigações.

Como visto, a colaboração premiada se apresenta como importante estratégia defensiva, notadamente nos casos em que o acervo probatório é bastante desfavorável ao acusado ou investigado. Nesses casos, é possível que o réu seja preso preventivamente, de forma legítima, se demonstrada, por exemplo, a gravidade concreta da sua conduta e preenchidos os demais requisitos do art. 312 do CPP.

Em um cenário como esse, não é a prisão preventiva, por si só, que irá estimular a colaboração premiada, mas a real probabilidade de que a persecução penal resulte em uma condenação à elevada pena privativa de liberdade.

Frise-se: o réu estaria preso preventivamente de forma legítima, pois preenchidos os requisitos legais. Nesses casos, é interessante para o réu colaborar. É uma estratégia, que a defesa pode optar por seguir, ou não, após analisar todos os elementos que pesam contra o réu. Retirar a possibilidade de o acusado (ou investigado) preso preventivamente colaborar significaria deixar aqueles que mais necessitam da colaboração sem essa importante alternativa.

A colaboração não deve ser encarada como algo negativo para a defesa, mas como uma opção que pode suavizar significativamente a reprimenda do acusado, que potencialmente seria condenado a penas elevadas, no regime fechado. Isso, porque, para que seja admitida a utilização da colaboração premiada, pressupõe-se que o réu esteja sendo acusado de crimes graves, com penas superiores a quatro anos, ou de caráter transnacional.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Lei 12.850-2013 - Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e

A prisão também não pode ser tratada, de forma generalizada, como um ato condenável por parte do Estado. Não pode ser encarada, sempre, como uma coação indevida, ou um “ato de tortura”, sob pena de se esquecer da sua real finalidade, que é resguardar a sociedade e a própria persecução penal. A prisão preventiva é, sim, medida excepcional, mas não é medida proibida, como se tem apresentado. O mais importante é analisar se, em cada caso, estavam realmente presentes os fundamentos da prisão preventiva.

Com base nisso, conclui-se que o verdadeiro problema na relação entre prisão preventiva e colaboração premiada não recai sobre os institutos em si, mas sobre os seus operadores. Tecnicamente, como se evidenciou, não há incompatibilidade entre prisão e colaboração. A prisão preventiva possui requisitos e fundamentos específicos, previstos pelo art. 312 do CPP, que, se observados, não autorizam a segregação como instrumento para forçar a colaboração. Em síntese, respeitadas as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, não há como reduzir a prisão a um instrumento de coação, pois seus requisitos são incompatíveis com isso.

Constata-se, portanto, que, se há, na prática, uma relação de causa e efeito entre a prisão e a colaboração, é porque a finalidade da prisão preventiva está sendo deturpada. A mácula estaria, assim, nos operadores, e não nesse instrumento de obtenção de provas que, como visto, além de muito importante no combate da criminalidade organizada, foi devidamente regulado pela Lei 12.850/2013.

Se não se pode controlar a mentalidade dos operadores do instituto, a melhor solução seria, então, proibir, por meio de alteração legislativa, o acordo de colaboração premiada para todos os casos em que o colaborador está preso? Como visto, isso acabaria por prejudicar a pró-

---

o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. § 2º Esta Lei se aplica também: I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos (Redação dada pela lei nº 13.260, de 2016).

pria defesa, que se veria desmuniada de uma importante alternativa de defesa, quando constatado que existem fortes fundamentos e elementos de prova para a condenação<sup>59</sup>.

A Lei já fornece os instrumentos necessários para a tutela dos direitos do colaborador. Supostos desvios ocorridos na prática não podem ser tratados como vícios estruturais do instituto. Se não há incompatibilidade em abstrato entre prisão preventiva e colaboração premiada, a alteração da lei não solucionará o problema – notadamente quando a mudança se baseia em premissa juridicamente equivocada: a má-fé dos agentes estatais.

## REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. *Sétima crítica: a prisão preventiva do colaborador é usada para extorquir acordos de colaboração premiada*. 13 maio 2015. Blog do Vlad. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/05/13/setima-critica-a-prisao-preventiva-do-colaborador-e-usada-para-extorquir-acordos-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso em 12 set. 2016.

ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, n. 69, p. 652-730, 1981. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2238&context=californialawreview>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

BADARÓ, Gustavo. Quem está preso pode delatar? 23 jun. 2015. JOTA. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/quem-esta-preso-pode-delatar>>. Acesso em 11 set. 2016.

BORRI, Luiz Antonio. Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 24, n. 285, p. 6-8.

---

<sup>59</sup> Assim, divergimos parcialmente da conclusão alcançada por Luiz Flavio Borges D’Urso. Segundo o autor, a colaboração premiada não é um mal em si mesmo, com o que concordamos. Todavia, afirma que a prisão preventiva é incompatível com o manejo da colaboração: “Assim, o instituto da delação premiada não é um mal em si mesmo, até porque representa, na sua essência, uma alternativa para a defesa, todavia, é preciso aperfeiçoá-lo, e a proposta que apresentamos é a proibição da oportunidade da delação premiada para aquele que se encontra preso cautelarmente, pois dessa forma se estaria preservando a obrigatoriedade voluntariedade, que hoje é tão questionada no Brasil.” (D’URSO, Luiz Flavio Borges. *Delação premiada: proibição para quem está preso*. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 11, n. 66, p. 64-66, 2015).

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada*. Curitiba: Juruá, 2014.

BUSATO, Paulo César; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANÁRIO, Pedro. *Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”: delação forçada*. 18 nov. 2016. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>>. Acesso em 24 ago. 2016.

CASARA, Rubens RR; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro - dogmática e crítica: conceitos fundamentais*. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COUTINHO, Jacinto N. Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano VI, n. 22, p. 75-84, abr./jun. 2006.

DELLAGNOL, Deltan. *Lava Jato não usa prisões para obter colaboração de réus*. 17 nov. 2015. UOL notícias Opinião. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoas-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The Innocent Defendant’s Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining’s Innocence Problem. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 103, n. 1, p. 01-48, mai./2013. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=jclc>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

D’URSO, Luiz Flavio Borges. Delação premiada: proibição para quem está preso. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 11, n. 66, p. 64-66, 2015.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 4. ed. Vol. V, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva, entrevista disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/punir-e-importante-mas-nao-a-qualquer-preco>>. Acesso em: 23 set. 2016.

LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, n. 1, p. 3-22, 1978. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclrev>>. Acesso em: 7 fev. 2017.

LIMA, Helder. *Prisão preventiva para obter delação premiada é tortura, defende jurista: lava jato*. 07 abr. 2016. Rede Brasil Atual. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2016/04/prisao-preventiva-para-pressionar-delacao-premiada-e-uma-forma-de-tortura-defende-jurista-6505.html>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Juspodvim, 2016.

LOPES, Elizabeth. *Prisão preventiva com delação premiada é pau de arara virtual, diz Sica*. 01 mar. 2015. Estadão Política. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,prisao-preventiva-com-delacao-premiada-e-pau-de-arara-virtual-diz-sica,1642213>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 213 - 238, 2016. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.22>

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015.

MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. Anotações sobre o Requisito da Voluntariedade e o Papel do/a Juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/rês presos/as provisoriamente. In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016. p. 72-89.

RODAS, Sérgio. *Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio: coação ilegal*. 16 ago. 2016. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES JR., Aury. *Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é Lavado a Jato*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

SANTOS, Marcos P. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28008/R%20-%20T%20-%20MARCO%20AURELIO%20NUNES%20DA%20SILVEIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Colaboração premiada e a adoção da oportunidade no exercício da ação penal pública. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Faria. Funcionalização e expansão do direito penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n.1, 2016, p. 377-39. <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v13i1.3976ht>

UNITED STATES GOVERNMENT. *Federal Rules of Criminal Procedure*. Effective March 21, 1946, as amended do December 1, 2015. Disponível em <<https://judiciary.house.gov/wp-content/uploads/2016/02/Criminal2015.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

#### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 27/12/2016
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/12/2016
- Avaliação 1: 04/01/2017
- Avaliação 2: 16/01/2017
- Decisão editorial preliminar: 25/01/2017
- Retorno rodada de correções 1: 08/02/2017
- Decisão editorial 2: 08/02/2017
- Retorno rodada de correções 2: 09/02/2017
- Decisão editorial final: 09/02/2017

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (SRM)
- Revisores: 2

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SUXBERGER, Antonio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

# O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal

*The problem of the content of the recognition of the testimony of the informers towards the concept of just cause for the regular exercise of the criminal action*

**Walter Barbosa Bittar<sup>1</sup>**

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS.

Professor da PUCPR.

walter@advocaciabittar.adv.br

 <http://lattes.cnpq.br/5530106073792888>

 <http://orcid.org/0000-0002-4036-7865>

---

**RESUMO:** O artigo analisa os problemas conceituais quanto à natureza jurídica do instituto da delação premiada, bem como da justa causa, buscando estabelecer limites quanto à valoração do conteúdo da versão apresentada pelos delatores, com maior atenção ao valor probatório, na forma prevista no ordenamento jurídico brasileiro, observando se é possível abrange o conteúdo do que pode ser compreendido como justa causa admitida, ou não, como requisito legítimo para o exercício da ação penal. Para cumprir este objetivo, buscou-se estabelecer requisitos de existência e validade para o início de um procedimento persecutório penal, destacando aspectos político criminais que terminam por influenciar a conclusão dos contornos inerentes ao objeto da análise do presente estudo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justa Causa; Condição da Ação; Delação Premiada; Valor Probatório.

---

<sup>1</sup> Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Bolsista CAPES). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós graduado em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Atualmente é professor da graduação e da pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, professor da pós graduação lato sensu em Direito e Processo Penal da Universidade Estadual de Londrina/PR, professor da Escola Superior da Magistratura do Estado do Paraná, unidade Londrina/PR.

**ABSTRACT:** *This article analyzes the conceptual problems regarding the legal nature of the plea bargaining and the just cause, seeking to establish limits regarding the recognition of the content of the version presented by the informers, with greater attention to the probative value, as seen in the Brazilian legal system, seeking if it is possible to include the content of what can be understood as accepted just cause, or not, as a legitimate requirement for the criminal action procedure. To fulfill this objective, we sought to establish existence and validity requirements for the beginning of a valid criminal prosecution procedure, highlighting the criminal political aspects that end up influencing in the conclusion of the inherent contours of the object of the analysis of the present study.*

**KEYWORDS:** *Just Cause; Condition of the Action; Plea Bargaining; Probative Value.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O cenário e os particulares problemas da delação premiada no ordenamento brasileiro; 2. Compreensão do conceito de justa causa no direito processual penal pátrio; 3. A delação premiada e o seu valor probatório no recebimento da denúncia; Considerações Finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Dentro da proporção tomada pelo uso do instituto da delação premiada no Brasil, com destacada presença das variantes exibidas pelos delatores nas investigações e processos criminais desencadeados e desenvolvidos - justamente - a partir da versão apresentada em desfavor dos delatados, principalmente a partir da dimensão tomada pelos procedimentos persecutórios penais iniciados pela chamada “Operação Lava Jato”<sup>2</sup>,

---

<sup>2</sup> A Operação Lava Jato, inquérito 3989/DF, é considerada a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro do Brasil, estima-se que a quantidade de recursos desviados dos cofres da maior estatal do país envolvida no esquema, a Petrobrás, é estimada em bilhões de reais. A operação recebeu tal nome vez que as investigações levaram a uma rede de postos de combustíveis e lava a jato que movimentavam recursos ilícitos de uma das organizações criminosas investigadas. MPF. Entenda o caso. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 16 dez 2016.

perante a previsão do art. 395, III, do CPP<sup>3</sup>, instiga retornar ao conceito de justa causa para a ação penal, não só em face da ambiguidade da expressão<sup>4</sup> e as diferentes abordagens a partir de então<sup>5</sup>, quanto a sua natureza jurídica, bem como de sua função, entre outras, de atuar como proteção contra eventuais abusos do poder de acusar<sup>6</sup>, em confronto com os filtros próprios ao início do procedimento persecutório penal.

Não bastassem os problemas inerentes à questão conceitual e delimitação da justa causa, aliam-se a estes aspectos extremamente polêmicos, a partir da introdução no ordenamento jurídico brasileiro, da figura incômoda da delação premiada<sup>7</sup> como meio de obtenção de prova<sup>8</sup>, quando esta também possui inúmeras dúvidas quanto a sua na-

---

<sup>3</sup> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

<sup>4</sup> ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Justa causa para a ação penal, Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 97-100.

<sup>5</sup> Vale destacar que Afranio Silva Jardim, em face da redação do art. 395, III do CPP, mudou sua posição sobre o tema da justa causa, por entender que esta já não seria mais a quarta condição para o regular exercício da ação, como já havia sustentado anteriormente. *Direito processual penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 140-148. Atualmente este autor esclarece que a justa causa pressupõe acusação de uma conduta típica, em tese. Trata-se de uma questão de direito, diferente da existência ou não de suporte probatório mínimo de tudo o que esteja narrado na acusação, sugerindo o reconhecimento de outra categoria no processo penal condenatório, sob o nome de “pressuposto de legitimação do processo penal condenatório”, que seria, assim, a natureza jurídica da justa causa, referida no art. 395, III, do CPP: JARDIM, Afranio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*, 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 584.

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194.

<sup>7</sup> Dentre as críticas mais comuns destacadas pela doutrina podem ser observados os problemas próprios do modelo de justiça negociada, inerente a delação premiada, face a sua discricionariedade de uso por parte do Ministério Público, passando pela desvirtuação do contraditório, bem como as ameaças ao processo penal com núcleo acusatório: LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, 5ª ed., 2010, p. 137.

<sup>8</sup> Embora a terminologia meio de obtenção de prova não seja normalmente utilizada, faz-se tal assertiva no intuito de ressaltar a distinção dos meios de prova, por não se tratar a delação de uma fonte de convencimento, mas por se prestar a obter do delator declarações dotadas de atitudes probatórias. Sobre a distinção entre meios de prova e meio de obtenção de prova veja-se: BADARÓ, Gustavo H. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos

tureza jurídica e aos efeitos produzidos seja no direito processual, seja no direito material, bem como pelo fato de que a doutrina e a jurisprudência sobre o tema ainda não sejam expressivas sobre a exata valoração de seu conteúdo<sup>9</sup>.

Note-se que, assim como a justa causa, a delação premiada sempre suscitou críticas doutrinárias<sup>10</sup>, seja no que diz respeito à ausência de regulamentação legal, argumentação enfraquecida com o advento da Lei 12.850/2013, ou a própria utilização do instituto como instrumento legítimo para a investigação criminal, mormente no momento em que se identifica no ordenamento jurídico pátrio a nítida contrariedade do legislador ao indivíduo delator, por vezes, prevendo o agravamento e a causa de aumento de pena da sanção penal pela constatação do agir movido pela traição.<sup>11</sup>

Por outro lado, as dificuldades causadas a partir da introdução de um instituto estranho à estrutura da legislação pátria ainda não pode ser mensurada com precisão. Entretanto, um problema objetivo que precisa ser enfrentado é que, além da inexatidão conceitual dos elementos que permitem situar qual é o contexto de justa causa referido pela legislação brasileira, pouca atenção é dada para o conteúdo da versão do delator e a sua identificação, ou não, como um elemento apto para viabilizar uma ação penal e, em tal caso, resta-se inserido no que se configura uma justa causa para o exercício regular do direito de ação penal.

Dessa forma, e tendo ciência que o exame das condições para o regular exercício da ação passa pelo conceito de justa causa, consciente

---

Tribunais, 2003, p. 165; DEZEM, Guilherme M. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 388 e ss.

<sup>9</sup> Pontual é a crítica de Frederico Valdez Pereira ao destacar que o sistema acusatório de processo penal é ameaçado face a própria estrutura da uso de delatores (o autor prefere a expressão colaboradores), pois a sedução do prêmio como troca pela diminuição (ou extinção) da punição reforça a acusação, fornecendo-lhe mais um instrumento de persuasão, estimulando o indivíduo a renunciar o direito ao silêncio e a depor contra os cúmplices. PEREIRA, Frederico V. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 929, 2013, p. 327.

<sup>10</sup> Ver, por exemplo: BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179-183.

<sup>11</sup> Como, por exemplo, a agravante do art. 61, alínea “c” e a qualificadora do art. 121, § 2º, IV, todos do Código Penal brasileiro.

de que o norte para a formação do juízo de admissibilidade parte do pressuposto de que as afirmações que embasam um pedido condenatório pressupõem a veracidade das afirmações do fato, diante das peculiaridades do conteúdo de uma delação que possa ser considerada válida, e até mesmo minimamente confiável, para invocar legitimamente a tutela jurisdicional, o presente trabalho pretende destacar as questões polêmicas surgidas a partir deste cenário, focando se é possível identificar a versão do delator com o conceito de justa causa, referido na legislação pátria, para o início da persecução penal.

## **1. O CENÁRIO E OS PARTICULARES PROBLEMAS DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Observando-se o período anterior à Lei 12.850/13, tem-se que a legislação sobre o tema tinha como referencial apenas normas de Direito material introduzidas sem critério (em especial sem qualquer preocupação com os aspectos processuais) em diversas legislações, inclusive não especificamente penais (caso da Lei 10.149/00), estas promulgadas de forma esparsa e distribuídas sem qualquer critério político criminal aparente, em diferentes legislações<sup>12</sup>, em que pese a jurisprudência do país tenha recepcionado bem a novidade.<sup>13</sup>

Importante esclarecer que, embora permaneça discussão quanto à identidade (ou não) entre os termos colaboração premiada e delação premiada (e se é um instituto de direito material ou processual), mesmo após a promulgação da Lei 12.850/13, o presente artigo utilizará indiscriminadamente ambas as expressões com o mesmo sentido, compreendendo-as como termos sinônimos<sup>14</sup>, em sentido semelhante àquele adotado pela doutrina italiana que utiliza os termos colabora-

---

<sup>12</sup> Lei 8.072/90; Lei 9.034/95; Lei 9.080/95; Lei 9.269/96; Lei 9.613/98; Lei 9.807/99; Lei 10.149/00; Lei 11.343/06.

<sup>13</sup> A título de exemplo e não exaustivamente, veja-se as seguintes decisões: HC 75261, J. 24.jun.97, rel. Min. Octavio Galotti; RESP 418341, j. 26.maio.03, rel. Min. Felix Fischer; HC 33.833/PE, j. 19.ago.04, rel. Min. Gilson Dipp.

<sup>14</sup> Em sentido oposto, admitindo divergência entre as expressões: LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 3ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 525.

ção, arrependidos (*pentiti*) e até mesmo delação, quando aborda o tema quanto à resposta punitiva premial<sup>15</sup>, bem como reconhecendo que, no Brasil, não houve a revogação de nenhuma outra norma já promulgada sobre o tema.<sup>16</sup>

Mas fato é que a introdução da delação premiada em nosso ordenamento jurídico, alheia a criação de normas procedimentais, deixou a natureza jurídica do prêmio oferecido ao delator identificada como uma causa de liberação de pena, tema, ironicamente, carente de estudos mais aprofundados, cujo âmbito de incidência resta circunscrito aos comportamentos pós-delitivos positivos<sup>17</sup>, mais especificamente o direito premial, em que está situada a delação premiada.

---

<sup>15</sup> Como por exemplo é possível perceber consultando algumas obras sobre o tema: RUGGIERO, Rosa Anna. *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 17 e notas de rodapé 40 e 41. RIVA, Carlos Ruga. *Il premio pela la collaborazione processuale*, Milano: Giuffrè, 2002, p. 12-26. Riva cita ainda a expressão delação (*delazione*) mencionada pela Procuradoria Geral quanto ao fomento de delações, bem como da palavra “*pentitismo*” (fenômeno do arrependimento em tradução livre e ampla) e colaborador (*collaboratore*), para destacar a discussão sobre a ética da delação e o uso que se dá para estas terminologias. Op. Cit., p. 543.

<sup>16</sup> A questão é que o legislador não revogou o texto dos arts. 13 e 14 da Lei 9.087/99, que ampliou para toda a legislação pátria a possibilidade de perdão judicial, sem nenhuma vinculação ao tipo penal, nas hipóteses de colaboração e sem alteração de normas processuais, sendo legislação inerente ao Direito material. No mesmo sentido é a posição de Alberto Silva Franco, quanto a vigência desta legislação, ao afirmar que a Lei 9.807/99 “não estruturou novos tipos incriminadores sobre determinada matéria de proibição ou reformulou tipos pré-existentes, tendo apenas o duplo objetivo de estabelecer ‘normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas’ e de dispor ‘sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal’. Em segundo lugar, porque o texto dos arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99 cria as hipóteses de perdão judicial e de causa redutora de pena, com ampla abrangência e sem nenhuma vinculação a determinados tipos legais”: *Crimes hediondos*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 354

<sup>17</sup> Sobre o tema, na doutrina pátria, veja-se: BITTAR, Walter Barbosa. *A punibilidade no Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2015. CARVALHO, Erika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; RIOS, Rodrigo Sanchez. *Extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Porém, com a vigência da Lei 12.850/13, e a conseqüente introdução de normas processuais, não apenas deixou a delação premiada de ser identificada somente como norma de direito material, como também ampliou-se no ordenamento jurídico brasileiro a restrição ao princípio da legalidade processual penal, este já anteriormente avariado com a promulgação da Lei 9.099/95, abrindo definitivamente as portas para o crescimento da oportunidade para a propositura da ação penal, negociando penas sem processo, concedendo benefícios para acusados e investigados, sem que existam na legislação brasileira referências específicas que permitam conhecer, com exatidão, quais são os limites proporcionais da concessão de beneplácitos, agora ofertados pela própria autoridade legal.

Neste cenário criou-se uma fissura no sistema processual penal pátrio, permitindo a elaboração de estratégias arditosas (consequência do princípio processual da oportunidade e da possibilidade de barganhar com a acusação e a pena), face às vantagens propiciadas para uma parte colaboradora, em detrimento de outra que não aceite a colaboração, ou mesmo pleiteie a absolvição, ampliando a perspectiva de um processo penal como um jogo<sup>18</sup>, agora com estratégias para além do senso comum que, se bem organizadas e programadas, ainda que seus protagonistas não percebam, ou simplesmente desconheçam, abrem uma questão criminológica, que pode ser inicialmente alcunhada como “criminalidade programada”, ou mesmo de “risco calculado”<sup>19</sup>.

A questão ora suscitada é que, ao permitir a concessão de prêmios ao acusado ou investigado que delata, fornecendo informações desconhecidas da autoridade, cujos limites não podem ser controlados<sup>20</sup> – chegando à constatação da existência de casos concretos em

---

<sup>18</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: CARNELUTTI, Francesco. *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: CEDAM, 1950. p. 485-511.

<sup>19</sup> Sobre a ideia de criminalidade programada e risco calculado veja-se: BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada e a nova era do risco penal calculado. Disponível em: <<http://emporioidireito.com.br/delacao-premiada-e-a-nova-era-do-risco-penal-calculado-por-walter-bittar/>>. Acesso: em 2 jan. 2017.

<sup>20</sup> Veja-se, por todos: GORRA, Daniel Gustavo. *Resocialización de condenados*. Buenos Aires: Astrea, 2013, p. 9 e ss. BAÑOS, Javier Ignacio. *El fundamento de la pena*. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 27 e ss.

que houve devolução de valores e patrimônio de origem, no mínimo, suspeita ao delator<sup>21</sup> - termina por inibir a função dissuasória, inerente ao aspecto preventivo geral da pena, produzindo um efeito inverso daquele teoricamente pretendido pela sanção criminal: incentivar a prática delitiva e obter benefícios.

Perceba-se que a teoria do regresso à legalidade, concebida a partir do momento em que o próprio Estado, por meio de seus agentes, fornece a oportunidade ao investigado ou processado criminalmente de voltar para à esfera da licitude do comportamento admitido pelo Direito, tem como base distintas formulações teóricas, identificadas pelo uso das expressões “regresso à legalidade”, “reintegração na comunidade jurídica”, “regresso do caminho do injusto ao caminho da justiça”, “expectativa de um comportamento fiel ao Direito”<sup>22</sup>, nomenclatura não exaustiva.

Além desse fator supramencionado, no caso do Brasil, já é possível identificar situações em que delatores contemplados com beneplácitos em processos criminais de vulto foram mais de uma vez beneficiados com prêmios em outros procedimentos persecutórios, diversos daquele que protagonizou o benefício da delação, em que o mesmo acusado, comprovando em nada ter sido afetado quanto ao efeito dissuasório da pena, ou mesmo de demonstração de temor aos efeitos da Lei vigente – novamente – recebeu tratamento privilegiado das autoridades legais, mesmo com a prática de injustos até mesmo mais graves daquele que originou o primeiro benefício.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Já é possível observar em alguns procedimentos persecutórios penais e civis, em andamento, que se admitiu a devolução de bens e numerários de origem confessadamente ilegal ao delator, cuja restituição aos cofres do estado, ou mesmo reparação causada as vítimas do crime seria o caminho natural, afrontando o próprio fundamento da sanção criminal. Nestas delações homologadas fez-se constar que o delator terá parte dos valores objetos da persecução devolvidos como, por exemplo, pode ser conferido nos autos do Agravo de Instrumento nº. 1361478-7, que tramitou na 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no ano de 2016.

<sup>22</sup> PÉREZ, Laura Pozuelo. *El desistimiento em la tentativa y la conducta post-delictiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 72-73.

<sup>23</sup> Alberto Youssef, personagem central da operação Lava Jato, já fora investigado, processado, preso e contemplado com o prêmio de sua liberdade, pela via da delação premiada, em 2003, em decorrência de sua atuação no mercado clan-

Na hipótese permite-se a existência de um tentador atrativo, incrustado no próprio princípio da oportunidade, em face da delação, ao permitir que o investigado ou processado receba um estímulo singelo: ao invés de ser incitado a não cometer um ato ilícito sob ameaça de uma pena, ele seja provocado a correr os riscos inerentes à prática criminosa, invertendo a lógica da pretensa ressocialização inerente à prevenção especial ao abrir um incentivo - justamente - para a prática que o Estado, detentor do *jus puniendi*, deseja desestimular.

Na verdade, o legislador brasileiro, percebendo ou não, terminou por abrir caminho, por meio de legislação ampla e contrária à estrutura sistemática existente, oferecendo ao delinquente estímulo a correr riscos, ou seja, enfrentando a persecução criminal, arquitetando e projetando a gama de elementos de pretensa prova que poderão ser ofertadas as autoridades legais, buscando, por óbvio, os benefícios atrativos de uma condenação premiada (com diminuição ou mesmo isenção de pena, chegando até a possibilidade de obter o butim de seu crime).

Mas não é só. Ao permitir que o delator seja agraciado com a proteção de parte de seu patrimônio obtido ilicitamente, agora transformado em ativos lícitos, pois será reintegrado por determinação judicial, a pedido do próprio Ministério Público (com homologação judicial), ou seja, justamente a instituição legal, criada para, em tese, fiscalizar a lei<sup>24</sup> e, no caso da ação penal pública, exercer a titularidade do *jus persequendi*, permite-se a reciclagem de ativos de origem ilícita conduta prevista como crime na legislação pátria.<sup>25</sup>

Ainda que se argumente, por um critério político-criminal, a existência de eventual fundamento para a liberação de pena, adotando

---

destino de dólares, após apuração de um dos maiores esquemas criminosos que já existir, o “Esquema CC5”, também conhecido como caso Banestado. MPF. *Caso Banestado*. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/relacao-com-o-caso-banestado>>. Acesso em: 8.dez. 2016.

<sup>24</sup> É espantoso constatar que é possível documentar acordos já realizados entre delatores e o Ministério Público, alguns já homologados, isentando ou não requerendo a devolução total, de valores oriundos de práticas ilícitas e que pertençam ao investigado ou réu que colabore com os procedimentos persecutórios em curso. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/category/walter-bittar/>>. Acesso em: 22 dez. 16.

<sup>25</sup> Art. 1º da Lei 9.613/98.

uma filosofia utilitarista ou pragmática, admitindo que as informações oriundas de delatores auxiliem na tarefa da administração da Justiça<sup>26</sup>, tais motivos se afastam do logicamente razoável, pois o objetivo concreto seria evitar futuros delitos da mesma natureza<sup>27</sup>, algo que se mostra, no mínimo, um contrassenso.

Em oposição às ilações ora lançadas, sustenta-se que existem outros fundamentos para recepcionar nas legislações em geral, a possibilidade da oferta de benefícios aos investigados ou processados que, em tese (pois nunca será possível perceber, sinceramente, os reais objetivos de um delator que recebe beneplácitos sedutores), cumpram uma justificativa de diminuição de pena por exigência de prevenção geral ou especial, pois o próprio infrator atenderia exigências de algumas metas legais, como por exemplo o resgate ou a garantia de confiança no Direito.<sup>28</sup>

Porém, não se pode olvidar que, para argumentar a existência de fundamento a um instituto jurídico, não há que se considerar, isoladamente, a existência de motivos utilitários. Desse modo, o benefício com o qual será contemplado o delator, necessariamente, deve preencher o referencial mínimo de justificativa ou fundamento da pena, não podendo se afastar desta, ainda que a complexidade e sedução do instituto da delação premiada instigue a uma justificativa utilitária política, distante das regras e fundamentos do ordenamento jurídico, que não pode (e não precisa) ceder a pressões estranhas àquelas próprias da coerência mínima suportada pelo ordenamento jurídico.

Sempre que o legislador se afasta dos fundamentos da aplicação da sanção penal, oferecendo prêmios, ainda sem limite adequado no nosso ordenamento jurídico, o Estado passa a cumprir um papel ilegítimo, pois deixa de usar a sanção criminal como prevenção geral ou especial, criando e incrementando um sedutor incentivo para a prática criminosa planejada (que não se confunde com os conceitos conhecidos de organização criminosa), sem base teórica mínima quanto ao funda-

---

<sup>26</sup> ESPAÑA, Elisa García. *El premio a la colaboracion com la justicia*. Granada: Comares, 2006, p. 49.

<sup>27</sup> PÉREZ, Laura Pozuelo. Op. Cit., p. 420.

<sup>28</sup> Com mais detalhes: PÉREZ, Octavio Garcia. *La punibilidad em el derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 210.

mento da aplicação de beneplácitos redutores, que podem até eliminar a possibilidade de aplicação de pena.

Nesse caso a delação passa a ser um instrumento de negociação planejada, sendo um perigoso mecanismo, que é justamente o de permitir aquele que deseja ofender um bem jurídico, fazê-lo com o devido planejamento avaliando eventual compensação de negociação de pena com o Ministério Público, pois a prática ilícita pode chegar até mesmo à espantosa hipótese de legalização do produto do crime, criando um risco calculado, abrindo espaço para a inauguração de um outro direito premial, ainda não explorado pela criminologia, mas que não se aproxima da ideia (ou conceito) de justa causa para iniciar um procedimento persecutório penal contra outrem.

Esta modalidade de direito premial cria uma relatividade extrema ao permitir (e abrir espaço) à prática de atividade ilícita, visando já nos atos preparatórios o cálculo da aplicação de pena que será perdoada, ou negociada, sem qualquer fundamento teórico mínimo (pelo menos que seja conhecido pelos pesquisadores atualmente), culminando na afirmação de que a pena não precisa de fundamento, muito menos de fins conhecidos ou legítimos, logo, indiferente e desprezível enquanto atividade praticada pelo Estado.

Outro ponto de reflexão deveras importante projeta-se sobre a questão das construções daquilo que o homem produz, como fator de responsabilidade pela necessidade de vivenciar, de forma autêntica, o que a natureza humana é capaz de construir.

Desse modo, tendo o Direito como referência de uma das criações humanas, esse risco calculado, cunhado a partir de um modelo de incentivo ao oferecimento de prêmios aos criminosos delatores, descortina uma farsa criminológica e, portanto, da ideia de justo, inerente ao conteúdo compreendido na expressão justa causa previsto na legislação processual pátria.

Ao permitir o indivíduo antever as possíveis consequências de uma perseguição criminal, especialmente quando não se exige, validamente, que o comportamento contrário à Lei seja desestimulado, mesmo que se compreenda as versões apresentadas pelos delatores como algo vinculado ao utilitarismo, puro e simples, admite-se algo cujo conteúdo não pode ser mensurado em sua plenitude, em especial suas in-

tenções e credibilidade, devendo ser calculado por critérios palpáveis e minimamente seguros, para que o seu conteúdo seja levado a sério.<sup>29</sup>

## 2. COMPREENSÃO DO CONCEITO DE JUSTA CAUSA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL PÁTRIO

Ressalvada a questão óbvia da dificuldade de estabelecer uma definição de justa causa, em especial pelo fato de que o justo constitui um valor<sup>30</sup>, faz-se necessário superar a adversidade para buscar sua natureza jurídica visando servir de referência, em especial a partir da opção do legislador pátrio em valer-se do termo como filtro para admissão, ou não, da acusação lastreada na versão apresentada pelo delator.

O primeiro ponto a ser enfrentado reside na identificação, ou não, da justa causa como condição autônoma para o exercício regular da ação penal.<sup>31</sup>

Como recorda Gustavo Badaró, a justa causa foi identificada como a necessidade de que a denúncia ou queixa descrevesse, em tese, um fato típico e seria enquadrável no revogado art. 43, *caput*, I, do CPP: faltaria justa causa para a ação penal, e a exordial deveria ser rejeitada, quando o fato narrado evidentemente não constituísse crime. No entanto, o conceito não era suficiente.<sup>32</sup>

Fato é que o caráter infamante do processo penal, como uma modalidade de pena, não permite admitir denúncias temerárias, sem conexão com a fase pré-processual. Assim, “a noção de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato para uma ideia concreta, exi-

---

<sup>29</sup> Em que pese a conclusão não seja especificamente sobre os problemas ético-morais da delação premiada, o raciocínio se refere às ilações de Ronald Dworkin em: DWORKING, Ronald. *A raposa e o porco-espinho Justiça e Valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 26 e ss.

<sup>30</sup> ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. Op. cit., p. 97.

<sup>31</sup> Houve quem sustentou ser a justa causa uma das condições da ação autônoma, não uma espécie distinta, por estar ligada à exigência de um interesse legítimo na instauração da ação, apto a condicionar a admissibilidade do julgamento do mérito, o próprio interesse de agir: TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal*, São Paulo: RT, 2002, p. 95.

<sup>32</sup> BADARÓ, Gustavo H. *Processo Penal*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 171.

gindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal”<sup>33</sup>.

Nesse contexto a ideia de justa causa restou mais atrelada à existência de suporte probatório mínimo que deve lastrear qualquer acusação penal, vinculada à existência material de um crime e sua autoria, tendo sido identificada, inclusive, como uma das condições para o regular exercício do direito de ação que, se ausente, configuraria abuso trazido ao plano processual.<sup>34</sup>

O ainda vigente artigo 648, I, do Código de Processo Penal, que trata do *habeas corpus*, prevê como modalidade de coação ilegal a ausência da justa causa - com citação expressa<sup>35</sup> - ampliando o conceito que, genericamente, implica em reconhecer a possibilidade de um ato ser atacado, quanto a sua ilegalidade, por uma coação considerada injusta (e com sentido de juízo de valor), sempre que se considere o ato sem supedâneo legal no ordenamento jurídico.

Talvez por força da redação da legislação suprarreferida, expressiva parte de doutrina brasileira ainda considera a justa causa como uma das condições da ação, não existindo, assim, consenso sobre se (e como), de fato, configura uma condição.<sup>36</sup>

Porém, com a nova redação do artigo 395 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 11.719/08, que substituiu o agora revogado artigo 43, ante à opção do legislador pátrio em incluir a justa causa em inciso diverso das condições para o exercício da ação penal, no que tange a rejeição da denúncia ou queixa<sup>37</sup>, o que estava limitado a doutrina e jurisprudência, em que pese a previsão do art. 648, I, do Código de Processo Penal, tornou-se matéria de lei, incluindo a justa causa como

---

<sup>33</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>34</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 192, p. 140.

<sup>35</sup> Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa.

<sup>36</sup> Como por exemplo: PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*, 8ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 1532; DEZEM, Guilherme M. *Curso de processo penal*, São Paulo: RT, 2015, p. 176; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193.

<sup>37</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 582.

matéria preliminar, mas não especificando se seria uma condição da ação, tampouco, seu significado<sup>38</sup>.

Neste ponto, insta recordar a antiga posição de Afrânio Silva Jardim em considerar a justa causa como uma quarta condição da ação<sup>39</sup>, atualmente alterada pelo autor, ao defender um novo conceito de justa causa, mas ainda considerando que nas ações penais condenatórias não é admissível uma acusação sem lastro probatório mínimo daquilo que está imputado na exordial processual.<sup>40</sup>

Em face da redação atual do art. 395 do Código de Processo Penal, em que o legislador inseriu a justa causa em inciso diverso das condições para o exercício da ação penal<sup>41</sup>, Afrânio Silva Jardim afasta a possibilidade de se colocar a justa causa como sinônimo de suporte probatório mínimo<sup>42</sup> (que o autor ainda considera como condição para o exercício regular do direito de ação penal), concebendo-a como uma outra categoria no processo penal, sob o nome de pressuposto de legitimação do processo penal condenatório, para que este seja legitimamente instaurado, defendendo atualmente ser esta a natureza jurídica da justa causa, referida no art. 395, III, do Código.<sup>43</sup>

Mesmo com todas essas ressalvas, em virtude da citação expressa no artigo 648, I, do Código de Processo Penal, conforme ressalta Marcellus Polastri Lima, a justa causa vem sendo identificada como o próprio interesse de agir, e mesmo com as demais condições para o exercício do direito de ação justa, em virtude de que esta norma prevê a existência de coação ilegal quando não houver justa causa.<sup>44</sup>

---

<sup>38</sup> PACHELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*, 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 118.

<sup>39</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 146.

<sup>40</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*, 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 582.

<sup>41</sup> Contra e entendendo que a redação do art. 395, face a Lei 11.719/08, deixou expressamente assentada a justa causa como condição da ação: PACHELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*, 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p.119.

<sup>42</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>43</sup> Idem, p. 585.

<sup>44</sup> LIMA, Marcellus P. *Curso de Processo Penal*, 8ª ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 190-191.

Outro ponto a ser mencionado é que a falta de justa causa tem sido usada de modo muito abrangente, tendo em conta a especial natureza do processo penal, que não pode ser admitido como um processo injusto, dando uma dimensão muito ampla a expressão falta de justa causa, para designar uma série de situações comprometedoras da viabilidade do processo penal, servindo como um nome comum para as causas de rejeição da denúncia ou queixa, não a transformando em uma condição específica da ação ou de procedibilidade.<sup>45</sup>

Dessa forma, considerando ainda a previsão do art. 395, do Código de Processo Penal<sup>46</sup>, afasta-se a possibilidade de ser a justa causa uma quarta condição da ação, mas deve ser reconhecido que não há cabimento para o exercício da ação penal sem um lastro probatório mínimo, mesmo sem expressa exigência legal.

Porém, a justa causa resta identificada como um requisito para o recebimento da denúncia ou queixa, desde que lastreada em lastro probatório mínimo, colhido na fase investigativa ou nas peças de informação (se encontra correspondência em inquérito ou peça de informação), independentemente de a denúncia narrar fato em tese atípico, ou descrever fato que não guarde ressonância com a prova colhida.<sup>47</sup>

Deve ainda ser observado como ressalta Maria Thereza Rocha de Assis Moura que em qualquer caso (atipicidade ou inexistência de nexos com a prova colhida) “haverá ilicitude e, mais do que isso, imoralidade. E tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que faltarão, na hipótese, justa causa para a ação penal”<sup>48</sup>.

Porém, conforme as exigências presentes no próprio Código de Processo Penal, diante da redação do art. 395, certo é que a justa causa, para a questão ora enfrentada, significa que há exigência ao menos de possibilidade de autoria conectada à existência de, pelo menos, uma prova (sem olvidar que delação não é prova, conforme especificado no

---

<sup>45</sup> LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*, 8ª ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 192.

<sup>46</sup> O próprio legislador tratou de separar e, assim, estabelecer diferença conceitual entre a justa causa (inciso II) e as condições da ação (inciso III), do art. 395, CPP.

<sup>47</sup> ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. Op. cit., p. 222.

<sup>48</sup> Idem, *ibidem*.

item 3 infra), viabilizando o próprio projeto de uma ação penal viável, calcada em provas que deem plausibilidade ao pedido.

Em resumo, o conceito de justa causa está intimamente atrelado ao conceito de prova da materialidade delitiva, com indícios de autoria, existindo probabilidade<sup>49</sup> da prática de um delito, requisitos que expressam, no caso concreto, o conceito de justa causa para o exercício da ação penal, como condição de garantia contra o ato abusivo de acusar.

A partir de um tal conceito de justa causa, insta observar quando, e se, a delação premiada ou, no caso concreto, a versão dos fatos apresentada pelo delator, insere-se no arsenal probatório mínimo para configurar a existência de justa causa para a ação penal, configurando, ou não, excesso do poder de acusar.

### **3. A DELAÇÃO PREMIADA E O SEU VALOR PROBATÓRIO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA**

Mesmo com sua previsão legal já sendo encontrada nas Ordenações Filipinas, em que já existia a possibilidade de perdão para alguns casos<sup>50</sup>, para os efeitos do presente trabalho, a delação premiada deve ser compreendida no direito brasileiro a partir de sua introdução na década de 1990 com a Lei dos Crimes Hediondos (art. 8º, parágrafo único, Lei 8.072/1990), posteriormente é prevista no art. 6º da Lei 9.034/1995, também capitulada nos crimes contra o sistema financeiro nacional e nos crimes de sonegação fiscal, por força da Lei 9.080/1995 e ainda no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, §4º do Código Penal com redação dada pela Lei 9.269/1996), todas elas contemplando como prêmio ao delator a possibilidade de redução da pena de 1/3 a 2/3.

---

<sup>49</sup> Conforme leciona Maria Thereza Rocha de Assis Moura “o juízo do possível conduz à suspeita, e é inaproveitável para uma acusação. Para que uma pessoa seja acusada da prática de infração penal, deve despontar não como *possível*, mas como *provável*, autor do delito” (Op. cit, p. 222).

<sup>50</sup> PENTEADO, Jaques Camargo. Delação premiada. In: FARIA COSTA, José Francisco de; SILVA, Marco Antonio Marques (Coord.). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 643.

Por sua vez, a Lei 9.613/1998 (dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores) permitiu, além da redução de pena em patamar idêntico àqueles anteriormente previstos, a admissão de início do cumprimento da pena em regime aberto, a substituição por restritiva de direitos, podendo alcançar até mesmo o perdão judicial.

O instituto ganha maior extensão com o advento da Lei 9.807/1999 (Lei de Proteção à Vítima e à Testemunha), especialmente porque não vinculou o beneplácito legal a qualquer delito em específico, o que implicou assentir a sua aplicação a todo crime previsto na legislação pátria, bastando o preenchimento dos requisitos estipulados na aludida legislação<sup>51</sup>, situação que perdura até hoje, posto que esta legislação continua em vigor.

Na mesma esteira da política premial do âmbito penal, o legislador previu na Lei 10.149/2000 disposições legal com a pretensão de prevenir e reprimir infrações à ordem econômica, permitindo a celebração de acordo de leniência entre pessoas físicas e jurídicas autoras de infração à ordem econômica e à União, estipulando duas benesses legais de ordem penal e processual penal: suspensão do prazo prescricional (com impedimento de oferecimento da denúncia)<sup>52</sup> e extinção da punibilidade.<sup>53</sup> Em acréscimo, saliente-se que, recentemente, as Leis 12.529/11<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada (Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 146.

<sup>52</sup> Sobre a impossibilidade do acordo de leniência constituir óbice ao manejo da ação penal em virtude da ausência de participação do Ministério Público na celebração do acordo veja-se: SOARES, Rafael Junior. Da impossibilidade do uso do acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, Out. 2010, p. 6-7.

<sup>53</sup> BITTAR, Walter Barbosa. *Op cit.*, p. 152-153.

<sup>54</sup> Prevê efeitos penais para o acordo de leniência, dispondo que: “Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.”

e 12.846/2013<sup>55</sup> contemplaram novas disposições acerca do acordo de leniência, a primeira estabelecendo o Conselho Administrativo de Direito Econômico (CADE) como parte legítima para celebrar a avença, enquanto a segunda estipula a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública (art. 16, *caput*), afirmando que no âmbito da União o órgão competente é a Controladoria-Geral da União-CGU (art. 16, §10).

Em seguida, a Lei 11.343/2006 contemplou no art. 41 a permissão para redução de pena de 1/3 a 2/3, olvidando-se de estipular qualquer autorização para a extinção da punibilidade, que implica em restrição à aplicação deste dispositivo, uma vez que não houve revogação da Lei 9.807/1999, de modo que, o preenchimento dos requisitos legais elencados neste diploma legal permitiria a aplicação de todos os prêmios nela estipulados, por se tratar de norma mais benéfica ao indivíduo.<sup>56</sup>

Finalmente, sobreveio a Lei 12.850/2013 que propiciou maior segurança aos envolvidos no acordo de colaboração premiada, mormente porque estabeleceu de modo mais preciso os prêmios ao colaborador, o procedimento para formalização do acordo, a contribuição exigida para viabilizar o prêmio, em síntese, introduziu regulamentação muito mais pormenorizada que os diplomas predecessores, além disso, implementou a possibilidade de outros benefícios legais como o não oferecimento da denúncia e a progressão de regime independentemente do cumprimento do requisito objetivo.

Mesmo com os evidentes avanços recepcionados pela Lei 12.850/13, com destaque para o fato de ser a primeira legislação sobre o tema que tratou de prever um referencial mínimo de regras para aplicação do beneplácito, ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência determinar a natureza jurídica da delação premiada e o seu valor probatório, em que pese o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13 se limite a estabelecer que: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

---

<sup>55</sup> Realizando análise comparativa entre o acordo de leniência e a colaboração premiada: NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 175-188.

<sup>56</sup> BITTAR, Walter Barbosa. *Op cit.*, p. 158.

Mas, para a compreensão do âmbito do tema é preciso definir a denominada pela Lei 12.850/13 “colaboração premiada”, consistente em “instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios penais, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação).”<sup>57</sup>

É certo que subsistem argumentos pró<sup>58</sup> e contra<sup>59</sup> acerca da aplicação do instituto da delação ou colaboração premiada, invocando-se normalmente questões éticas e morais como óbices intransponíveis para o Estado atuar mediante essa técnica investigativa na persecução penal, porém, não há dúvidas que encontra respaldo normativo no arcabouço jurídico pátrio e por consistir em norma favorável ao acusado deve ser aplicada quando presentes os requisitos legais.<sup>60</sup>

Feitas estas ponderações, resta ainda ter presente que a discussão acerca do valor probatório da delação premiada passa, necessariamente, pela definição a respeito das declarações do delator figurarem como fonte ou meios de prova, ou seja, se ministram indicações úteis sujeitas a comprovação ou se, por si só, servem à comprovação da verdade no processo.

Para estabelecer uma diferenciação deve ser observado que na distinção entre meios de prova e meios da sua obtenção, naqueles há

---

<sup>57</sup> BITTAR, Walter Barbosa. Op cit, p. 5.

<sup>58</sup> PINTO, Ronaldo Batista. A Colaboração Premiada da Lei nº 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, nº 56, Out-Nov/2013, p. 24/29.

<sup>59</sup> Criticando veementemente a postura do Estado se valer da cooperação de um delinquente pelo preço da sua impunidade para perseguir delitos cf.: ZAFFARONI, Raul Eugenio. *Crime Organizado: uma categorização frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro: Revan, ano 1, v. 1, 1996, p. 59.

<sup>60</sup> Nesse sentido: “apesar das restrições jurídicas e éticas feitas ao instituto da delação premiada, não se pode fugir à conclusão de que o direito premial avançou e muito na legislação penal comum e, atualmente, pode ser considerado quer como causa extintiva de punibilidade através do perdão judicial, quer como causa de diminuição de pena, em relação a qualquer figura típica desde que o colaborador ou delator reúna os requisitos exigíveis.” (FRANCO, Alberto Silva [et al]. *Crimes Hediondos*. 7ª. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 528).

um “conjunto de instrumentos aptos a demonstrar a realidade dos fatos relevantes para o processo”<sup>61</sup> enquanto nestes a definição pode ser resumida enquanto ferramentas empregadas na investigação e ulterior recolha de meios de prova, sejam fatos ou coisas.<sup>62</sup>

De forma mais específica, pode ser considerado que meios de obtenção de prova servem como instrumentos utilizados pelas autoridades judiciárias para investigar e colher fontes de prova, não sendo instrumentos para demonstrar o *thema probandi*, constituindo instrumentos para recolher no processo esses instrumentos<sup>63</sup>, sendo, portanto, a delação premiada mero meio de obtenção de prova, reconhecido inclusive pela redação do art. 3º, da Lei 12.850/13.

De toda sorte, é preciso consignar que a delação premiada isolada é incapaz de viabilizar um decreto condenatório, mormente após o advento da Lei 12.850/13 que em seu art. 4º, §16 positivou a insuficiência da versão do acusado colaborador como critério exclusivo para respaldar uma condenação criminal, posição consagrada na doutrina<sup>64</sup> e jurisprudência<sup>65</sup> mesmo antes da promulgação da legislação supramencionada.

Nessa perspectiva, a doutrina alertava para a necessidade da denominada prova de corroboração<sup>66</sup>, vale dizer, como a delação pre-

---

<sup>61</sup> SOARES, Paulo. *Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 120.

<sup>62</sup> SOARES, Paulo. Op cit p. 120.

<sup>63</sup> JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção da prova em processo penal*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 179.

<sup>64</sup> BITTAR, Walter Barbosa. Op Cit p. 188/194. No mesmo sentido: PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração Processual (Delação Premiada). In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Doutrinas Essenciais – Processo Penal*. v. III. São Paulo: RT, 2012, p. 578/579. Também antes do advento da nova legislação Tiago Cintra Essado sugere a atenção ao disposto no art. 197, CPP, regra que impõe a apreciação da confissão em confronto com os demais elementos aportados ao feito (ESSADO, Tiago C. Delação Premiada e Idoneidade Probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, vol. 101, mar-abr. 2013, São Paulo, p. 222).

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94034, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-167 DIVULG 04-09-2008 PUBLIC 05-09-2008 EMENT VOL-02331-01 PP-00208.

<sup>66</sup> No direito italiano há regulamentação específica acerca da valoração das declarações do corrêu: “Art. 192 Valutazione della prova (...) 3. Le dichia-

miada não legítima, isoladamente, a condenação dos delatados, impõe-se a obtenção da prova de corroboração<sup>67</sup>, consistente em elementos que permitam concluir pela veracidade da versão apresentada pelo acusado delator.

Com efeito, a regra analisada constitui limitação negativa ao livre convencimento do julgador e, para que a delação premiada obtenha o *status* de prova, além de respeitar os preceitos legais e constitucionais, deve observar outros critérios, como por exemplo: 1) a credibilidade do declarante, por meio de dados como sua personalidade, seu passado, sua relação com os acusados, o motivo da sua colaboração; 2) a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração auferida da sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; 3) a existência e consistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração.<sup>68</sup>

Em outra vertente, seria possível observar ser a delação premiada uma modalidade de prova por indícios<sup>69</sup> quando combinada com

---

razioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità." (ITÁLIA. *Codice di Procedura Penale*. Disponível em <[http://www.polpenuil.it/attachments/048\\_codice\\_di\\_procedura\\_penale.pdf](http://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2016).

<sup>67</sup> "(...) la declaración incriminatoria del coimputado carece de toda consistencia como prueba de cargo, cuando, siendo única, no resulta minimamente corroborada por otra u otras pruebas (...) Se exige, em consecuencia, a partir de ese momento, para que la declaración de un coimputado pueda desvirtuar esse derecho fundamental a la presunción de inocencia y, em consecuencia, fundar una condena, que exista una mínima corroboración de las declaraciones de los coimputados cuando estás son las únicas pruebas de cargo em las que se basa la Sentencia condenatória." (MARTINEZ GALINDO, Gema. Valor probatorio de declaraciones de coimputados [Comentário de jurisprudência] *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. n. 7, v. 1, 2004. p. 69).

<sup>68</sup> Critérios fixados pela Corte de Cassação Italiana. Sobre isso, ver: BITTAR, Walter Barbosa. Op cit, p. 196.

<sup>69</sup> A doutrina adverte que para afirmar a existência de indícios com fins probatórios, alguns elementos são necessários: 1) Certeza do fato indiciante; 2) Proposição geral fornecida pela lógica ou pela experiência; 3) Relação de causalidade entre o fato indicador e o fato indicado. Cumpridos os três itens ora mencionados, é possível afirmar que, no processo, existem indícios do fato

outros elementos (o que, solitariamente, não é) e, a partir desta ilação, considerá-la um meio de prova. Mesmo assim, esses indícios não devem ser isolados, mas devem ser múltiplos e surgirem relacionados com algo, além do mais o fato indício deve estar totalmente demonstrado, bem como entre o fato indício (a delação) e o fato consequência (o fato presumido) deve existir um nexos preciso e direto.<sup>70</sup>

Não se pode olvidar também que o concurso de indícios, para ser considerado como prova, deve ser completo em sentido amplo, e ainda, não estar em desacordo com o conjunto, estabelecendo qual é a sua causa.<sup>71</sup>

Desse modo, especificamente quanto ao valor probatório da delação premiada deve ser destacado, como recorda Stefanie Mehrens, que há evidentes dificuldades quanto à valoração das declarações dos delatores, pois estão sob o âmbito do extremo interesse pessoal e o manifesto estímulo às colaborações, com prêmios sedutores ao criminoso, confere a estas declarações um traço não adequado de verdade, devendo o juiz, em cada caso, na valoração do meio de prova, sopesar profundamente os motivos que impeliram o agente a colaborar.<sup>72</sup>

Todas essas circunstâncias permitem afirmar que a prova oriunda da delação possui uma natureza meramente indiciária (não podendo ser valorada para além disso), mas desde que combinada com outros elementos de convicção presentes na investigação, ou produzidas durante a instrução processual. Além do mais, os indícios devem concordar entre si, não sendo a versão isolada do delator mais do

---

investigado. Porém, para que seja considerado meio de prova, não poderão estar viciados de nulidade (ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *A prova por indícios no processo penal*, Reimpressão, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 89 e ss.).

<sup>70</sup> ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 9ª ed.. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 300. Deve ser observado que esta autora não faz estas colocações especificamente quanto a delação premiada mas, sim, quanto a prova por indícios.

<sup>71</sup> ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *A prova por indícios no processo penal* (Reimpressão), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 99.

<sup>72</sup> MEHRENS, Stefanie. La disciplina tedesca sui collaboratori di giustizia per i reati commessi in forma organizzata. In: MILITELLO, Vincenzo, et. al. *Il crimine organizzato como fenomeno transnazionale*. Milão: Giuffrè, 2000, p. 341.

que uma hipótese isolada que nada configura, ficando completamente afastada da ideia de justa causa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que o conceito de justa causa não é imune a divergências no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas inexistem dúvidas de que a delação - sem que exista nenhum outro respaldo probatório - não legitima a inauguração do processo penal em desfavor de qualquer pessoa, especialmente ao considerar a inegável existência de penas processuais.<sup>73</sup>

Porém, na hipótese específica da delação premiada, enquanto elemento suficiente a inaugurar o processo criminal, deve ser indagado se a exordial processual é oferecida tão somente com base na versão apresentada pelo delator e, se positiva a resposta, resta clara a inexistência de justa causa, visto que no caso não existe prova, sequer indiciária, cuja procedência está crivada de credibilidade (em razão de sua procedência e dos motivos pelos quais o criminoso delator os sustenta), que sequer o princípio do *in dubio pro societate* lhe socorre.

Da mesma forma, para que se analise a justa causa, vale dizer, a justa razão ou aquela suficiente para a instauração da ação penal, não se poderá fazer apenas uma análise abstrata, mas, sim, em elementos que demonstrem a existência de fato e de Direito, a partir do caso concreto, o que resta impossível a partir da análise da versão apresentada pelo delator, quando esta é a única que ampara o recebimento da denúncia e não é admitida como prova.

Finalmente, a insegurança dos conceitos de delação premiada e justa causa, ainda mais perante uma legislação incompleta e ampla, em

---

<sup>73</sup> “O desencadear do caso penal deve ser permeado por um grau de responsabilidade de seu prolator, a refletir a serenidade do Estado ao qual se encontra vinculado. A dignidade da *opinio delicti* ou o púlpito ministerial não devem ser palco de vinditas ou perseguições pessoais. Ou submissão de pessoas aos vexames de uma apuração quando não haja uma garantia verossímil e racional de que haverá, ao menos, uma perspectiva razoável de procedência do pedido.” (OLIVEIRA, André Luis Tabosa de. *A acusação responsável como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 182).

que se deseja uma interpretação muito mais teleológica do que sistemática, termina por impor o reconhecimento de que não há consonância entre o conceito (e até mesmo a ideia) de justa causa exigido para o início do processo penal, quando se tem como única referência a versão apresentada por um delator, cujos interesses e objetivos se afastam do conceito de justo inerente ao início de uma ação penal válida.

## REFERÊNCIAS

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de derecho procesal penal*. 9ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2016.

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Justa causa para a ação penal*, Doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2001.

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *A prova por indícios no processo penal*, Reimpressão, Rio de Janeiro: RT, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2016.

BAÑOS, Javier Ignacio. *El fundamento de la pena*. Buenos Aires: Ediar, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada* (Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. *A punibilidade no Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada e a nova era do risco penal calculado*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/delacao-premiada-e-a-nova-era-do-risco-penal-calculado-por-walter-bittar/>>. Acesso, em 2 jan. 2017.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: CARNELUTTI, Francesco. *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: CEDAM, 1950. p. 485-511.

CARVALHO, Erika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Rogerio Sanches; MARQUES, Ivan Luís. *Processo penal I: investigação preliminar, ação penal, ação civil “ex delicto”*. São Paulo : Saraiva, 2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho Justiça e Valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESPAÑA, Elisa García. *El premio a la colaboración com la justicia*. Granada: Comares, 2006.

ESSADO, Tiago C. Delação Premiada e Idoneidade Probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 21, vol. 101, mar-abr. 2013.

FRANCO, Alberto Silva [et al]. *Crimes Hediondos*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GORRA, Daniel Gustavo. *Resocialización de condenados*. Buenos Aires: Astrea, 2013.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*, 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção da prova em processo penal*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*, 8a ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 5ª edição, 2010.

MARTINEZ GALINDO, Gema. Valor probatorio de declaraciones de coimputados [Comentário de jurisprudência] *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. n. 7, v. 1, 2004.

MEHRENS, Stefanie. La disciplina tedesca sui collaboratori di giustizia per i reati commessi in forma organizzata. In: MILITELLO, Vincenzo, et. al. *Il crimine organizzato como fenomeno transnazionale*. Milão: Giuffré, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, André Luis Tabosa de. *A acusação responsável como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PACELLI, Eugenio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

PENTEADO, Jaques Camardo. Delação premiada, in: FARIA COSTA, José Francisco de, SILVA, Marco Antonio Marques (Coord.). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 643.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração Processual (Delação Premiada). In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Doutrinas Essenciais – Processo Penal*. v. III. São Paulo: RT, 2012.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada. *Revista dos Tribunais*. v. 929/2013.

PÉREZ, Laura Pozuelo. *El desistimiento em la tentativa y la conducta post-delictiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

PÉREZ, Octavio Garcia. *La punibilidad em el derecho penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

PINTO, Ronaldo Batista. A Colaboração Premiada da Lei nº 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, nº 56, Out-Nov/2013, p. 24/29.

RIOS, Rodrigo Sanchez. *Extinção da punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIVA, Carlos Ruga. *Il premio pela la collaborazione processuale*, Milano: Giuffrè, 2002.

RUGGIERO, Rosa Anna. *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Torino: G. Giappichelli, 2012.

SOARES, Paulo. *Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia*. Coimbra: Almedina, 2014.

SOARES, Rafael Junior. Da impossibilidade do uso do acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, Out. 2010, p. 6-7.

ZAFFARONI, Raul Eugenio. Crime Organizado: uma categorização frustrada. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro: Revan, ano 1. V.1, 1996.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 27/12/2016
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/12/2016
- Retorno rodada de correções 1: 12/01/2017
- Avaliação 1: 19/01/2017
- Avaliação 2: 22/01/2017
- Decisão editorial preliminar: 25/01/2017
- Retorno rodada de correções 2: 13/02/2017
- Decisão editorial final: 15/02/2017

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (SRM)
- Revisores: 2

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BITTAR, Walter B. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 225-251, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.41>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.



# A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador

*The plea bargain as a criminal policy instrument: the tension about the fundamental guarantees of the defendant*

**Murilo Thomas Aires<sup>1</sup>**

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho  
t.aires94@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4693423630226107>

 <http://orcid.org/0000-0003-2981-4238>

**Fernando Andrade Fernandes<sup>2</sup>**

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra  
Professor da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho  
feranfer@uol.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/0485191470301548>

 <http://orcid.org/0000-0002-6801-3356>

---

**RESUMO:** O presente estudo almeja analisar a colaboração premiada a partir de sua fundamentação político-criminal, de modo a atingir a tensão que mantém em relação a determinadas garantias fundamentais do acusado, sobretudo daquele que firma o acordo. Nesta ocasião, será realizada, substancialmente, uma contraposição entre o procedimento legal de colaboração e os princípios do contraditório,

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Unesp Campus Franca (2017).

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1987), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra (2000) e pós-doutorado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (2011). Atualmente é professor Assistente doutor da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.

da ampla defesa, da presunção de inocência, e da não-autoincriminação. A aplicação da colaboração premiada se mostra extremamente controversa não só no senso comum, frequentemente veiculado pelos meios de comunicação, mas principalmente na perspectiva técnica, especialmente em relação ao debate científico, o que reflete a complexidade do tema proposto. Para uma efetiva abordagem do tema, o trabalho faz-se valer dos métodos dedutivo, histórico-evolutivo e dialético, sendo a pesquisa bibliográfica a técnica fundamentalmente utilizada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colaboração premiada; Política criminal; Justiça Criminal Consensual; Garantias fundamentais; Réu-colaborador.

**ABSTRACT:** *The present research intends to analyze the plea bargaining based on its political-criminal foundation, in order to achieve the tension it maintains in relation to certain fundamental guarantees of the defendant, especially the one who signs the agreement. On this occasion, there will be substantially a contraposition between the legal procedure of collaboration and the principles of the adversary, ample defense, presumption of innocence, and non-self-incrimination. The application of the plea bargain proves extremely controversial not only in the common sense, often conveyed by the media, but mainly in the technical perspective, especially in relation to the scientific debate, which reflects the complexity of the proposed theme. For an effective approach to the theme, the work uses the deductive, historical-evolutionary and dialectical methods, being the bibliographical research the technique fundamentally used.*

**KEYWORDS:** *Plea bargaining; Criminal Policy; Consensual criminal justice; Fundamental Guarantees; Defendant's plea.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O processo penal como instrumento de política criminal. 2. O processo penal como instrumento de política criminal na criminalidade grave. 3. Considerações gerais sobre a colaboração premiada: a justiça criminal consensual e os aspectos da voluntariedade e da segurança jurídica. 4. Dos princípios do contraditório e da ampla defesa no acordo de colaboração. 5. Da presunção de inocência e da não autoincriminação no acordo de colaboração. Considerações finais. Referências bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

A colaboração premiada é alvo de críticas que abrangem tanto as várias questões em aberto acerca de seu *modus operandi*, recentemente estabelecido pela Lei n. 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas), quanto ao seu enquadramento no Ordenamento Jurídico brasileiro, seja em relação à sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, seja naquilo que se refere especificamente ao sistema processual penal.

Toma-se aqui a posição de que a colaboração premiada se apresenta como um instrumento de política criminal, surgindo como um influxo relativo à necessidade de maior eficiência no cumprimento das funções do Sistema Jurídico-Criminal. No entanto, este influxo deve respeitar a irrenunciável tradição garantista do processo penal contemporâneo, sobretudo tratando-se de um modelo de Estado Democrático de Direito. Mais que isso, tendo em vista este paradigma, tal instrumento deve obedecer ao valor fundamental da tutela da dignidade da pessoa humana.

Todavia, a realidade complexa de um acordo de colaboração premiada requer uma densa elaboração legislativa, sob pena de permitir-se várias ofensas às garantias do réu, seja colaborador ou delatado, de maneira e ferir-se drasticamente a tutela da dignidade humana, valor este que deve representar uma barreira intransponível.

É com vistas a isso que aqui se propõe, a partir da fundamentação político criminal da colaboração premiada, analisar o procedimento recém estabelecido pela Lei nº 12.850/13, enquanto expressão da justiça consensual no âmbito processual penal, em confronto com as garantias fundamentais na perspectiva do réu colaborador, representadas aqui, por conveniência, pelo contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, e pela não autoincriminação.

Levando em consideração a complexidade do tema proposto, este estudo não se satisfaz com somente um método de abordagem, utilizando-se, além do método dedutivo - partindo-se da tese mais ampla do processo penal como instrumento de política criminal, até se alcançar o particular da colaboração premiada – o método histórico-evolutivo, de forma a analisar, mesmo que de modo breve, os antecedentes do objeto de estudo, além do método dialético, em face da

contraposição entre o procedimento legal e as garantias fundamentais do réu colaborador. A pesquisa bibliográfica foi a técnica primordial no desenvolvimento do trabalho.

## 1. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL

A busca por uma melhor integração entre os elementos de um Sistema Jurídico-Penal, que permita uma dinâmica funcional deste sistema, de modo a integrar nesta dinâmica o pensamento problemático e o pensamento sistemático<sup>3</sup>, reflete-se na necessidade de um novo posicionamento da política-crime em relação ao Direito Penal, de modo que haja a presença de decisões valorativas de política criminal na própria estruturação básica do Direito Penal, em sua própria elaboração normativa<sup>4</sup>.

Este raciocínio deve se estender ao Direito Processual Penal, de modo que se mostra cabível a influência de valorações de política criminal na própria elaboração normativa processual. Nesse sentido, a argumentação realizada por Jorge de Figueiredo Dias sobre ser um *processo penal funcionalmente orientado* uma verdadeira exigência irrenunciável do Estado de Direito, visto que tem este o dever de realizar a justiça de modo rápido e eficiente, de forma que transmita à sociedade confiança na funcionalidade das instituições públicas<sup>5</sup>.

Além da expansão do *pensamento funcionalista* ao Direito Processual Penal, confere-se atualmente uma real utilização do processo

---

<sup>3</sup> Atestando a necessidade de um maior diálogo entre as ciências jurídico-penais, para que se avance em um efetivo contato com a realidade e a praticabilidade do Sistema Jurídico-Criminal: RODRIGUES, Anabela Maria M. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

<sup>4</sup> O desenvolvimento deste raciocínio se encontra amplamente elaborado nas obras: ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro. Renovar, 2006; também sendo primordial no assunto o que se expõe na obra DIAS, Jorge Figueiredo. *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*. Coimbra: ROA, 1983.

<sup>5</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo "princípio"?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011. p. 37.

penal como instrumento de política criminal<sup>6</sup>, dinâmica nova esta que vem se identificando como uma marca no desenvolvimento contemporâneo do Sistema Jurídico-Penal.

Através do processo penal como instrumento de política criminal, propõe-se “a inserção do processo penal no âmbito geral da política criminal, de modo que na sua estruturação se levem em conta também as intenções político-criminais que orientem o Sistema Jurídico-Penal como um todo”<sup>7</sup>, sugerindo-se uma reconstrução do processo penal em termos de política criminal, para alcançar-se uma maior funcionalidade e eficiência processual, sem, contudo, abandonar a fundamental e irrevogável natureza garantística. Desse modo, indica-se a imposição de “uma ponderação entre os interesses da funcionalidade e garantia, tendo como limite a indispensabilidade ao máximo daquelas garantias que se fizerem necessárias para a tutela da dignidade humana”.<sup>8</sup> Esta tensão entre o eficientismo e o garantismo reflete, sem sombra de dúvidas, uma das principais polêmicas acerca da proposta em questão.

Com efeito, é inequívoca a relevância dos fatores funcionalidade/eficiência no Sistema Jurídico-Penal, especialmente no que se refere ao procedimento penal. Afinal, um processo penal que pouco se presta tanto às suas próprias funções, como às diretrizes do Direito Penal material, não pode ser outra coisa que não pernicioso. Exemplar deste fato é a questão da celeridade processual.

Um processo penal moroso traz vários problemas de natureza político criminal. Primeiramente, a lenta tramitação abre um caminho somente de entrada de demandas penais, as quais demoram a encontrar um caminho de saída. Dessa forma, a proporção entre os processos que se criam, e os que se finalizam, gera, por óbvio, um exacerbado contingente o qual torna impossível, por exemplo, o devido respeito aos prazos previstos na lei.

Ademais, a lentidão processual causa um dano crucial na produção probatória do caso concreto, afinal os vestígios do fato geralmente se desfazem no lapso temporal. Outro aspecto crítico – o qual se mos-

---

<sup>6</sup> FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 53-ss.

<sup>7</sup> *Ibid.* p. 53.

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 67.

tra como um dos grandes problemas de todo o Ordenamento Jurídico brasileiro – é aquele relativo à segurança jurídica. Por vezes se tem o alimento à sensação de impunidade por parte da opinião pública, e a “quebra de confiança dos cidadãos numa tutela jurídica eficaz”<sup>9</sup>, o que pode nutrir até mesmo uma tendência à autodefesa.

E não é diferente por parte do acusado já que este também sofre com a insegurança jurídica, tendo em vista que se permanece em incerteza sobre o veredito final do processo, estando ele ainda, eventualmente, detido preventivamente até o provimento jurisdicional.

Aqui não se pretende negar, principalmente no que toca ao grande contingente de demandas, a inflação dos tipos penais previstos no Sistema Jurídico-Penal brasileiro como também prejudicial à funcionalidade e à eficiência do mesmo, essencialmente no que tange às lesões de menor potencial ofensivo, e às contravenções penais. Contudo, não há como se contrariar a constatação de que o problema da celeridade também se mostra interno ao Direito Penal de natureza processual. A questão da *celeridade* como meio para o fim *eficiência/funcionalidade* é um dos tópicos substanciais na exploração do processo penal como instrumento de política criminal através da Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Outrossim, novos e complexos tipos penais vêm sendo criados, bem como se desenvolvem as formas de execução de tipos já prescritos na lei há algum tempo, o que pode dificultar a comprovação desses delitos em face da insuficiência dos meios tradicionais de prova. Neste contexto, ver-se-á que pelos influxos de política criminal – com a preocupação político-criminal sobre a funcionalidade e a eficiência do processo penal nesses casos - na própria elaboração legislativa do processo penal, surge de fato a previsão legal de um procedimento de colaboração premiada no Brasil.

Por outro lado, não necessariamente contrário ao vetor *funcionalidade/eficiência*, mas naturalmente conflitante a este, tem-se o vetor *garantia*<sup>10</sup>, o qual representa fundamental significado ao processo penal.

---

<sup>9</sup> Ibid. p. 55.

<sup>10</sup> Sobre a doutrina do garantismo penal, imprescindível consultar da obra: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Afinal, as garantias fundadas no âmbito do Direito Penal e processual representam verdadeira justificação à sua utilização.<sup>11</sup> Ademais, os princípios garantísticos são essenciais à possibilidade de estruturação de um Direito Penal coerente com um Estado Democrático de Direito, modelo de Estado eleito pela Constituição Federal brasileira de 1988<sup>12</sup>.

Ainda, pode se considerar as garantias do Direito Penal como sua verdadeira legitimação, “tendo em vista que os visados, neles incluídos o acusado real e o potencial, somente reconhecerão a validade de uma intervenção de natureza penal que se faça sob as garantias necessárias”<sup>13</sup>.

Exposta brevemente a relevância dos vetores *funcionalidade e eficiência*, e a indispensabilidade do vetor *garantia*, propõe-se que, utilizando-se do processo penal como instrumento de política criminal, introduza-se “no seio do próprio processo legal – sem prejuízo para os postulados essenciais – mecanismos tendentes à obtenção de sua maior eficácia, depurando-o daquelas garantias cuja previsão seja desnecessária”<sup>14</sup>. Ou seja, preconiza-se que em nome de uma maior eficiência no processo legal, dispensem-se garantias que se mostrem prescindíveis, de forma que, no entanto, não se prejudiquem os postulados essenciais. Mas o que seriam estes postulados essenciais?

Em razão da importância dos princípios garantísticos, a valoração de uma *complementariedade funcional* entre o Direito Penal material e o processual deve ter como limite o vetor *garantia* no processo penal. Afinal, observa-se que o valor preponderante no modelo de Estado Democrático de Direito se encontra na preocupação com a tutela da dignidade humana.

---

<sup>11</sup> HASSEMER, Winfried. *La ciência jurídico penal em la república federal alemana*. Trad. Hernán Hormanazabal Malarée. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. t. XLVI, f. I. Madrid: ene./abr. 1993. p. 35-80. p. 79.

<sup>12</sup> Sobre a coerência entre o modelo de Estado e o modelo de Direito Penal, cabe consultar-se a obra FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: COSTA ANDRADE, Manuel da et al. (Org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

<sup>13</sup> FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 57.

<sup>14</sup> *Ibid.* p. 65.

Em consequência, adotando-se esse regime constitucional, não há como se falar em qualquer renúncia às normas correlatas a esse princípio por parte do respectivo processo penal. Assim, neste contexto, o limite da sobredita *complementariedade funcional* deve ser a indisponibilidade da proteção da dignidade humana, representando os questionados *postulados essenciais*, no Estado Democrático de Direito, a base principiológica e garantística que mantenha intocada a dignidade humana.

Além dessa conciliação ao mesmo tempo das necessidades de *garantia* do cidadão, com os não menos necessários fatores de *funcionalidade e eficiência* do Sistema Jurídico-Penal, o desenvolvimento da tese sustenta que para a possibilidade de conformação do processo penal com *conjecturas de natureza político criminal* no contexto social da sua aplicação, deve se possibilitar a consideração de *prognósticos de natureza político criminal* na própria estrutura do processo penal.

Em síntese, isto significa que deve haver na própria estrutura do processo penal a reserva de espaços para a consideração criteriosa de *prognósticos* de valores político criminais na atuação concreta do processo penal, de modo que se permita uma diversificação de procedimentos, em conformidade com o sentido destes *prognósticos*. Por outras palavras, o processo penal não deve admitir um *automatismo* da aplicação das penas e levar em conta somente critérios limitados aos elementos constitutivos da infração; mas sim, estabelecer critérios voltados para a obtenção da finalidade político criminal.<sup>15</sup>

Por fim, tem-se ainda a necessidade de uma *integração teleológica do processo penal*, de forma a realizar a harmonia entre as finalidades político criminais do Sistema Jurídico-Penal como um todo, e o modelo processual nele adotado. Essa integração se trata da própria concretização da conciliação entre os vetores *funcionalidade/eficiência* e *garantia*, e da estruturação de um *conteúdo prognóstico do processo penal*<sup>16</sup>.

Sendo assim, para um processo penal não apenas limitado à proteção do acusado, mas também em conformidade com os valores políticos criminais do Sistema Jurídico-Penal como um todo, deve se

---

<sup>15</sup> FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 70.

<sup>16</sup> *Ibid.* p. 73.

realizar uma *integração teleológica* entre o Sistema Punitivo, e o modelo processual nele adotado, havendo uma estrutura da norma processual que permita em si um *conteúdo prognóstico*, de maneira que também se cumpram as necessidades de *funcionalidade e eficiência* do processo penal, sem dispensar sua irrenunciável tradição de *garantia*, irrenunciabilidade que se representa, no Estado Democrático de Direito, pela intransponível tutela da dignidade da pessoa humana.

## **2. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL NA CRIMINALIDADE GRAVE**

Se na Lei n. 9.099/95, com a previsão de institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo, representou-se a utilização do processo penal como instrumento de política criminal com o estabelecimento de diversificações processuais no âmbito da criminalidade leve, outros mecanismos surgiram posteriormente a tratar, no mesmo sentido, da criminalidade grave<sup>17</sup>.

O artigo 3º da Lei 12.850/13 traz todo um rol de mecanismos a serem aplicados na investigação de fatos relacionados a organizações criminosas, quais sejam: (a) a colaboração premiada; (b) a captação de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; (c) a ação controlada; (d) o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; (e) a própria interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; (f) o afastamento do sigilo financeiro, bancário e fiscal; (g) a infiltração de policiais na atividade investigada; (h) a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais,

---

<sup>17</sup> Tendo em vista que a Lei nº 9.099/95 estipulou aquilo que denominou de “crimes de menor potencial ofensivo” através da quantidade da pena em abstrato atribuída pelos tipos penais (pena máxima de 2 anos), categoria que representamos aqui por “criminalidade leve”, de forma lógica refere-se aqui à criminalidade grave como a categoria de crimes em que se comina uma elevada quantidade de pena, como, no caso, os crimes de organização criminosa, que se caracterizam somente através de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, a não ser aquelas de caráter transnacional (artigo 1º, §1º, Lei nº 12.850/13).

e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação, ou da instrução criminal.

Evidentemente, alguns dos meios de prova estabelecidos são mais complexos e problemáticos que outros, atuando em aspectos distintos da criminalidade organizada, e de formas diversas. Eximindo-se aqui de se adentrar às questões profundas de cada um destes mecanismos, mormente no que se refere à sua legitimidade (o que neste trabalho se realizará somente em relação à colaboração premiada), é tranquilo afirmar-se que o rol estabelecido pelo artigo 3º da Lei n. 12.850/13 reflete claramente uma gama de mecanismos processuais, os quais dispensam certas garantias dos acusados, em busca de uma maior eficiência da persecução criminal e, por consequência, do cumprimento de certas finalidades do Sistema Jurídico-Criminal, através de prognósticos estabelecidos pelo conceito de Organização Criminosa, e por outras legislações específicas, como no caso da interceptação telefônica.

Destarte, tal diversidade processual representa claramente o processo penal como instrumento de política criminal, orientado, nesta ocasião, por valorações político-criminais voltadas à criminalidade grave, em específico à criminalidade organizada. Contudo, agora não mais a preocupação referente à eficiência do processo penal se dá puramente com problemas relativos à morosidade do processo.

As transformações da sociedade contemporânea<sup>18</sup> trouxeram novas descrições típicas, e novas formas de cometimento dos delitos, as quais se furtavam aos meios tradicionais de prova, de modo que se faria até mesmo impossível alguma edificação de determinados fatos pretéritos investigados, sob pena de drástico distanciamento do processo penal ao alcance da verdade<sup>19</sup>, o que além de refletir uma intensa insegurança

---

<sup>18</sup> Sobre a configuração atual da sociedade, indispensável a leitura das obras BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução: Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1999; BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011; e FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>19</sup> É importante destacar as críticas realizadas àquilo que se chama de verdade real, em vista de que não só a verdade dita “material” se mostra como um mito, ou até mesmo uma ingenuidade; como se mostra equivocada uma dicotomia entre a verdade material e a processual. Sobre essa discussão, imperiosa a con-

jurídica, obsta o cumprimento de determinadas finalidades político-criminais do Sistema Jurídico-Criminal como um todo.

Os mecanismos estabelecidos pela Lei n. 12.850/13, entre eles a colaboração premiada, refletem claramente o processo penal em *complementariedade funcional* com o direito penal material, agora direcionado à criminalidade grave. Constata-se ainda que se antes se preocupava com a eficiência do processo penal dado o seu congestionamento, e a carência de celeridade do andamento processual; agora preocupa-se também com a dificuldade da própria investigação e, sendo assim, da própria possibilidade de edificação de fatos pretéritos que possam representar condutas delituosas taxadas como de maior gravidade.

Maior discussão se faz, entretanto, em relação à compatibilidade dos mecanismos estabelecidos pela Lei n. 12.850/13 com o Ordenamento Jurídico brasileiro, e se as garantias eventualmente afastadas realmente são desnecessárias à tutela da dignidade da pessoa humana, para que se mantenha coerência com o modelo processual penal eleito pela Constituição Federal brasileira de 1988.

### **3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A COLABORAÇÃO PREMIADA<sup>20</sup>: A JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL, E OS ASPECTOS DA VOLUNTARIEDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA**

A colaboração premiada é originalmente enquadrada no âmbito do Direito Penal Premial, sendo este uma perspectiva do estudo do Direito Penal focada, como o próprio nome infere, nas normas premiaias,

---

sulta à fonte: MANDARINO, Renan Posella. Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal. In: *Aspectos penais controversos da colaboração premiada: monografias vencedoras 2016 – IASP|CIEE – Esther Figueiredo Ferraz*. 1 ed. São Paulo: Editora IASP, 2016. p. 139-149.

<sup>20</sup> Cumpre destacar, neste ponto, que, em que pese a Lei tenha trazido não só um novo procedimento, como também uma nova denominação para o instituto, definindo-o como “colaboração premiada” ao invés de “delação premiada”, entende-se aqui que colaboração premiada e delação premiada são termos sinônimos. Em alguns momentos, utiliza-se das diferentes nomenclaturas para diferenciar o novo modelo trazido pela Lei 12.850/13 (colaboração premiada), dos modelos antecedentes (delação premiada), entretanto a diferenciação tem caráter meramente ilustrativo, e não conceitual.

ou seja, naquelas normas ligadas à ideia de concessão de um benefício previsto na lei para àquele que cometeu o delito, mas realizada determinada contra-conduta valorizada pela lei, seja na abrangência do *arrepentimento substantivo* (em que há a exigência de reintegração da própria ofensa típica, anulando a ofensividade ao bem jurídico), seja no que tange ao *arrepentimento processual* (em que o arrependido se coloca à disposição para colaborar com a repressão penal).<sup>21</sup> Com efeito, a colaboração premiada se enquadra no que se denominou *arrepentimento processual*.

A palavra prêmio gera certa controvérsia no estudo do Instituto, mostrando-se por vezes contraditória. Afinal, não expressa, em um primeiro momento, necessariamente um benefício positivo, mas sim a imposição de um *mal menor* ao indivíduo que cometeu o crime e depois colaborou para sua investigação.<sup>22</sup> Sendo assim, a palavra prêmio deve ser entendida mais como um incentivo, ocorrendo este tanto em aspecto geral, quanto especial.

Essa noção do prêmio, ou mesmo do incentivo, não se mostra como reflexo de um valor moral positivo, de forma a satisfazer-se com o aspecto valorativo de abandono da organização criminosa em prol dos valores jurídicos estatais, mas sim de um objetivo político criminal, na medida em que o que interessa para a concessão do benefício é a colaboração que produz efeitos práticos no plano do esclarecimento dos fatos<sup>23</sup>. Todavia, a colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850/13 não se estabelece focada pura e exclusivamente na perspectiva do prêmio, mas sim enquadrada no âmbito da justiça criminal consensual.

Aliás, o desenvolvimento histórico da delação premiada no Ordenamento Jurídico brasileiro deixa claro que até sua previsão na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06) seu embasamento se dava fundamentalmente na ideia do prêmio, caracterizando este verdadeiro direito subjetivo daquele que delata e alcança resultados previstos na eventual lei que a dispunha. Em geral, o prêmio se concretizava como causa de diminuição de pena.

---

<sup>21</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*. Curitiba: Editora Juruá, 2013. p. 29.

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 23.

<sup>23</sup> *Ibid.* p. 24.

Nada obstante, este foco do instituto colaborativo se transmutou a partir da Lei n. 12.529/11, com a previsão do acordo de leniência, o que também se refletiu no estabelecimento de um verdadeiro procedimento de acordo de colaboração premiada na Lei n. 12.850/13.

Observe-se que anteriormente não se falava em um acordo prévio de colaboração, mas simplesmente na estipulação de um prêmio para aquele que colaborasse. Em outras palavras, o foco que antes se dava ao arrependimento processual, e à estipulação de um prêmio para aquele que realizasse a delação premiada, já se apresenta voltado para a expressão de uma verdadeira justiça criminal consensual, em que há um acordo prévio, relativamente negociado, para que se conceda a colaboração premiada.

É com vistas a isto que Gomes e Silva posicionam a colaboração premiada na categoria de justiça colaborativa, sendo esta subespécie da justiça negociada, que por sua vez se faz como subespécie da justiça consensual. Esta última seria o oposto do que se convencionou chamar de modelo de justiça conflitiva (modelo que era fielmente seguido pela justiça criminal brasileira), que não permitia qualquer tipo de negociação entre acusação e defesa<sup>24</sup>.

Dentro da justiça conflitiva, permite-se que um corréu delate o seu comparsa, conforme prevê, por exemplo, a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). No entanto, somente falando-se em justiça consensual é que se refere à possibilidade de realização de um acordo com a acusação para a delação.

A quebra do paradigma conflitivo da justiça criminal brasileira se deu na já abordada Lei n. 9.099/95 com a previsão, por exemplo, do instituto da transação penal, que é de característica tipicamente consensual.

Novamente, são abertos espaços de consenso na justiça criminal brasileira com o acordo de leniência da Lei n. 12.529/11, e com o acordo de colaboração premiada da Lei n. 12.850/13<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 217-218.

<sup>25</sup> Necessário observar, neste ponto, que ainda que a colaboração premiada e o acordo de leniência se aproximem como expressões contemporâneas da valorização dos espaços de consenso no Ordenamento Jurídico brasileiro, apresentam naturezas jurídicas distintas, já que o acordo de leniência é de

Constatado isto, é possível a melhor compreensão de que a colaboração premiada ora em estudo se trata necessariamente de um acordo, baseado, portanto, no consenso entre as partes. E tratando-se de consenso, é lógica a necessidade de estar presente a voluntariedade do colaborador, para a realização do acordo. Por outro lado, tratando-se de acordo, também é preciso que as partes se vejam munidas de segurança jurídica naquilo que estabeleceram.

No que se refere ao primeiro fator, há de se distinguir, em um primeiro momento, voluntariedade de espontaneidade. Para que o acusado se torne colaborador, deve realizar o acordo de maneira voluntária. Contudo, seu ato de vontade não precisa ser espontâneo. Em outras palavras, não há a necessidade de que a intenção de praticar o ato nasça exclusivamente da vontade do colaborador, nada impedindo que esta vontade receba influências de seu defensor, do delegado de polícia, ou do Ministério Público. Estas influências, no entanto, devem estar livres de qualquer forma de coação - física, moral ou psicológica - ou mesmo de promessas de vantagens ilegais<sup>26</sup>.

Na tentativa de assegurar a voluntariedade do colaborador é que o procedimento legal prevê - levando em consideração a frequente vulnerabilidade jurídica, técnica, psíquica, etc., do colaborador - a necessidade de assistência do defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração; a necessidade de declaração de aceitação tanto do colaborador quanto do defensor para formalização do termo de acordo; a homologação judicial para análise dos requisitos legais; entre outras disposições.

A voluntariedade é uma das principais justificativas utilizadas para fundamentar a possibilidade de implantação da justiça criminal

---

natureza administrativa, adstrito aos princípios do processo administrativo, em que se permite que a própria União, por meio da Secretaria de Direito Econômico, firme diretamente o acordo com aquele que comete o ato ilícito. No entanto, coloca-se aqui o acordo de leniência como expressão da justiça criminal consensual em razão de que a própria Lei n. 12.529 de 2011 prevê, em seu artigo 87 que no caso de crimes contra a ordem econômica, a celebração do acordo de leniência não só impede o oferecimento da denúncia, como também permite a extinção da punibilidade caso seja cumprido.

<sup>26</sup> GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 242.

consensual, e essencialmente para o afastamento de determinadas garantias fundamentais, já que o próprio colaborador estaria, dessa forma, voluntariamente dispondo destas<sup>27</sup>.

Já no tocante à segurança jurídica, é importante ressaltar-se que de nada adianta haver a voluntariedade do colaborador no momento do pacto de colaboração, se, após cumprir seu papel, o estabelecido no acordo não se concretiza na forma como foi negociado. Tampouco se faz pertinente que se conceda o prêmio ao colaborador se de sua colaboração não há resultado qualquer que interesse ao Poder Público. Afinal, cabe frisar que o benefício tem como base não um valor moral positivo, e sim um objetivo político-criminal.

Ao lado do Poder Público, o *caput* do artigo 4º da Lei n. 12.850/13 busca essa segurança ao condicionar a concessão do benefício a um ou mais dos resultados taxados nos incisos do mesmo artigo. Pois, no momento do acordo o colaborador não esgota as informações que tem a dispor, mas oferece algumas delas a justificar o alcance de determinados resultados, sendo o relato da colaboração e os possíveis resultados um dos requisitos do termo de acordo (artigo 5º, inciso I da Lei n. 12.850/13).

Já no polo do colaborador, não se denota a mesma segurança, sobretudo nos casos em que não há o chamado “acordo de imunidade”<sup>28</sup>. Na ocasião de não haver o acordo de imunidade, além de previamente homologado o termo de colaboração, o benefício deverá ser proferido em sentença pelo julgador, de modo que neste trâmite, além da ocorrência do resultado, e da efetividade da colaboração como um todo (fatores estes analisados pelo próprio juiz), também avaliará o juiz, para concessão do benefício, critérios subjetivos (como a personalidade do colaborador), assim como critérios objetivos do fato criminoso (como sua natureza e repercussão social), nos moldes do que dispõe o §1º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 141.

<sup>28</sup> O acordo de imunidade se dá quando estabelecido no termo de colaboração a hipótese de não oferecimento da denúncia, disposta no artigo 4º, §4º, da Lei nº 12.850/13.

<sup>29</sup> “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente

Com efeito, parte expressiva da doutrina entende que a partir do momento em que o colaborador coopera na obtenção de um dos resultados previstos pela Lei cumprindo, assim, efetivamente com aquilo que foi estabelecido no termo de colaboração - o benefício se tornaria um direito público subjetivo<sup>30</sup>. Ademais, existe o entendimento de que a necessidade de homologação judicial do termo de acordo denota expressivo avanço da legislação no que tange à segurança jurídica do colaborador, em especial porque o juiz estaria plenamente vinculado, no momento da sentença, ao acordo devidamente homologado<sup>31</sup>, em vista do que determina o §11 do artigo 4º da Lei ora em análise. E então, no momento da homologação é que seriam analisados, além dos requisitos da legalidade e da voluntariedade, os já citados critérios objetivos e subjetivos relativo ao colaborador e às circunstâncias do acordo.

É imperioso que se reconheça que a necessidade de homologação do termo pode representar um passo em relação à primazia da voluntariedade do colaborador, e da legalidade do procedimento do acordo. Contudo, conforme já dito, o procedimento de homologação traz inúmeras outras questões que afetam drasticamente a segurança jurídica do colaborador, sendo ainda a vinculação do juiz ao acordo homologado ponto eminentemente controverso.

Em primeiro lugar, constata-se tanto em análise ao texto legal, quanto à doutrina e à jurisprudência, que a decisão que homologa o termo de acordo não deve adentrar ao mérito das declarações, tampouco realizar valorações que fujam aos critérios da legalidade, regularidade e voluntariedade do acordo, segundo o que preceitua Mendonça, quando coloca que “*visando preservar a imparcialidade do*

---

com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...]§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.”

<sup>30</sup> GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPODIVM, 2015 p. 215.

<sup>31</sup> Em apoio à vinculação do juiz ao acordo homologado, as importantes considerações contidas em: FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, p. 258.; SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas*, p. 63.

magistrado, na homologação o magistrado não deve adentrar no mérito do acordo”, pois “sua atuação é pautada por assegurar, conforme dito, a legalidade, regularidade e voluntariedade”<sup>32</sup>. Inclusive, a mesma decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>33</sup> que considera o juiz como vinculado ao acordo homologado, coloca que:

A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.

Desse modo, retira-se que a primeira vez em que o magistrado deveria valorizar o mérito, a colaboração realizada, e aquilo que realmente se comprometeu o réu a colaborador no acordo será ao proferir a sentença. Frisa-se que quando se defende a vinculação total do juiz aos termos do acordo de colaboração, utiliza-se do argumento de que durante a homologação já seriam avaliados os critérios legais objetivos e subjetivos do acordo. Entretanto, indaga-se: como pode o magistrado analisar questões tais como as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato, ou analisar a regularidade do prêmio oferecido em face da personalidade do colaborador, sem se adentrar ao mérito? E se após a análise do mérito o magistrado passa a discordar de determinada disposição do acordo, pode ele ir contra aquilo que homologou?

A própria Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) em seu “Manual de Colaboração Premiada” expõe claramente sua posição de que a homologação não implica qualquer compromisso judicial em acatar aquilo que foi pactuado entre o colaborador e o delegado de polícia, ou o Ministério Pública<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis*, p. 24.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 127.483-PR*. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima. Coator: Relator da Pet 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Dias Tofoli. Plenário. 27 ago. 2015.

<sup>34</sup> ENCCLA. Manual colaboração premiada. ENCCLA 2013. Versão de 24-09-2013. Aprovado pela Ação nº 9. p. 9.

Outro fator de extrema importância, levantado por Mendonça<sup>35</sup>, é o fato de que a própria cultura jurídica brasileira não aceitaria tal vinculação do magistrado:

Até mesmo em razão da nossa cultura, em geral não se aceita que o magistrado fique vinculado aos termos do acordo, afirmando-se que haveria mera expectativa de direito, não gerando direito subjetivo aos pactuantes, ou qualquer compromisso ou obrigação do julgador.

Para solução do problema, aponta o supracitado autor a necessidade de uma mudança de mentalidade dos operadores do direito<sup>36</sup>:

É certo que essa questão exigirá certamente uma mudança de mentalidade dos operadores do direito, que muitas vezes é gradual e demorada. Porém, somente com maior respeito ao acordo formulado pelas partes e homologado pelo juiz que a colaboração processual poderá se transformar em eficiente mecanismo de combate à criminalidade organizada.

Cabe ressaltar que, apesar da Lei conferir poder ao juiz de pedir a “adequação” do acordo, não deve ele participar da elaboração deste, devendo menos ainda figurar como parte deste, sob pena de se confundir a figura do magistrado com a do acusador. Considerado isto, torna-se complicada a defesa da plena vinculação do juiz ao acordo, já que não é parte nele. E não estando o magistrado vinculado àquilo que homologou, permanece a insegurança jurídica do colaborador.

Por fim, há de se comentar sobre a tão proferida “eficiência” do acordo. De prêmio, é inegável que a eficiência da colaboração é um critério eminentemente subjetivo a ser analisado, principalmente levando-se em consideração que o que se estabelece no termo de colaboração são expectativas de resultado. Ainda, o réu colaborador não tem controle nenhum sobre a efetividade de sua colaboração, tendo-se

---

<sup>35</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis*, p. 29-30.

<sup>36</sup> *Ibid.* p. 31.

em vista que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”<sup>37</sup>. Importa esclarecer que não se posiciona este estudo de forma contrária à necessidade da colaboração em si estar acompanhada de outras provas para que se permita uma sentença condenatória. Apenas coloca-se aqui a realidade de que essa disposição impede fundamentalmente que o colaborador tenha qualquer controle sobre a efetividade de sua colaboração.

Logo, o colaborador conta pouco com a segurança jurídica no acordo de colaboração, já que não há ainda impedimentos concretos de que este, mesmo já tendo sido homologado pelo juiz, passe por novas apreciações, com a avaliação de critérios objetivos e subjetivos, para que seja concedido o benefício. A segurança jurídica das partes no acordo de colaboração é uma questão de extrema complexidade, em vista de que o próprio pacto é realizado sem a completa certeza dos frutos que serão produzidos pela colaboração, e que, em geral, a concretização do acordo não depende exclusivamente da atuação das partes, mas sim da homologação e de novas apreciações pelo juiz para concessão do benefício.

Em suma, o que antes se apresentava pura e exclusivamente como delação premiada, baseada na perspectiva do prêmio e na espontaneidade do réu, inserido na justiça conflitiva; agora se caracteriza como um verdadeiro acordo prévio de colaboração premiada, inserido e um modelo de justiça consensual. E tratando-se de consenso, considerado até mesmo um negócio jurídico, traz-se à tona dois importantes fatores a serem valorizados para que se busque uma utilização da colaboração premiada nos ditames da tutela da dignidade da pessoa humana: a voluntariedade e a segurança jurídica.

#### **4. DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO ACORDO DE COLABORAÇÃO**

Os princípios do contraditório e da ampla defesa representam garantias fundamentais à realização do devido processo legal e da proteção da dignidade da pessoa humana. Ambos, em conjunto, instituem-se

---

<sup>37</sup> Artigo 4º, §16, da Lei nº 12.850/13.

como a pedra fundamental de todo o processo, sobretudo o de natureza penal, considerando-se o paradigma do Estado Democrático de Direito. Afinal, tratando o processo penal do exercício do *jus puniendi* como *ultima ratio*, o contraditório e a ampla defesa se fazem primordiais. E como não poderia ser diferente, os ditos princípios se veem consagrados pelo rol de garantias assentado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com recursos a ela inerentes”.

Ainda que estejam intimamente relacionados, os princípios do contraditório e da ampla defesa representam garantias distintas, conforme se verificará em seguida.

Na perspectiva do contraditório, envolvem-se, segundo Almeida, três elementos fundamentais: a faculdade de alegar, a faculdade de demonstrar e o direito de ser cientificado dos atos processuais.<sup>38</sup> Assim, o exercício do contraditório seria uma faculdade, mas a possibilidade de exercê-lo é um direito que envolve a ciência dos atos processuais e de seus inteiros teores.

Nada obstante, o contraditório representa mais do que os aspectos da ciência dos atos e da faculdade de contrariá-los. Na realidade, a doutrina moderna já inclui no contraditório o princípio da *par conditio*, ou da paridade de armas, o que significa que, mais do que o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrário e o direito à reação, também deve-se garantir no processo que a chance de resposta se realize na mesma intensidade e extensão<sup>39</sup>.

Isto porque o contraditório no processo penal, dada sua importância, deve ser pleno e efetivo, não sendo suficiente que se dê a possibilidade formal de se pronunciar contra os atos da parte contrária, caso não sejam proporcionados os meios para que se tenha condições reais de contradizê-los<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 82.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 33.

<sup>40</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 63.

Já o princípio da ampla defesa retrata a garantia das partes de amplamente argumentarem, podendo, assim, formular quaisquer argumentos possíveis para a construção da decisão, além de poderem atuar na reconstrução de fatos relevantes para a formação da cognição<sup>41</sup>.

Posto isto, ainda que haja defensores da ideia de que a ampla defesa surge como uma outra medida do contraditório, tratam-se de garantias distintas, realizando cada uma funções de extrema importância para o respeito ao devido processo legal. O contraditório, enquanto entendido como a posição simétrica entre os afetados pela futura decisão judicial, de modo que ambas as partes possam intervir de forma a participar plenamente da construção desta, a ampla defesa retrata, na verdade, a possibilidade da ampla argumentação, podendo se fazer valer de todos os argumentos possíveis, e de todas as possibilidades de produção de provas lícitas.

No caso das garantias do contraditório e da ampla defesa do réu colaborador, importa ilustrar que um dos dispositivos do procedimento legal de colaboração causa alguma incerteza. O §8º do artigo 4º da Lei n. 12.850/13 estabelece que “o juiz poderá recusar a homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”. Não dispõe a Lei, entretanto, sobre o caminho que se percorrerá no processo após alguma dessas atitudes do juiz. Ocorre que se esta adequação se faz sem consulta às partes, quanto mais ao colaborador, há então uma relevante afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Em razão disso, o que se interpreta é que seja dada oportunidade às partes de se manifestarem antes da adequação, com a possibilidade de retratação.

Ademais, o acordo de colaboração, ao distorcer a atuação da defesa técnica, atentaria diretamente ao contraditório, e fundamentalmente à ampla defesa<sup>42</sup>. A obstaculização do direito de defesa por vezes se

---

<sup>41</sup> Observando a ampla defesa a partir de uma reconstrução a partir do Estado Democrático de Direito, entendendo ser uma melhor definição a “ampla argumentação”, cumpre citar a obra PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. et. al. *O princípio da ampla defesa: uma reconstrução através do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/123.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

<sup>42</sup> VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 185.

mostra inerente aos mecanismos consensuais, visto que afasta o acusado de sua posição de resistência ao poder punitivo estatal, ocasionando, além disso, a corrupção da relação entre o réu e seu advogado diante das negociações e das supostas vantagens de eventual acordo. Isto porque as delações geram inevitáveis “tentativas” ao patrono, colocando este em sentido oposto ao interesse do acusado<sup>43</sup>.

Observa-se que com a intenção de garantir a voluntariedade do réu colaborador, a Lei n. 12.850/13 impõe a presença do defensor nos acordos de colaboração, assinando, inclusive, junto os respectivos termos. Todavia, repara-se que tal presença do defensor demonstra um paradoxo ao menos preocupante, já que ele poderá anuir com o reconhecimento da culpabilidade de seu cliente, em nome de um prêmio, ou da insegurança com determinados resultados do processo, enquanto deveria reagir contra o poder punitivo<sup>44</sup>.

Assim, como se pode observar, a tensão entre a colaboração premiada e as garantias do contraditório e da ampla defesa no plano do colaborador se dá, primordialmente, não em determinadas falhas do procedimento, com desenhadas restrições à participação efetiva e à ampla argumentação, mas sim nos efeitos que a barganha pode tomar em relação à defesa técnica como um todo.

Não se ignora aqui a existência de relevantes questões acerca das garantias do contraditório e da ampla defesa no plano do delatado, matéria que, no entanto, foge ao objeto deste artigo, que se resume às garantias do colaborador.

Em suma, o próprio mecanismo consensual, por sua natureza, pode abrir espaço a determinadas fragilizações que transpassam a tutela da dignidade humana, pelo comprometimento do contraditório e da ampla defesa e, conseqüentemente, do devido processo legal, através da distorção da atuação defensiva no processo penal.

---

<sup>43</sup> Ibid. p. 184.

<sup>44</sup> MANDARINO, Renan Posella. Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal. In: *Aspectos penais controversos da colaboração premiada: monografias vencedoras 2016 – IASP|CIEE – Esther Figueiredo Ferras*. São Paulo: Editora IASP, 2016. p. 257.

## 5. DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA NÃO-AUTOINCRIMINAÇÃO NO ACORDO DE COLABORAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como requisito objetivo para o momento da “prova efetiva” o trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>45</sup>, conforme se coloca em seu artigo 5º, inciso LVII, o qual dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

A presunção de inocência tem origem no pensamento iluminista francês, sendo consagrada e mantida desde a sua previsão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, de forma a tomar o *status quo* científico, social, político e filosófico desde então<sup>46</sup>. Segundo Zanoide de Moraes, “por ela, todos são inocentes e gozam desse estado político diante do poder estatal até que, por meio de um sistema probatório racional, consiga-se demonstrar que a conduta externa do cidadão é um crime”<sup>47</sup>.

No Ordenamento Jurídico brasileiro, conforme se pode observar com sua previsão no rol de garantias fundamentais, a presunção de inocência é um princípio de importância basililar, sendo um dos notáveis reflexos do valor fundamental da tutela da dignidade da pessoa humana. Inicialmente, constata-se que é da lógica do próprio acordo de colaboração premiada que o colaborador se responsabilize – em outras palavras, que se declare culpado - ao menos em parte pelo delito em questão. Isto porque o instituto cuida justamente de oferecer prêmio àquele informante envolvido no âmbito das atividades delitivas da organização criminosa<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, mudou seu posicionamento decidindo pela constitucionalidade da execução provisória da pena a partir da decisão de segundo grau, e antes do próprio trânsito em julgado. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 14 fev. 2017). Contudo, o posicionamento vem sendo notadamente contestado pela doutrina, sendo controverso mesmo entre os próprios Ministros da Suprema Corte, em razão da clareza com que tanto da Constituição Federal, como do próprio Código de Processo Penal, em estabelecer o marco do trânsito em julgado da sentença condenatória para a prova efetiva.

<sup>46</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 90.

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 91.

<sup>48</sup> Diante do comentado no tópico anterior sobre o desvirtuamento da defesa técnica, ainda que plenamente condenável, não há como ignorar, neste pon-

Dessa forma, muito embora o ônus probatório no processo penal seja exclusivo da acusação, em nome da presunção de inocência<sup>49</sup>, nada impede que o próprio acusado ateste sua responsabilidade pelo crime. Até esta parte do raciocínio, não há conflito da colaboração premiada com o princípio da presunção de inocência, já que não existem impedimentos para que ele confesse. É evidente, por outro lado, que tal atestado deve ocorrer de forma voluntária<sup>50</sup>, sem qualquer tipo de coação por parte da acusação ou do julgador.

Do princípio da presunção de inocência derivam outros princípios como o *in dubio pro reo*, em que, permanecendo dúvida sobre a materialidade do delito e/ou a autoria do réu, deve este ser absolvido; e principalmente o princípio do *nemo tenetur detegere*, também denominado princípio da não-autoincriminação, em que se baseiam a garantia de silêncio e de não ser obrigado a provar contra si mesmo.

Em razão do direito ao silêncio, o réu não é obrigado a se pronunciar em nenhum de seus interrogatórios, garantia da qual o acusado deve, inclusive, ser informado pela eventual autoridade, segundo dispõe o inciso LXIII do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Cabe destacar que tanto em vista do princípio da presunção de inocência,

---

to, a figura do colaborador que queira/prefira ser considerado envolvido, e que coopera para a investigação da conduta criminosa. Em outras palavras, senão realmente culpado, há aquele que se coloca como colaborador por pelo menos entender ser mais favorável estrategicamente realizar o acordo de colaboração premiada ao ingressar normalmente no processo como réu. Neste caso, há plena tensão em relação ao princípio da culpabilidade, além de estabelecer-se uma situação drasticamente contrária aos objetivos de um Sistema Jurídico-Penal pautado pelo direito penal mínimo, característico de um Estado Democrático de Direito. Tais questões, entretanto, não terão maior aprofundamento neste trabalho, dado que fogem de seus objetivos.

<sup>49</sup> Cabe considerar que no processo penal, a prova da alegação cabe a quem a fizer, na forma do caput do artigo 156 do Código de Processo Penal. No entanto, a prova efetiva do ilícito penal e da responsabilidade penal cabe à acusação, não tendo o acusado que comprovar sua inocência, a não ser que o contexto processual o requeira para assegurar o pleito absolutório. Ou seja, se nada alegar o réu, e a prova da acusação for insuficiente, não são permitidas inversões do ônus da prova, prevalecendo, na dúvida, a inocência (*in dubio pro reo*).

<sup>50</sup> Fala-se aqui em voluntariedade, e não espontaneidade. Portanto, pode haver influência do delegado ou do Ministério Público, por meio do oferecimento de prêmios, por exemplo. O que não se pode admitir é algum tipo de coação física ou moral para que alguém colabore.

quanto da ampla defesa, a escolha do réu pelo silêncio não pode ser utilizada contra si para eventual condenação<sup>51</sup>. Ademais, como o acusado não pode ser compelido a produzir prova contra si, a ele não é imposto o dever de dizer a verdade.

Uma das imposições colocadas pela colaboração premiada é que o colaborador renuncie, em todos os depoimentos que prestar, ao direito ao silêncio, e que a partir de então estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade (§14, artigo 7º). Esse, sem dúvida, é o mais expresso afastamento de garantias fundamentais do procedimento de colaboração, sendo, então, uma das questões de maior polêmica.

Por certo, também inútil seria o acordo de colaboração premiada, como instrumento de política criminal a garantir uma maior eficiência/funcionalidade ao processo penal, se o colaborador pudesse permanecer inerte, ou não houvesse de se comprometer com a verdade. Aliás, de nada valeria o depoimento de um colaborador se não fosse vedado a ele faltar com a verdade.

O fator que legitima a possibilidade de afastamento da garantia do silêncio e da não-autoincriminação é justamente a voluntariedade do acusado em se tornar colaborador. Em razão disso é que o mesmo §14 do artigo 7º da Lei n. 12.850/13 determina que o depoimento e a renúncia devem ser realizados na presença do defensor (o que, por outro lado, também causa inquietações, como observado no tópico anterior). A mesma preocupação se extrai do artigo 6º, inciso IV, o qual exige que também conste a assinatura do defensor no termo de colaboração.

Nada obstante, outro instituto do processo penal vem causando preocupações relativas à voluntariedade do colaborador: a prisão preventiva. Trata-se de uma forma de prisão cautelar, calcada nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal brasileiro. Poderá ser decretada quando houver prova de existência de crime e indício de autoria, na forma do artigo 312 do CPP, quando restar devidamente configurados nos autos que o imputado prejudicará a instrução do processo, ou que frustrará aplicação da lei penal, ou até mesmo que ameaçará a garantia da ordem pública ou da ordem econômica.

---

<sup>51</sup> Artigo 186, parágrafo único, Código de Processo Penal brasileiro.

Com efeito, a reforma realizada no regime das prisões cautelares pela Lei nº 12.403/11 buscou se adaptar ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, de modo a estabelecer, ao menos no plano normativo, a prisão preventiva como *ultima ratio* do sistema<sup>52</sup>. No entanto, a manutenção da garantia da ordem pública como um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva é alvo de críticas de grande parte da doutrina.

Afinal, cabe ressaltar que a prisão cautelar é regida pelo princípio da legalidade estrita, de forma que “a prisão de qualquer pessoa necessita cumprir requisitos formais estritos”<sup>53</sup>, o que não condiz com o disposto no artigo 312 do CPP. O termo ordem pública se mostra vago, além de depender da valoração axiológica, o que abre uma imensa margem de interpretação ao julgador.

Consequentemente, a amplitude da aplicação da prisão preventiva pode decorrer em prisões realizadas somente com o intuito de se conseguir uma delação, o que sem sombra de dúvidas, afronta a voluntariedade do acusado e prejudica drasticamente a tutela da dignidade humana.

Outrossim, condiciona-se a prisão à presença de indícios de autoria e materialidade, o que pode ter objeto uma colaboração premiada, já que a Lei somente veda a delação como prova exclusiva para condenação. Assim, o ciclo que se pode formar é o seguinte: (1º) colhe-se uma colaboração, a qual acaba sendo considerada integralmente como indício de autoria e materialidade do delito para se decretar a prisão preventiva do delatado, apoiado em um dos convenientes critérios; (2º) agora preso, o delatado é “convencido” a realizar nova colaboração. Essa preocupação também é expressa por Pereira<sup>54</sup>:

Nesse aspecto em alguma medida regressivo do sistema processual, o instituto da prisão preventiva pode tornar-se, acaso mal utilizado, o instrumento principal de provocação da atitude colabora-

---

<sup>52</sup> SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 213-244, jul./dez. 2015. p. 214.

<sup>53</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 109.

<sup>54</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 67.

tiva, levando o imputado quase à condição de meio de prova, com possíveis reflexos também em perversa contaminação policial do processo, no caso de o juiz assumir precipuamente as funções de combater a criminalidade organizada e distorcer a presunção de não culpabilidade em relação ao corréu não colaborante.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro chegou a reconhecer o descumprimento do acordo de colaboração como motivo para restabelecer-se a prisão preventiva<sup>55</sup>, o que, se não afronta o princípio da legalidade restrita da prisão cautelar, ao menos representa considerável ameaça e insegurança ao colaborador. Acertadamente, a decisão foi reformada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de liminar proferida pelo saudoso Ministro Teori Zavaski. Na decisão, o Ministro defende não haver relação legal entre a delação premiada e a prisão preventiva<sup>56</sup>.

Por fim, ainda relativo à garantia de não-autoincriminação, observa-se que a já comentada insuficiente segurança jurídica oferecida ao colaborador o impõe o ônus probatório do delito, já que se sua colaboração não for efetiva, não recebe o benefício, o que atenta não só contra esse princípio, como também à presunção de inocência como um todo.

Resumindo, a presunção de inocência e de não-autoincriminação são as garantias fundamentalmente afetadas pela colaboração premiada. De fato, para que se tenha o processo penal como instrumento de política criminal se defende a dispensa de determinadas garantias em nome de uma maior eficiência do processo, desde que não se transgrida a barreira da tutela da dignidade humana. O procedimento legal do acordo de colaboração premiada, no que toca à presunção de inocência e a não-autoincriminação, fere a tutela da dignidade da pessoa humana, tanto por aspectos interiores ao procedimento, como por medidas do próprio processo penal geral, por exemplo, a prisão preventiva.

---

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n. 76.026-RS*. Recorrente: Fernando Antonio Guimaraes Hourneaux De Moura. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer. 5ª Turma. 11 out. 2016.

<sup>56</sup> RICHTER, André. *Ministro do STF diz que quebra de acordo de delação não justifica prisão*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-11/ministro-do-stf-diz-que-quebra-de-acordo-de-delacao-nao-justifica-prisao>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os novos aspectos trazidos ao Direito Penal pela nova configuração da sociedade trouxeram questões também da natureza processual penal, entre elas a dificuldade de se investigar determinadas condutas como aquelas produzidas por organizações criminosas. É neste contexto que surge o acordo de colaboração premiada. E, justamente por surgir como uma resposta do Direito Penal a essa dificuldade que se entende ser a colaboração premiada um instrumento de política criminal.

Na relação entre as ciências jurídico-criminais não há mais espaço para a segregação completa entre a dogmática jurídico-criminal e a política criminal, de forma que não mais cabe a segregação entre o pensamento do sistema e o pensamento do problema. Afinal, se a dogmática representasse exclusivamente a proteção ao acusado, e à política criminal restasse somente a preocupação com soluções para a criminalidade, ter-se-ia um Direito Penal plenamente alheio às questões reais da sociedade.

Seguindo este raciocínio, conclui-se deve haver *complementariedade funcional* entre o Direito Penal material e o processo penal, pois não há como se buscar a eficiência dos objetivos de Direito Penal substancial sem um procedimento que o permite. Em razão disso é que se defende o processo penal como instrumento de política criminal.

Para um processo penal como instrumento de política criminal, o que se pensa é no equilíbrio entre os vetores da eficiência/funcionalidade do processo penal e do garantismo por este exercido. Assim, o que se propõe é o afastamento das garantias que não sejam necessárias à intransponível barreira da tutela da dignidade da pessoa humana. No entanto, isso se daria através da diversificação processual, levados por um verdadeiro *prognóstico* de natureza político criminal, e pela integração teleológica entre o processo penal, e os valores político-criminais do Sistema Jurídico-Criminal.

No caso brasileiro, a expressão do processo penal como instrumento de política criminal se deu, de início, no âmbito da criminalidade leve, com o implemento e mecanismos de natureza consensual, como a suspensão condicional do processo e a transação penal, trazidos pela Lei n. 9.099/95.

Agora o mesmo movimento ocorre, entretanto em direção à criminalidade grave, com a previsão do acordo de colaboração premiada na Lei n. 12.850/13.

Com a Lei n. 12.850/13, a delação premiada surge na forma de um acordo de colaboração premiada, o que, conquanto já fosse realizado na prática, carecia de um procedimento legal que envolvesse toda a sua complexidade.

O procedimento previsto pela Lei das Organizações Criminosas tratou de determinados problemas clamados pela doutrina. Todavia, o que ali se prevê está longe de cumprir com toda a complexidade de um acordo de colaboração premiada, tratando superficialmente de questões sérias como a segurança jurídica e a voluntariedade do colaborador. Ademais, também se fazem existentes problemas relativos ao contraditório e à ampla defesa e, conseqüentemente ao devido processo penal.

Com efeito, é de todo lúcida a ideia do processo penal como instrumento de política criminal para buscar-se uma maior e necessária coerência e funcionalidade dentro do Sistema Jurídico-Criminal.

E, neste sentido, também se mostra interessante a ideia da colaboração premiada como instrumento de política criminal, a fim de trazer o processo penal, e o Sistema Jurídico-Criminal como um todo, para a realidade da configuração da sociedade. Contudo, essa expressão da justiça criminal negociada não deve ocorrer de modo a realizar-se uma mera importação jurídica, seja das experiências europeias, seja das origens anglo-saxãs. A previsão da colaboração premiada deve ser coerente com Ordenamento Jurídico brasileiro, como também deve estar adequada à tradição jurídica do Brasil.

Visto que a Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece o modelo de Estado Democrático de Direito, as opções político-criminais ao menos devem ser coerentes com este modelo de estado, e com os princípios dele advindos. Neste caso, para manter a coerência deve se respeitar ao menos a barreira intransponível da tutela da dignidade da pessoa humana, valor maior do modelo de estado constitucionalmente estabelecido no Brasil.

E, conforme demonstrado, o procedimento do acordo de colaboração premiada da Lei n. 12.850/13 ainda se mostra carente no que tange às complexidades do Instituto, e à sua tensa relação com os limites processuais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução: Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1999.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 5. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o fim do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*. Coimbra: ROA, 1983.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: COSTA ANDRADE, Manuel da et al. (Org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e prático e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 5. ed. tomo II. Bahia: JusPODIVM, 2014.
- HASSEMER, Winfried. *La ciência jurídico penal en la república federal alemana*. Trad. Hernán Hormanazabal Malarée. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. t. XLVI, f. I. Madrid: ene./abr. 1993. p. 35-80.

MANDARINO, Renan Posella. Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal. In: *Aspectos penais controversos da colaboração premiada: monografias vencedoras 2016* – IASP|CIEE – Esther Figueiredo Ferras. 1. ed. São Paulo: Editora IASP, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis: Revista eletrônica do Ministério Público Federal*, v. 4, p. 01-38, 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. et. al. *O princípio da ampla defesa: uma reconstrução através do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/123.pdf>. Acesso em: 07 fev 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013.

RODRIGUES, Anabela Maria M. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Eduardo Araújo. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 213-244, jul./dez. 2015. <https://doi.org/10.12818/p.0304-2340.2015v67p213>

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 08/01/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/01/2017
- Avaliação 1: 10/01/2017
- Avaliação 2: 14/01/2017
- Avaliação 3: 22/01/2017
- Decisão editorial preliminar: 23/01/2017
- Retorno rodada de correções 1: 08/02/2017
- Decisão editorial 2: 09/02/2017
- Retorno rodada de correções 2: 15/02/2017
- Decisão editorial final: 17/02/2017

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (SRM)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

# A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada

*Plea bargaining as a third route of criminal law in the fight against organized administrative corruption*

**Marcelo Rodrigues da Silva<sup>1</sup>**

LL.M (“Master of Laws”) em andamento pela USP – Ribeirão Preto/SP.

marcelordsadv@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/0587339429201823>

 <http://orcid.org/0000-0001-5224-4080>

---

**RESUMO:** Este artigo tem por escopo examinar se os acordos de colaboração premiada celebrados no âmbito da Operação Lava Jato estão adotando um modelo de direito penal de terceira via no enfrentamento à corrupção administrativa, em que erige a reparação do dano como um dos objetivos primordiais da persecução penal, em substituição ou atenuação da pena restritiva de liberdade dos réus colaboradores. Posteriormente a esta análise, pretende-se refletir se a adoção de um direito penal de terceira via por meio destes instrumentos negociais poderia implicar em mercantilização utilitária do processo penal lesiva ao princípio da legalidade penal, da proporcionalidade e da isonomia na

---

<sup>1</sup> Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). *Master of Laws* (LLM) em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP) – 2015-2017. Especialista em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Especialista em Direito Público pelo Damásio de Jesus em convênio com a Universidade Potiguar. Autor do livro “Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação” (Juspodivm) em coautoria com Luiz Flávio Gomes. Professor convidado na Pós-graduação em Ciências Criminais na Rede de Ensino LFG/Universidade Anhanguera-Uniderp. Professor em direito penal e processo penal na TV Justiça (Coordenada pelo Supremo Tribunal Federal). Professor do Portal Atualidades do Direito. Advogado. Representante do Instituto Brasileiro de Direito e Política de Segurança Pública nos anos 2012-2013. Membro associado do IBCCRIM, CONPEDI e do BRASILCON.

aplicação da pena. Trata-se de uma análise necessária e pertinente em razão do protagonismo que os acordos de colaboração premiada vêm assumindo no descobrimento de grandes esquemas de corrupção no Brasil e na recuperação de ativos. A metodologia procedimental é a bibliográfica e o método de abordagem é o hipotético-dedutivo, além do estudo de caso envolvendo a Operação Lava Jato. A hipótese trabalhada é a de que os acordos de colaboração premiada vêm exteriorizando um direito penal de terceira via e que há com isso viabilidade de violações à legalidade penal, à proporcionalidade e à isonomia no enfrentamento à corrupção administrativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colaboração premiada; Terceira via do direito penal; Corrupção Administrativa Organizada; Legalidade Penal; Proporcionalidade.

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is to examine whether the plea bargaining in the context of "Lava Jato" Operation is adopting a third route of criminal law against administrative corruption, in which reparation of damages is established as one of the primary objectives of criminal prosecution, in substitution or mitigation of the restrictive sentence of the collaborating defendants. Subsequent to this analysis, it is intended to reflect if the adoption of a third route of criminal law by means of these negotiating instruments could imply in the utilitarian mercantilization of the criminal process prejudicial to the principle of criminal legality, proportionality and isonomy in the application of the punishment. This is a necessary and pertinent analysis due to the protagonism that the plea-bargaining have been assuming in the discovery of great corruption schemes in Brazil and the recovery of assets. The procedural methodology is the bibliographic and the method of approach is the hypothetico-deductive one, besides the case study involving "Lava Jato" operation. The hypothesis worked out is that the award-winning collaboration agreements have externalized a third-way criminal law and that there is a viability of violations of isonomy and criminal legality in fight against administrative corruption.*

**KEYWORDS:** *Plea-bargaining; Third route of criminal law; Administrative Corruption Organized; Criminal Legality; Proportionality.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. O cenário dos acordos de colaboração premiada no Brasil no enfrentamento à Corrupção Administrativa: Operação Lava Jato. II. A colaboração premiada e a terceira via do Direito Penal. III. Riscos da adoção da terceira via do direito penal nos acordos de colaboração premiada no enfrentamento à Corrupção; Considerações Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por tema os acordos de colaboração premiada da Lei 12.850/2013 como instrumento de enfrentamento à corrupção administrativa e os riscos à legalidade, à proporcionalidade e à isonomia, mais especificamente no que tange ao âmbito da racionalidade da aplicação da pena, frente à eventual adoção por intermédio destes acordos de um modelo de direito penal de terceira via, em que erige a reparação do dano como um dos objetivos primordiais da persecução penal, em substituição ou atenuação da pena restritiva de liberdade dos réus colaboradores. O campo de observação adotado para o presente artigo é a Operação Lava Jato, que passou a ser pioneira na utilização dos acordos de colaboração premiada nos moldes da Lei 12.850/2013.

### I. O CENÁRIO DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL NO ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA: A OPERAÇÃO LAVA JATO

Os acordos de colaboração premiada da Lei 12.850/2013 – de influências anglo-saxã (de sistema *common law*, v.g.: *plea bargaining* norte-americana) e italiana (v.g.: *patteggiamento*) – passaram a ser eficazes e principais aparatos no enfrentamento e repressão à Macrocriminalidade Econômica Organizada (do Colarinho-branco, *White-Collar Criminality*), a exemplo dos crimes de corrupção, crimes contra o sistema financeiro, crimes contra a ordem econômica, formação de organização criminosa, cartéis, lavagem de Dinheiro (*Money Laundering*), evasão de divisas etc. (crimes *powerful*).

A disfuncionalidade dos instrumentos probatórios tradicionais (v.g.: prova testemunhal, prova documental etc.), nas lições de Frederico Valdez Pereira, fez surgir um quadro de “estado de necessidade de investigação” – ou de “emergência investigativa” – apto a permitir as agências de repressão a utilizarem a justiça penal negociada (negócios jurídicos processuais<sup>2</sup>) para resolver o

---

<sup>2</sup> *Habeas Corpus* 127.483, Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anelxo/HC127483relator.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

bloqueio na apuração de determinados delitos complexos ou descobrir seus autores<sup>3</sup>.

No que tange especificamente à corrupção administrativa organizada (objeto do presente estudo), as causas das disfuncionalidades dos instrumentos probatórios tradicionais estão normalmente ligadas a alguns dos seus elementos característicos mais manifestos, quais sejam:

i) Complexidade do *modus operandi*, identificada: a) pela “profissionalização e pelo dinamismo da corrupção organizada”<sup>4</sup>; b) pela utilização de meios tecnológicos sofisticados; c) pela transnacionalização ou internacionalização das condutas criminosas, em que a distância geográfica e os variados obstáculos legais ou burocráticos dificultam o trabalho investigativo do Estado; d) pelo cometimento de infrações não ostensivas, em que o principal agente criminoso e beneficiário da conduta delituosa atua de forma camuflada (autoria mediata, “homem de trás”), dando ordens e delegando funções executórias para outras pessoas de hierarquia inferior dentro de uma estrutura empresarial ou análoga; e) Forma consensual de atuação, a exemplo do que ocorre com os crimes de corrupção *quid pro quo* (é dando que se recebe)-prática, segundo Hassemer, indispensável à criminalidade organizada (ao lado do clientelismo)<sup>5</sup> -, que é aquela caracterizada pelo suborno, “situações nas quais a criminalidade se apoderou dos braços que tinham missão de combater-la”<sup>6</sup>, ou seja, quando o Legislativo, Executivo ou Judiciário tornam-se extorquíveis ou venais<sup>7</sup>. Ou seja, nestas situações em que não há conflito, mas sim há um acordo (um consenso) com rela-

<sup>3</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*. 2ª ed. Curitiba: Juruá. 2014. p. 73-74.

<sup>4</sup> ARAÚJO, Galucio Roberto Brittes de. *Delação premiada, valor probatório e corrupção*. In: ARAÚJO, Galucio Roberto Brittes; CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JÚNIOR, Ulisses Augusto. *48 visões sobre a corrupção*. São Paulo: Quarter Latim. 2016. p. 773.

<sup>5</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira. Dos Crimes Contra a Paz Pública. In: QUEIROZ, Paulo (Coord.) *Direito Penal – parte especial*. Vol. 2. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1082.

<sup>6</sup> HASSEMER, Winfried. Perspectivas de Uma Nova Política Criminal. Trad. Adriana Beckman Meirelles. In: HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 311.

<sup>7</sup> Idem. p. 268.

ção à(s) conduta(s) criminosa(s), é notória, portanto, a dificuldade em se descobrir os delitos praticados, pois nestes casos há o ofuscamento dos ilícitos gerador de um quadro de não assimilação da ilicitude pelas vítimas em concreto, em especial pelo caráter essencialmente difuso dos bens penalmente protegidos; f) pela conexão entre organizações criminosas independentes, permitindo-se um cenário de cooperação, horizontalização e coordenação, em oposição à hierarquização, entre tais Organizações Criminosas, produzindo assim um relacionamento favorável entre elas próprias, e entre elas e o Poder Público, fornecedores e clientes, de forma a torná-las aceitas e fortalecidas nestas relações, bem como torná-las pouco percebidas pela sociedade<sup>8</sup>; g) pela “penetração insidiosa no aparato governamental do Estado”<sup>9</sup>, “com a finalidade de obtenção de vantagens econômicas, financeiras, sociais ou penais, as quais possam beneficiar organizações criminosas”<sup>10</sup>, ou pela conexão da criminalidade com o Estado.

ii) Sofisticação estrutural, caracterizada pela: a) atuação dos agentes criminosos em moldes “quase empresariais”<sup>11</sup>, penetrando-se no mundo dos negócios, facilitando com isso a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal (lavagem de capitais); b) hierarquia das organizações criminosas, que vem sendo substituída pela atuação em redes de coordenação, com vinculação horizontal, gerando uma fragmentação do poder, o que dificulta ainda mais o seu conhecimento e repressão pelo Estado<sup>12</sup>;

---

<sup>8</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira. *Dos Crimes Contra a Paz Pública*. In: QUEIROZ, Paulo (Coord.) *Direito Penal – parte especial*. Vol. 2. 3ª ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 1077.

<sup>9</sup> PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas. 2015. p. 91.

<sup>10</sup> Idem. p. 156.

<sup>11</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Enfrentamento de excessos não autoriza uso arbitrário das leis*. 17 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-17/pierpaolo-bottini-enfrentamento-excessos-nao-autoriza-uso-arbitrario-leis>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

<sup>12</sup> FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime Organizado e Organizações Criminosas Mundiais*. Curitiba: Juruá. 2009. p. 31.

iii) Pacto de silêncio (*omertà*) entre seus membros.

A existência de um ou mais dos elementos acima, aliado(s) à falta de recursos destinados ao *enforcement*, impede que a *notitia criminis* chegue ao conhecimento das autoridades responsáveis pela persecução penal.

Assim, os negócios jurídicos premiais (acordos de colaboração premiada e de leniência), que deveriam se revestir de caráter excepcional<sup>13</sup>, vêm assumindo papel protagonista no desvendamento de casos de corrupção, a exemplo da Operação Lava Jato, “operação que revelou o maior caso de corrupção na história brasileira”<sup>14</sup>, quebrando o pacto do silêncio (*omertà*) existente no triângulo de corrupção baseado no capitalismo de laços<sup>15</sup> “Políticos-Governo-Empreiteiras” (esquema assim denominado pelo réu e colaborador Paulo Roberto da Costa na Petição 5210 - STF<sup>16</sup>).

A colaboração premiada, como bem explicitou o Ministro do STF Celso de Mello: “possibilitou penetrar nesse grupo que se apoderou do Estado, promovendo um assalto moral, criminoso ao Erário

---

<sup>13</sup> Paulo César Busato considera os acordos de colaboração premiada como “meios excepcionais de obtenção de provas” (BUSATO, Paulo César. *As inovações da lei 12.850/13 e a atividade policial*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romerri (Coord.). *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2016. p. 214).

<sup>14</sup> NUNES, Leandro Bastos. *Operação Lava Jato*. Publicado em 01/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54880/operacao-lava-jato>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

<sup>15</sup> Sérgio G. Lazzarini conceitua capitalismo de laços como “um modelo assentado no uso de relações para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse. Essas relações podem ocorrer somente entre atores privados, muito embora grande parte da movimentação corporativa envolva, também, governos e demais atores na esfera pública”. (LAZZARINI, Sérgio G. *Capitalismo de Laços: Os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011. p. 26).

<sup>16</sup> Petição 5210 - Supremo Tribunal Federal (Relator Ministro Teori Zavaski), 24/09/2014. 9998683-14.2014.1.00.0000. Requerente Ministério Público Federal. Anexo 1 - Agentes Políticos- Triangulo Políticos-Governo-Empreiteiras (página243). Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/faustomacedo/wpcontent/uploads/sites/41/2015/03/DELA%3%87AO-PRC-01-a-23.pdf>>. Acesso em: 24 dez. 2016.

e desviando criminosamente recursos que tinha outra destinação, a destinação socialmente necessária e aceitável”<sup>17</sup>.

Para o Procurador da República e coordenador da força-tarefa da Operação Lava Jato, Deltan Dallagnol, a colaboração premiada funciona como “um guia, um catalisador, que otimiza o emprego de recursos públicos, direcionando-os para diligências investigatórias com maior perspectiva de sucesso”. E continua o referido autor: “a colaboração é uma oportunidade para que o investigador espie por cima do labirinto e descubra quais são os melhores caminhos, isto é, aqueles com maior probabilidade de sucesso na angariação de provas”<sup>18</sup>.

Com o instrumento probatório da colaboração premiada os crimes de corrupção tornam-se mais facilmente elucidáveis, gerando esperanças populistas do aumento do papel dissuasório do direito penal com relação a estes crimes, haja vista que, para a escolha pela prática da conduta corrupta, tal fator (maior facilidade de elucidação) passaria a ser considerado pelo sujeito racional no cálculo dos custos e dos benefícios (dentro da equação elaborada por Gary Becker<sup>19</sup>), levando em conta a probabilidade dos autores destes crimes serem identificados, processados e punidos<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> FALCÃO, Márcio. *Stf rejeita anular acordo de delação premiada de Youssef na Operação Lava Jato*. Folha de São Paulo, 27 de agosto de 2105. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1674345-maioria-do-stf-vota-contra-anulacao-de-depoimentos-de-alberto-youssef.shtml>. Acesso em: 25 set. 2016.

<sup>18</sup> DALLAGNOL, Deltan. *As luzes da delação premiada*.

<sup>19</sup> “The approach taken here follows the economists usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get using his time and other resources at other activities. Some persons become ‘criminal’, therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ” (BECKER, Gary. *Crime and punishment –an economic approach*. *Journal of Political Economy*. Vol 76. 1968. P. 176. Disponível em: <[www.stor.org/stable/1830482](http://www.stor.org/stable/1830482)>. Acesso em 07 de Janeiro de 2017).

<sup>20</sup> BOTTINO, Thiago. *Colaboração Premiada e incentivos à Cooperação no Processo Penal: Uma Análise Crítica dos Acordos Firmados na “Operação Lava Jato”*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 24, vol. 122, ago. 2016. p. 379.

A midiaticização ou espetacularização do sistema de justiça criminal<sup>21</sup> popularizou a Operação Lava Jato, criando-se um estímulo ao Ministério Público Federal para a celebração de cada vez mais acordos de colaboração premiada a fim de encurtar o trabalho investigativo e apresentar à sociedade de forma célere um resultado (provisório) dos supostos autores do delito e das quantias astronômicas desviadas dos cofres públicos (que prometem ser repatriadas).

A inédita regulamentação normativa dos acordos de colaboração premiada trazida pela Lei 12.850/2013 e a sólida perspectiva de punição para alguns dos réus investigados foram outros fatores que fortaleceram o uso do instrumento da colaboração premiada na Operação Lava Jato como forma de incentivo a colaborar com a justiça.

Foi desta forma que o instrumento probatório colaborativo premial que deveria ser excepcional tornou-se regra. Tanto é verdade que no âmbito da Operação Lava Jato, até a conclusão deste artigo (07 de janeiro de 2017), foram celebrados 71 acordos de colaboração premiada e 7 acordos de leniência<sup>22</sup>, sendo que 5 foram celebrados mesmo após a Polícia Federal no Paraná ter defendido a desnecessidade de novos acordos de colaboração premiada, pois na avaliação dos integrantes da Polícia Federal já havia sido recolhido material suficiente para apurações próprias sobre os esquemas de corrupção, sem precisar da ajuda de delatores, e a sensação de impunidade perante a sociedade iria aumentar caso mais acordos de colaboração fossem celebrados<sup>23</sup>.

Conforme informações prestadas em 19 de dezembro de 2016 pelo Ministério Público Federal, a Operação Lava Jato resultou em 1.434 procedimentos instaurados com 730 buscas e apreensões; 197

---

<sup>21</sup> MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Souza. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e /ou réus/és presos/as provisoriamente. In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP. 2016. p. 73.

<sup>22</sup> Disponível em <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados>>. Acesso em 24 de dezembro de 2016.

<sup>23</sup> MEGALEI, Bela. *PF se opõe a novas delações premiadas na Lava Jato*. São Paulo: Folha de São Paulo. 04 de Outubro de 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1819588-pf-se-opoe-a-novas-dela-coes-premiadas-na-lava-jato.shtml>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

conduções coercitivas; 79 prisões preventivas; 103 prisões temporárias; 6 prisões em flagrante; 120 pedidos de cooperação internacional (sendo 98 pedidos ativos para 31 países e 22 pedidos passivos com 33 países); 56 acusações criminais contra 259 pessoas (sem repetição de nome), sendo que em 24 já houve sentença pelos crimes de corrupção, crimes contra o sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros; 7 acusações de improbidade administrativa contra 38 pessoas físicas e 16 empresas pedindo o pagamento de R\$ 12,5 bilhões. Até o momento em 120 condenações, contabilizando 1.257 anos, 2 meses e 1 dia de pena<sup>24</sup>.

Ainda conforme dados do Ministério Público Federal relacionados à Operação Lava Jato, cerca de R\$ 10,1 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$ 756,9 milhões objeto de repatriação. R\$ 3,2 bilhões de bens de réus já foram bloqueados<sup>25</sup>.

Como se verifica, viabilizou-se por meio dos acordos de colaboração premiada no âmbito da Operação Lava Jato a recuperação de significativas quantias subtraídas em razão dos ilícitos penais cometidos e o descobrimento de Organizações Criminosas infiltradas na Administração Pública direta e indireta (inclusive com atuação transnacional) e dos seus integrantes em virtude da quebra do pacto do silêncio (*Omertà*) que vige no âmbito destas Organizações Criminosas.

## II. A COLABORAÇÃO PREMIADA E A TERCEIRA VIA DO DIREITO PENAL.

Frente aos dados acima apresentados (em especial o fato de R\$ 10,1 bilhões ser alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$ 756,9 milhões objeto de repatriação, e as penas aplicadas a alguns dos réus colaboradores ilustradas no quadro), é possível deduzir que os acordos de colaboração premiada têm inclinações a um direito penal de terceira via, em que se erige a reparação do dano como um dos objetivos primordiais da persecução penal (fenômeno da “privatização do direito

---

<sup>24</sup> Disponível em <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados>>. Acesso em: 24 dez. 2016.

<sup>25</sup> Idem.

penal”<sup>26</sup>), em substituição ou atenuação da pena restritiva de liberdade dos réus colaboradores por meio de um contrato<sup>27</sup>.

Do mesmo modo concluem Andreia Alves Almeida e Fabíola de Jesus Pereira que: “os Procuradores da República estão usando a colaboração premiada para recuperar valores que foram desviados da Petrobrás por meio da devolução espontânea pelos réus em troca de benefícios processuais, inclusive antes mesmo da fase judicial”<sup>28</sup>.

A base moderna do redimensionamento da resposta estatal frente aos delitos macroeconômicos nos acordos de colaboração premiada celebrados tem por combinação o sistema *short-sharp-shock* (prisão intensa e curta, mas efetivamente cumprida) com o sistema de reparação dos danos e o confisco de tudo que foi ganho ilicitamente<sup>29</sup>.

Segundo Luiz Flávio Gomes, “muito melhor que a fixação de uma pena de prisão (longa) inútil é a reparação dos danos em favor da vítima que, muitas vezes, o que só espera do sistema é a sua recomposição patrimonial. Fundamental também é o confisco do que foi ganho ilicitamente”<sup>30</sup>. Esta combinação de sistemas, de acordo com o referido autor, “atende às três finalidades que a melhor e mais atualizada doutrina atribui ao processo penal moderno: (a) retributivo-preventiva, (b) reparatória e (c) confiscatória”<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Vol. 1. 18ª ed. Niterói: Impetus. 2016. p. 12.

<sup>27</sup> “Delações premiadas são essencialmente contratos” (BROWN, Darryl. K. *Free Market Criminal Justice: How Democracy and Laissez Faire Undermine the Rule of Law*. New York: Oxford. 2016. - Livro Digital).

<sup>28</sup> ALMEIDA, Andreia Alves de; PEREIRA, Fabíola de Jesus. A Eficácia da Colaboração Premiada no Combate à Corrupção: O Efeito Dominó na Operação Lava Jato. in: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; STAFFEN, Márcio Ricardo; RIBEIRO, Diaulas Costa (Org.). *Direito Penal e Constituição*. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 222.

<sup>29</sup> GOMES, Luiz Flávio. A Impunidade da Macrodelinquência Econômica desde a Perspectiva Criminológica da Teoria da Aprendizagem. In: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis (Org.). *Doutrinas essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 643-644.

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> Idem.

Os malefícios relacionados com a corrupção administrativa são enormes, tanto para o indivíduo como para a sociedade, pois, segundo o “Relatório Corrupção: custos econômicos e proposta de combate” elaborado em março de 2010 pelo FIESP, atinge negativamente o desempenho econômico de um país, “na medida em que afeta as decisões de investimentos, limita o crescimento econômico, altera a composição dos gastos governamentais, causa distorções na concorrência, abala a legitimidade dos governos e a confiança no Estado”<sup>32</sup>.

Nesta esteira ganha relevo o enfoque da reparação do dano nos acordos de colaboração, em especial por induzir o comportamento colaborativo dos investigados, acusados ou condenados, o que, segundo Benjamin Tabak Miranda, “aumenta a chance de recuperação de recursos públicos desviados”<sup>33</sup>, e assim “a sociedade recupera ao menos parcialmente os recursos desviados, e os denunciadores, que propiciaram essa recuperação, recebem uma recompensa pelo esforço”<sup>34</sup>.

Leciona Claus Roxin que no direito penal de terceira via “a reparação substituiria ou atenuaria complementarmente a pena, naqueles casos nos quais convenha tão bem ou melhor aos fins da pena e às necessidades da vítima, que uma pena sem diminuição alguma”<sup>35</sup>.

Ou seja, pelas lições de Roxin, a reparação pode ser compreendida como uma sanção penal autônoma em substituição ou redução da pena privativa de liberdade, desde que tenha por aptidão alcançar os fins penais tradicionais das sanções (prevenção geral e especial). Não se pode olvidar que a reparação no direito penal tem, enquanto sanção

---

<sup>32</sup> Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corrupcao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

<sup>33</sup> TABAK, Benjamin Miranda. *A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas – Ano 52, nº 205, jan./mar. 2015. p. 327.

<sup>34</sup> Idem.

<sup>35</sup> ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparación del daño: de los delitos y de a las víctimas*. Tradução espanhola de Julio Maiery Elena Carranza. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 155 (tradução livre).

autônoma, um caráter misto, no qual mesclam elementos civis e penais, sendo que o caráter civil reside na compensação do dano, ao passo que o empenho do autor em cumprir com a reparação tem acepção jurídico-penal. Nestas linhas, Claus Roxin defende que a reparação do dano deverá desenvolver-se no âmbito das penas e das medidas de segurança como uma terceira via no direito penal<sup>36</sup>.

Na mesma esteira Ulfrid Neumann leciona que: “recentemente a introdução da relação autor-vítima-reparação no sistema de sanções penais nos conduz a um modelo de três vias, onde a reparação surge como uma terceira função da pena conjuntamente com a retribuição e a prevenção”<sup>37</sup>.

O princípio da subsidiariedade, segundo Roxin, justifica a adoção deste modelo de terceira via do direito penal. Ou seja, este princípio viria, assim, a legitimar a possibilidade de renunciar à pena, na medida em que fossem atendidas as suas finalidades preventivas por intermédio da realização de uma prestação positiva orientada à superação das consequências do delito, em que pese a existência da ameaça abstrata de pena<sup>38</sup>.

Ensina Cláudio Amaral do Prado, a partir das ideias de Claus Roxin, que:

O princípio da subsidiariedade estende sua operatividade além dos limites tradicionais em que se havia confinado como limite ao legislador, isto é, como pauta contenedora que incide sobre a decisão judicial a respeito da concreta reação penal. Logo, o juiz deve atuar com vistas às finalidades político-criminais do direito penal, tendo especialmente em conta a reparação<sup>39</sup>.

A inclinação do direito penal para um modelo sancionatório de reparação do dano em detrimento do encarceramento do crimino-

---

<sup>36</sup> PRADO, Cláudio Amaral do. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: J.H. Mizuno, 2005, p. 166- 167

<sup>37</sup> NEUMANN, Ulfrid. *Alternativas al derecho penal (Crítica e justificación del derecho penal en el cambio de siglo)*. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Editones de la Universidade de Castilla-La Mancha. 2003. p. 12.

<sup>38</sup> PRADO, Cláudio Op. *Cit.* p. 166-167.

<sup>39</sup> Idem.

so foi até mesmo sustentada por Gary Becker<sup>40</sup>, ao afirmar que há um aumento do bem-estar social na medida em que as multas são usadas sempre que possível.<sup>41</sup>

Torna-se perceptível a opção pela análise econômica do direito (*law and economics*) na celebração dos acordos de colaboração premiada na Operação Lava Jato pelos Procuradores da República, pois, conforme informações prestadas pelo Ministério Público Federal, a concretização dos acordos leva em conta a análise dos custos e benefícios sociais, considerando variáveis tais como revelação dos crimes praticados e dos coautores, corroboração probatória do réu colaborador (provas que serão disponibilizadas), a relevância social dos fatos e das informações no contexto da investigação, a recuperação do proveito econômico auferido com os crimes, entre outras, sendo que o acordo só é celebrado quando os benefícios superarem significativamente os custos para a sociedade<sup>42</sup>.

A colaboração premiada nos moldes atuais segue a tendência de um direito penal do futuro, prenunciada por Winfried Hassemer, em que a vítima e a reparação dos danos são colocados no centro das concepções da teoria do Direito Penal e das Teorias da Pena<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> BECKER, Gary Stanley. *The Economic Approach to Human Behavior*. Universidade de Chicago Press. 1978. p. 63.

<sup>41</sup> “[...] social welfare is increased if fines are used whenever feasible. In the first place, probation and institutionalization use up social resources, and fines do not, since the latter are basically just transfer payments, while the former use resources in the form of guards, supervisory personnel, probation officers, and the offenders ‘own time’” (BECKER, Gary Stanley. *The Economic Approach to Human Behavior*. Universidade de Chicago Press, 1978. p. 63).

<sup>42</sup> Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/colaboracao-premiada>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

<sup>43</sup> [...] um Direito Penal futuro levará (e deve levar) mais em consideração a vítima; há acentuações legais dos direitos de intervenção da vítima no processo penal, a reparação é um componente moderno e atrativo das teorias da pena, da determinação da pena e da práxis da execução penal, e em público a vítima sempre se manifesta de forma mais enérgica do que os político-criminais interessados. A teoria do Direito Penal e as teorias da Pena devem colocar a vítima mais no centro de suas concepções. Em todo caso, elas devem ter duas coisas em vista: impedir que a tensão dos polos entre as posições jurídicas sobre o autor e a vítima leve a um jogo de soma de zeros, no qual somente se pode dar a um aquilo que antes se retirou ao outro; e deixar claro que

Integrou-se pela colaboração premiada o eficientismo na análise do justo, abandonando-se parcela de um efeito punitivo mais drástico (pena de prisão) em prol do efeito mais próximo do restaurativo (reparação do dano)<sup>44</sup>.

### III. RISCOS DA ADOÇÃO DA TERCEIRA VIA DO DIREITO PENAL NOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO

Não se descarta a importância da reparação dos danos por meio dos acordos de colaboração premiada, mas este enquadramento da reparação dos danos a uma terceira via do direito penal traz riscos à legalidade penal, à proporcionalidade e à isonomia no campo da aplicação da pena.

A *práxis*<sup>45</sup> vem demonstrando que os benefícios penais conferidos nos acordos de delação premiada aos colaboradores na Operação Lava Jato não se pautam por uma racionalidade minimamente adequada, vale dizer, inexistem critérios bem definidos para a concessão de prêmios, pois a Lei 12.850/2013 confere um rol de benefícios que autorizam – pelas vias interpretativas – que haja uma discricionariedade ex-

---

a vítima essencialmente mais ao centro da Política Criminal ingressará tão só como a pessoa lesada: ou seja, como qualquer um de nós (HASSEMER, Winfried. *Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na Política Criminal*. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS, vol. 1, nº 1, 2013. p. 45-46).

<sup>44</sup> AGUIAR, Júlio César de; FONSECA, Cibele Benevides Guedes da; TABAK, Benjamin Miranda. *A colaboração premiada compensa?*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado. Agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em 08 de janeiro de 2017.

<sup>45</sup> Veja-se a título de exemplo: a Petição 6138 –Acordo de Colaboração Premiada de Sérgio Machado (Disponível em: <<http://estaticog1.globo.com/2016/06/15/PET-6138-Delacao-SergioMachado-VOLUME001.pdf>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017), o Termo de Colaboração de Ricardo Ribeiro (Disponível em <[http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/09/397\\_ACORDO1.pdf](http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/09/397_ACORDO1.pdf)> . Acesso em 07 de fevereiro de 2017); o Termo de Colaboração de Alberto Youssef (Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017).

tremada<sup>46</sup> pelo Ministério Público, em clara afronta ao princípio da legalidade penal, com previsão no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, que reza: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A previsão normativa da Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas), que viabiliza que o colaborador que coopere de forma substancial possa não ter “pena alguma”<sup>47</sup> (artigo 4º, § 2º da referida lei), ou, mais do que isto, não tenha “processo penal algum” contra si<sup>48</sup> (artigo 4º, § 4º da referida lei), vem sendo adotada pelo Ministério Público para justificar a oferta de reduções de pena a patamares superiores a de 2/3, que seria a fração máxima de redução permitida pelo artigo 4º da Lei 12.850/2013<sup>49</sup>, bem como regimes de cumprimento de pena não previstos em lei.

Isso se deve em razão da interpretação dada pelo Ministério Público lastreada na máxima *a maiori, ad minus* (o que é válido para o mais, deve necessariamente valer para o menos), vale dizer, se é possível o acordo de colaboração premiada tendo como prêmio o perdão judicial ou acordo de imunidade (o mais), seria possível o menos, que é a redução acima da fração máxima de 2/3 da Lei 12.850/2013.

Segundo dados disponibilizados pela Justiça Federal e veiculados pela Folha de São Paulo<sup>50</sup>, ao final de 2015, vários dos réus colaboradores na Operação Lava em razão do cumprimento dos acordos de colaboração premiada tiveram por sentença drásticas reduções da pena. Veja-se tabela abaixo:

---

<sup>46</sup> Eufemisticamente dizendo, pois se aproxima mais de uma arbitrariedade com respaldo legal.

<sup>47</sup> Perdão judicial.

<sup>48</sup> Acordos de Imunidade.

<sup>49</sup> Caso a colaboração seja posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos (artigo 4º, § 5º da Lei 12.850/2013).

<sup>50</sup> Disponível em: <<http://economia.terra.com.br/pena-de-condenados-delatores-da-lava-jato-cai-de-283-para-7-anos-diz-folha,4432df60f91a44f-45547686c51d03b7af7aj9ilp.html>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

**QUADRO 1.** Comparação da pena aplicada e depois dos acordos de delação premiada no âmbito da Operação Lava-Jato.

<b>Colaborador/ Qualificação</b>	<b>Pena fixada sem redução pela colaboração</b>	<b>Pena negociada (após prêmio da colaboração)</b>	<b>Quantias a título de repatriação de valores / multa</b>
<b>Alberto Youssef Doleiro</b>	82 anos e 8 meses	3 anos (regime fechado)	Renunciou em favor da justiça vários bens móveis ou imóveis, por se tratarem de produtos e/ou proveitos de crimes, bem como quantia a quantia de R\$ 1.893.410,00 (um milhão, oitocentos e noventa e três mil, quatrocentos e dez reais) e U\$ 20.000,00 (vinte mil dólares americanos) apreendidos nas dependências da empresa GFD Investimentos Ltda <sup>51</sup> .
<b>Augusto Ribeiro de Mendonça Neto Executivo (Toyo Setal)</b>	16 anos e 8 meses	4 anos (regime aberto)	Comprometeu-se a pagar a título de multa compensatória cível pelos danos que reconhece causados o valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões) <sup>52</sup> .

<sup>51</sup> Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

<sup>52</sup> Inteiro teor do Acordo de Colaboração Premiada disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2014/12/1\\_DECL68-contrato-dela%C3%A7%C3%A3o-augusto.pdf](http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2014/12/1_DECL68-contrato-dela%C3%A7%C3%A3o-augusto.pdf). Acesso em: 10 fev. 2017.

Colaborador/ Qualificação	Pena fixada sem redução pela colaboração	Pena negociada (após prêmio da colaboração)	Quantias a título de repatiação de valores / multa
<b>Dalton Avancini</b> Executivo (Camargo Corrêa)	15 anos e 10 meses	3 anos e 3 meses (3 meses em regime fechado, com progressão)	Comprometeu-se a pagar uma multa de R\$ 2,5 milhões, dos quais R\$ 959 mil já foram quitados (eram os bens apreendidos pela Polícia Federal) <sup>53</sup>
<b>Eduardo Leite</b> Executivo (Camargo Corrêa)	15 anos e 10 meses	3 anos e 3 meses (3 meses em regime fechado, com progressão)	Devolução de R\$ 3.234.115,08 <sup>54</sup>
<b>Fernando Baiano</b> Operador do Esquema	16 anos, 1 mês e 10 dias	4 anos (1 ano em regime fechado, com progressão)	No acordo de colaboração estipulou que perderá o valor de R\$ 8,5 milhões que foi bloqueado de sua conta quando foi preso na Operação Lava Jato. Ademais, desembolsará mais R\$ 5 milhões e uma casa que tem em Trancoso, no litoral baiano.
<b>Julio Gerin de Almeida Camargo</b> Lobista (Tovo Setal)	26 anos	5 anos (regime aberto)	Comprometeu-se a pagar a título de multa compensatória cível pelos danos que reconhece causados o valor de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões) <sup>55</sup>

<sup>53</sup> Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/06/1643812-juiz-homologa-delacao-de-executivo-da-camargo-correa-na-lava-jato.shtml> . Acesso em: 10 fev. 2017..

<sup>54</sup> Disponível em: [http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/11/18/interna\\_politica,824946/forca-tarefa-da-lava-jato-anuncia-devolucao-de-r-204-milhoes-desviado.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/11/18/interna_politica,824946/forca-tarefa-da-lava-jato-anuncia-devolucao-de-r-204-milhoes-desviado.shtml). Acesso em: 10 fev. 2017.

<sup>55</sup> Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/1\\_DECL70-contrato-dela%C3%A7%C3%A3o-julio-gerin.pdf](http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/1_DECL70-contrato-dela%C3%A7%C3%A3o-julio-gerin.pdf). Acesso em: 10 fev. 2017.

Colaborador/ Qualificação	Pena fixada sem redução pela colaboração	Pena negociada (após prêmio da colaboração)	Quantias a título de repatriação de valores / multa
<b>Mário Goes</b> Lobista	18 anos e 4 meses	3 anos, 5 meses e 25 dias (25 dias em regime fechado, com progressão)	Comprometeu-se a pagar uma multa compensatória no valor de R\$ 38 milhões <sup>56</sup> .
<b>Nestor</b> <b>Cerveró</b> Burocrata (ex-diretor internacional da Petrobrás)	17 anos, 3 meses e 10 dias	3 anos (regime fechado e prisão domiciliar)	Comprometeu-se ao pagamento de multa compensatória de vários valores, como por exemplo o pagamento imediato, à razão de oitenta por cento para o Petróleo Brasileiro S/A e vinte por cento para a União, mediante renúncia a todo e qualquer direito e ação, de todos os saldos nas contas de fundos de investimento e de previdência privada PGBL, cujo valor estima-se em R\$ 825.000,00 (oitocentos e vinte e cinco mil) <sup>57</sup> .

<sup>56</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/07/delacao-de-mario-goes-na-lava-jato-preve-multa-de-r-38-milhoes.html> . Acesso em: 10 fev. 2017..

<sup>57</sup> Disponível em: <http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2016/06/Cerver%C3%B3-vol-1.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Colaborador/ Qualificação	Pena fixada sem redução pela colaboração	Pena negociada (após prêmio da colaboração)	Quantias a título de reparação de valores / multa
<p><b>Paulo Roberto Costa</b> Burocrata (ex-diretor de abastecimento da Petrobrás)</p>	<p>39 anos e 5 meses</p>	<p>2 anos e 6 meses (6 meses em regime fechado, com progressão)</p>	<p>Renunciou, a título de exemplo, em favor da União, a qualquer direito sobre valores mantidos em contas bancárias e investimentos no exterior, em qualquer país, inclusive mantidos no Royal Bank Of Canada Cayman, aproximadamente USD 2,8 milhões sob os nomes dos familiares Márcio e Humberto), e os aproximadamente USD 23 (vinte e três) milhões mantidos na Suíça (em contas de Marici, Paulo Roberto e Arianna), controladas direta ou indiretamente, bem como valores mantidos por meio de <i>offshores</i>, etc. Vários outros valores comprometeu-se a pagar a título de indenização cível, pelos danos que reconhece causados por diversos crimes que praticou.<sup>58</sup></p>

<sup>58</sup> Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

Colaborador/ Qualificação	Pena fixada sem redução pela colaboração	Pena negociada (após prêmio da colaboração)	Quantias a título de repatriação de valores / multa
<b>Pedro Barusco</b> Burocrata (ex-gerente da Petrobrás)	18 anos e 4 meses	2 anos (regime semiaberto)	Comprometeu-se repatriar aproximadamente US\$ 67.000.000,00 (sessenta e sete milhões) à Petrobrás, assim como para os fins do artigo 7º, § 1º da Lei 9.613/98, com redação dada pela Lei 12.683/12. <sup>59</sup>

\* Fonte das primeiras duas colunas da tabela (da esquerda para a direita): Folha de São Paulo, a partir de dados disponibilizados pela Justiça Federal, ao final de 2015. Os dados da última coluna foram obtidos em grande parte de fontes primárias (acordos de colaboração premiada celebrados).

Constata-se, portanto, que o Poder Judiciário ao homologar e sentenciar os acordos de colaboração premiada na Operação Lava Jato tem aceitado a interpretação conferida pelo Ministério Público e atuado com muita complacência<sup>60</sup> com relação a estes acordos, principalmente no que concerne aos benefícios ofertados pelo órgão ministerial, aceitando o estabelecimento de prêmios contendo drásticas reduções de pena e regimes não previstos em lei.

Com relação a este comportamento complacente do Judiciário frente a tais acordos, certa é advertência Vinicius Vasconcellos no sentido de que há uma “indevida usurpação das funções decisórias pelo acusador em razão de seu papel nevrálgico na determinação da culpabilidade e da pena ao imputado”<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858\\_ANEXO2.pdf](http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf). Acesso em: 10 fev. 2017.

<sup>60</sup> Sérgio Moro fala em “deferência” ao conceder os prêmios previstos nos acordos de colaboração premiada. Veja-se sua sentença na Ação Penal nº 5083258-29.2014.4.04.7000/PR, 13ª Vara Federal de Curitiba de 20 de Julho de 2015.

<sup>61</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. São Paulo: IBCCRIM. 2015. p. 215.

A aludida interpretação conferida pelo Ministério Público (e avalizada pelo Judiciário) é reforçada por um discurso do direito penal de terceira via, pois em todos os acordos de colaboração listados na tabela acima existem cláusulas de multa compensatória e de repatriação de vultuosas quantias (veja-se por exemplo o acordo de Colaboração Premiada celebrado entre a força tarefa “Operação Lava Jato” do Ministério Público Federal e Pedro José Barusco Filho, em que este se compromete a depositar aproximadamente US\$ 67.500.000,00 em conta judicial aberta por ordem do juízo de homologação, o qual será destinado para o ressarcimento de eventuais danos sofridos pela empresa Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás<sup>62</sup>).

Denota-se, portanto, um discurso utilitário-economicista como tônica do processo penal relativo aos crimes de corrupção, que leva os órgãos de persecução e o Poder Judiciário a buscarem um resultado patrimonial no processo (mercantilização processual), atropelando-se a legalidade penal - caracterizada por regras imperativas e de aplicação obrigatória – e tornando a liberdade objeto de compra pelo colaborador, afinal: “O que o dinheiro não compra?”<sup>63</sup>, conforme questionaria Michael J. Sandel.

Não por outra razão, pertinente é a colocação de Renan Mandarino, no sentido de que “a liberdade se torna uma moeda de troca do acusado e transforma o sistema de justiça criminal num verdadeiro ‘business’, isto é, num mercado que se propõe a efetivar acordos ‘rentáveis ao Estado’<sup>64</sup>.

Darryl Brown, em críticas à mercantilização do processo penal, afirma que:

Normas deontológicas como a imparcialidade judicial e o compromisso do Ministério Público com a justiça baseiam-se em valores e instituições fora do mercado. Mas as regras baseadas no mercado minam essas normas ao encorajar os participantes

---

<sup>62</sup> Disponível em: <[http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858\\_ANEXO2.pdf](http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf)> . Acesso em: 08 fev. 2017.

<sup>63</sup> SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2012.

<sup>64</sup> MANDARINO, Renan Posella. *Aspectos penais controversos da colaboração premiada*. São Paulo: IASP, 2016. p. 215.

a celebrar delações premiadas como práticas instrumentais conduzidas por interesses partidários, e não como uma concessão de direito público comprometida com princípios públicos (como punição proporcional à culpa), critérios públicos para um processo justo e responsabilidade pública pela integridade das sentenças judiciais criminais<sup>65</sup>.

A amplíssima discricionariedade e a falta de fundamentação na concessão dos prêmios pelo Ministério Público somado à deferência do Judiciário frente a tais acordos descamba não raro para o terreno da arbitrariedade, que eleva os níveis de seletividade do direito penal.<sup>66</sup> Ou seja, surge com isso o risco de se criar uma justiça penal de classes econômicas<sup>67</sup>.

A falta de transparência com relação ao cálculo das reprimendas negociadas não cumpre com o espírito democrático exigido pelo princípio da legalidade, que impõe critérios objetivos de fixação da pena, de forma a reduzir arbitrariedades e tratamentos não isonômicos.

O sistema dosimétrico brasileiro de pena hoje vigente (sistema de penas “relativamente indeterminadas”, nas lições de Eugênio

---

<sup>65</sup> BROWN, Darryl. K. *Free Market Criminal Justice: How Democracy and Laissez Faire Undermine the Rule of Law*. New York: Oxford. 2016. - Livro Digital) (Tradução Livre).

<sup>66</sup> A banalização do uso da delação termina(rá) culminando em punições brandas a um grande número de integrantes dos esquemas criminosos (inclusive com possibilidade de penas abaixo do mínimo legal previsto no preceito penal secundário ou regimes de cumprimento de pena não previstos em lei, como o caso do “regime domiciliar”, ou até mesmo extinção da punibilidade), em evidente contraste com o “direito penal da classe marginalizada”, “orientado pela chicotada” (direito penal mais rigoroso e sem espaço para o consenso) e “pela Súmula 231 do STJ, ou seja, a pena não pode baixar do mínimo pela confissão” (ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Empório do Direito. 2016. p. 295). Assim, com arrimo nas lições de Alexandre Moraes da Rosa, o acordo de colaboração premiada virou “‘grande negócio’ para rico, porque sem pudores, brada-se que [acordo de] ‘delação premiada não é para pobre [ou sujeito estigmatizado]’” (Idem. p. 295).

<sup>67</sup> SUMALLA, Josep M. Tamarit. *La Reparación da la Víctima en el Derecho Penal (Estudio y Crítica de las Nuevas Tendencias Políticos-Criminales)*. Barcelona: Edición Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya & Fundació Jaume Callís. 1993. p. 161.

Zaffaroni e José Pierangeli<sup>68</sup>) está longe de ser perfeito, mas tem por virtude garantir, ainda que minimamente, um caminho para o juiz individualizar a pena, algo que não vem ocorrendo com relação aos acordos de colaboração premiada no enfrentamento à corrupção.

Não são convenientes reduções de pena em patamares observados na tabela acima, pois tais reduções podem ter como consequência a violação da legalidade e da isonomia na aplicação da lei penal.

Documentos internacionais ratificados pelo Brasil tratam da matéria, ressaltando a importância do enfrentamento a crimes de corrupção. Cite-se como exemplo: a) o artigo 3º, item 1 da Convenção da OCDE/1997 contra a Corrupção de Administrações Públicas Estrangeiras, que reza: “corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser punível com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas”; b) o artigo 12, item 1 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, que reza: “Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção [...] prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas”.

Não se pretende como solução a adoção de uma espécie de *sentencing guidelines*<sup>69</sup> para se definir a pena negociada, mas sim que exist-

---

<sup>68</sup> Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli informam que o Código Penal brasileiro segue o sistema conhecido como das penas “relativamente indeterminadas”, “[...] possibilitando, sempre, uma margem para a consideração judicial, de conformidade com as regras gerais de que é o juiz que deve aplicá-las ao caso concreto. Este sistema opõe-se, na legislação comparada, ao chamado sistema de “penas fixas”, nas quais o Código não outorga ao juiz nenhuma faculdade individualizadora” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro – parte geral* volume 1. 9ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 670).

<sup>69</sup> Segundo Diego Zysman Quirós, o sistema da *sentencing guidelines* nos Estados Unidos “opera em virtude de um elaborado conjunto de direções, lineamentos ou guias penais numéricos (as *guidelines* propriamente ditas), destinadas a orientar os juízes na imposição de penas precisas para toda configuração que possa ter um fato delitivo. Para isso, contempla uma tábua taxativa de penas na qual se estabelecem 258 posições (ou níveis, mais que escalas) penais que, desde sua origem e por quase duas décadas. [...] Os propósitos manifestos dessa legislação foram erradicar totalmente a discricionariedade judicial e executiva na matéria,

tam critérios objetivos na dosimetria dos benefícios nos acordos de colaboração, que se eficazes vincularão ao final o magistrado<sup>70</sup>.

Noutro giro, o enorme déficit informacional das agências de repressão acerca do montante do dano provocado pelo acusado colaborador (até mesmo pela natureza difusa e coletiva dos danos) gera um ambiente confortável em omitir intencionalmente o valor real do dano, afinal, de acordo com Thiago Bottino, “não obstante a lei preveja que o acusado se comprometerá a dizer apenas a verdade, trata-se de disposição que, violada, não acarretará consequências graves aos seus autores quando estes estiverem diante de acusações com penas altas”<sup>71</sup>. Como lembra ainda Bottino, no âmbito da Operação Lava Jato, “constata-se que os benefícios concedidos extrapolam, em muito, as hipóteses previstas em lei, sugerindo um desequilíbrio entre os incentivos para a cooperação e os desincentivos à falsa cooperação”<sup>72</sup>.

Ademais, frente à adoção de um direito penal de terceira via, quanto mais o pretense colaborador desviou dos cofres públicos maior será o seu poder de barganha, pois maior será o resultado utilitário no cômputo final para o Ministério Público prestar contas de seu trabalho perante à mídia sensacionalista e à sociedade. Ou seja, quanto maior o valor que o pretense colaborador puder devolver aos cofres públicos, maiores serão os benefícios penais concedidos. De outra banda, aqueles que menos se beneficiaram dos atos de corrupção têm um poder de bar-

---

impulsando a coerência, a uniformidade e a transparência na verdadeira duração das condenações impostas” (QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo e determinação da pena nos E.U.A.* Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 17-18).

<sup>70</sup> Conforme leciona José Paulo Baltazar Júnior: “levando em consideração o caráter negocial da medida, o juiz está vinculado aos termos do acordo homologado, por si ou por outro magistrado” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1297). Aliás, o juiz está vinculado aos termos do acordo homologado, sob pena de violação dos princípios da moralidade e da lealdade (neste sentido: STF, HC 99736 e STJ, HC 97509), o que exige mais cautela do magistrado quando da homologação de acordos de colaboração premiada para se evitar penas desproporcionais.

<sup>71</sup> BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à Cooperação no Processo Penal: Uma Análise Crítica dos Acordos Firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 24, vol. 122, ago. 2016. p. 388.

<sup>72</sup> BOTTINO, Thiago. Op. cit.. p. 388.

ganha menor, pois têm pouco a oferecer, e assim muito provavelmente terão prêmios menores. Assim, verifica-se um evidente comprometimento da isonomia material dos investigados, afinal “réus em idêntica situação jurídico-penal receberiam tratamento diferenciado”<sup>73</sup>.

Neste caso de manifesta violação à isonomia material dos investigados em razão de um acordo de colaboração premiada celebrado, entendemos perfeitamente possível que eventual coautor ou partícipe atingido por esta violação possa impugnar o aludido pacto, até porque há reflexos na sua esfera jurídica (tratamento desigual). Veja-se que não se trata de questionar o valor probatório do acordo de colaboração premiada, mas sim de se questionar aspectos quantitativos e qualitativos dos benefícios concedidos ao colaborador. Desta feita, entendemos que a posição assentada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 127.483 – Informativo número 796) no sentido que eventual coautor ou partícipe não possui interesse em impugnar acordo de colaboração premiada deve ser compreendida com reservas.

Por fim, cumpre salientar que o modelo de mercado instaurado gerou até um pedido pelo Ministério Público Federal (Petição 5.210, Distrito Federal – STF) de que parte da quantia recuperada (20%) à Petrobrás fosse transferida para a União “para destinação aos órgãos responsáveis pela negociação e pela homologação do acordo de colaboração premiada que permitiu tal repatriação”. Contudo, acertadamente, o Supremo Tribunal Federal (Ministro Teori Zavascki) julgou improcedente o pedido ministerial, haja vista que a Petrobras é Sociedade de Economia Mista, entidade dotada de personalidade jurídica própria (art. 4º, II, do Decreto Lei 200/1967), cujo patrimônio não se comunica com o da União, sendo que eventuais prejuízos sofridos pela Petrobras, portanto, afetariam apenas indiretamente a União, na condição de acionista majoritária da Sociedade de Economia Mista. Ademais, considerou o Supremo Tribunal Federal que o montante recuperado era insuficiente para reparar os danos supostamente sofridos pela Petrobras em decorrência dos crimes imputados a Paulo Roberto Costa e à organização criminosa que ele integraria.

---

<sup>73</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 68.

Margarita Roig Torres critica a utilização do direito penal como instrumento de coação para o pagamento de indenizações, pois a sanção penal ficaria subordinada ao insucesso do acordo. Diante da impossibilidade de celebração de acordo acerca da reparação do dano, o suposto autor do fato será processado. Isso traria, para a referida autora, duas complicações: 1) o patrocínio de prisão por dívidas; 2) a negação do caráter de *ultima ratio* do direito penal na solução dos conflitos. E, nesta toada, a consequência final seria a violação ao princípio da proporcionalidade<sup>74</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o estudo acima desenvolvido, é possível concluir que as agências de persecução na Operação Lava Jato vêm adotando um direito penal de terceira via no âmbito dos acordos de colaboração premiada envolvendo crimes de corrupção administrativa organizada.

Não se descarta a importância da repatriação de ativos e reparação dos danos causados pela via do acordo de colaboração. Contudo, a racionalidade utilitária-economicista das agências de persecução podem implicar em uma mercantilização do processo penal lesiva ao princípio da legalidade penal, da proporcionalidade e da isonomia na aplicação da pena.

Os benefícios a serem concedidos aos réus colaboradores deveriam seguir estritamente as hipóteses legais, sem interpretações ampliativas, para que se tenham conjuntamente penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas, conforme determinam alguns documentos internacionais sobre corrupção ratificados pelo Brasil.

Ademais, a falta de fundamentação com relação aos benefícios nos acordos de colaboração e também na sentença (que vem se limitando a acatar o acordo pela análise da eficácia, aplicando a pena nele estabelecida, caso cumprido) gera uma clara afronta ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, que reza que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob

---

<sup>74</sup> TORRES, Margarita Roig. *La reparación del daño causado por el delito: aspectos civiles y penales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000. p. 489

pena de nulidade”. Aliás, as penas devem ser fundamentadas para se viabilizar o controle da decisão do magistrado, evitando-se arbitrariedades.

De outro lado, é necessário que haja muita cautela pelos órgãos de persecução quando da celebração dos acordos de colaboração premiada, a fim que não beneficiem determinados réus que angariaram vultuosas quantias em razão de suas práticas corruptas em detrimento daqueles que se beneficiaram infimamente das condutas criminosas. Claro que esta cautela é de difícil de ser implementada na prática, até porque os acordos de colaboração celebrados são instrumentos que servem justamente para melhor apurar os fatos, e só em uma fase avançada da investigação seria possível conclusões mais aprofundadas, quiçá quando da sentença.

Os acordos de colaboração premiada devem sempre respeitar direitos fundamentais dos colaboradores e delatados, garantindo-se imparcialidade judicial e o compromisso do Ministério Público com a justiça.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Júlio César de; FONSECA, Cibele Benevides Guedes da; TABAK, Bejnamin Miranda. *A colaboração premiada compensa?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado. Agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: <[www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos)>. Acesso em 08 de janeiro de 2017.

ALMEIDA, Andreia Alves de; PEREIRA, Fabíola de Jesus. *A Eficácia da Colaboração Premiada no Combate à Corrupção: O Efeito Dominó na Operação Lava Jato*. in: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; STAFFEN, Márcio Ricardo; RIBEIRO, Diaulas Costa (Org.). *Direito Penal e Constituição*. Florianópolis: CONPEDI, 2016

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero (Coord.). *Polícia e investigação no Brasil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

ARAÚJO, Galucio Roberto Brittes; CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; LIVIANU, Roberto; PASCOLATI JÚNIOR, Ulisses Augusto. 48 visões sobre a corrupção. São Paulo: Quarter Latim, 2016.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECKER, Gary Stanley. *The Economic Approach to Human Behavior*. Universidade de Chicago Press. 1978.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Enfrentamento de excessos não autoriza uso arbitrário das leis*. 17 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com>>.

br/2013-out-17/pierpaolo-bottini-enfrentamento-excessos-nao-autoriza-uso-arbitrario-leis>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e incentivos à Cooperação no Processo Penal: Uma Análise Crítica dos Acordos Firmados na “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ano 24, vol. 122, ago. 2016.

DALLAGNOL, Deltan. *As luzes da delação premiada: A colaboração do delator oferece ao investigador a oportunidade de iluminar o labirinto da corrupção e descobrir os melhores caminhos para desvendá-lo*. 2015. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

FALCÃO, Márcio. *Stf rejeita anular acordo de delação premiada de Youssef na Operação Lava Jato*. Folha de São Paulo, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1674345-maioria-do-stf-vota-contra-anulacao-de-depoimentos-de-alberto-youssef.shtml>. Acesso em 25 de setembro de 2016.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime Organizado e Organizações Criminosas Mundiais*. Curitiba: Juruá, 2009.

GAROUPA, Nuno; KLERMAN, Daniel. *Corruption and The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions*. Los Angeles: University of Southern California Law School (Cleo Research Paper Series Law & Economics Research Paper Series – Paper nºC01-4 e 1-9), disponível em: <[http://papers.ssrn.com/abstract\\_id=276117](http://papers.ssrn.com/abstract_id=276117)>. Acesso em 14 de junho de 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *A Impunidade da Macrodelinquência Econômica desde a Perspectiva Criminológica da Teoria da Aprendizagem*. in: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis (Org.). *Doutrinas essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Vol. 1. 18ª ed. Niterói: Impetus. 2016.

HASSEMER, Winfried. *Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na Política Criminal*. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS, vol. 1, nº 1, 2013.

MANDARINO, Renan Posella. *Aspectos penais controversos da colaboração premiada*. São Paulo: IASP, 2016.

MEGALEI, Bela. *PF se opõe a novas delações premiadas na Lava Jato*. São Paulo: Folha de São Paulo. 04 de Outubro de 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1819588-pf-se-opoe-a-novas-delacoes-premiadas-na-lava-jato.shtml>>. Acesso em 07 de janeiro de 2017.

MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Souza. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração

premiada envolvendo investigados/as e /ou réus/és presos/as provisoriamente. In: MENDES, Soraia da Rosa. *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP. 2016.

NEUMANN, Ulfrid. *Alternativas al derecho penal (Crítica e justificación del derecho penal en el cambio de siglo)*. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Editores de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2003.

NUNES, Leandro Bastos. *Operação Lava Jato*. Publicado em 01/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54880/operacao-lava-jato>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2017.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Cláudio Amaral do. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: J.H. Mizuno, 2005.

PULITANÒ, Domenico. *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano, a. 29, nova série, fasc. 4. Ott/dic., 1986.

QUEIROZ, Paulo (Coord.) *Direito Penal – parte especial*. Vol. 2. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo e determinação da pena nos E.U.A.: um estudo sobre as United States sentencing guidelines*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TABAK, Benjamin Miranda. *A Análise Econômica do Direito – Proposições Legislativas e políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de edições Técnicas – Ano 52, nº 205, jan./mar. 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparación del daño: de los delitos y de a las víctimas*. Tradução espanhola de Julio Maiery Elena Carranza. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

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

SILVA, Gustavo Henrique de Souza e. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico: análise sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito*. 2011. Dissertação – Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito.

SUMALLA, Josep M. Tamarit. *La Reparación da la Víctima en el Derecho Penal (Estudio y Crítica de las Nuevas Tendencias Políticos-Criminales)*. Barcelona:

Edición Centre d'Etudies Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya & Fundació Jaume Callís. 1993.

TORRES, Margarita Roig. *La reparación del daño causado por el delito: aspectos civiles y penales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2000.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços do consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro – parte geral- volume 1*. 9ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

---

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 08/01/2017
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/01/2017
- Avaliação 1: 12/01/2017
- Avaliação 2: 25/01/2017
- Decisão editorial preliminar: 25/01/2017
- Retorno rodada de correções 1: 08/02/2017
- Decisão editorial 2: 09/02/2017
- Retorno rodada de correções 2: 09/02/2017
- Decisão editorial final: 09/02/2017

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (SRM)
- Revisores: 2

---

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SILVA, Marcelo R. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 285-314, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.50>



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional.

*Fundamentos de  
Direito Processual Penal*

---



# Verità e giustificazione nel processo penale<sup>1</sup>

*Truth and justification in the criminal procedure*

*Verdade e justificação no processo penal*

**Francesco Caprioli**

Professore Ordinario di Procedura penale

Università degli Studi di Torino/Itália

francesco.caprioli@unito.it

 <http://orcid.org/0000-0003-4038-809X>

---

**RIASSUNTO:** Dopo avere premesso che l'unica verità che il giudice penale è tenuto a dichiarare è la "triste verità" della colpevolezza dell'imputato, l'Autore di questo articolo contesta la diffusa opinione che si tratti di una verità minore, formale, convenzionale, non assimilabile alla verità dello scienziato o dello storico. Anche nel processo penale si persegue la Verità con la V maiuscola, da intendersi come corrispondenza dell'enunciato d'accusa ai fatti in esso descritti. Solo a queste condizioni, del resto, la sentenza di condanna può ritenersi razionalmente giustificata.

**PAROLE-CHIAVE:** Processo penale; verità; valutazione della prova; processo penale italiano

**ABSTRACT:** *After clarifying that the only truth that criminal judge must declare is the "sad truth" of the defendant's culpability, the Author of this article disputes the widespread opinion that this truth would be a minor and conventional truth, not comparable to scientific or historical ones. Also in the criminal proceedings we pursue the Truth with capital T, which must be regarded as correspondence*

---

<sup>1</sup> Testo della relazione svolta nell'ambito del Convegno "Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo", Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore, 22 giugno 2012. Originalmente pubblicato em: CAPRIOLI, Francesco. Verità e giustificazione nel processo penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, fasc. 2, p. 608-625.

*between the indictment and the facts described in it. Only under these conditions the judgment of conviction can be considered rationally justified.*

**KEY-WORDS:** *Criminal Procedure; Truth; Evidence Valuation; Italian criminal procedure.*

**RESUMO:** *Depois de esclarecer que a única verdade que o juiz criminal deve declarar é a “triste verdade” da culpabilidade do acusado, o Autor deste artigo questiona a visão disseminada de que essa verdade seria uma verdade menor, formal e convencional, não comparável com a verdade científica ou histórica. Mesmo no processo penal se persegue a Verdade com V maiúsculo, que deve ser entendida como a correspondência do enunciado da acusação e os fatos nela descritos. Somente se atendidas tais condições é que a sentença condenatória poderá ser aceita como racionalmente justificada.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Processo Penal; Verdade; Valoração da prova; Processo penal italiano.*

---

1. Sul tema dei rapporti tra verità e processo circola in ambito penalistico un insidioso luogo comune. Scopo del processo penale sarebbe senz'altro l'accertamento della verità: ma la verità processuale sarebbe una verità minore, formale, convenzionale, da scrivere con l'iniziale minuscola. Costretto dalla logica del ragionamento induttivo a esprimersi in termini meramente probabilistici, e vincolato al rispetto di regole probatorie e criteri normativi di giudizio non sempre funzionali alla ricerca del vero, il giudice penale non potrebbe mai attingere alla verità assoluta, oggettiva, alla Verità con l'iniziale maiuscola – alla verità vera, la verità materiale, la verità storica, la verità dei fatti e via aggettivando e specificando.

Quella che si persegue nel processo penale – è stato scritto – «non pretende di essere *la* verità. [Essa è] più ridotta, quanto al contenuto informativo, di qualunque ipotetica verità ‘sostanziale’, [sia perché] deve essere suffragata da prove raccolte attraverso tecniche prestabilite normativamente, [sia perché] è sempre una verità solamente probabile e opinabile»<sup>2</sup>. Alla verità processuale non potrebbe che riconoscersi

---

<sup>2</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1991, p. 17. L'idea che il processo penale possa attingere alla verità “materiale” vie-

«un carattere essenzialmente pratico, non logico-conoscitivo», in quanto il giudice è «sottoposto a limiti [di tempo e di prova] che lo storico ignora», e l'accertamento giudiziale «non sempre è condotto con tutti i mezzi materialmente disponibili»<sup>3</sup> (né, si potrebbe aggiungere, con tutti i mezzi *razionalmente* disponibili).

La diffidenza dei processualisti penali nei confronti della verità ha inoltre ben note radici storiche e ideologiche. Non è un caso che nel vigente codice di procedura penale le disposizioni dedicate alla formazione e all'espressione del convincimento giudiziale evitino accuratamente di evocare le categorie del vero e del falso<sup>4</sup>: e non è un caso che nell'attuale dettato codicistico manchi una norma analoga a quelle contenute nell'art. 299 del codice del 1930, nell'art. 190 comma 1 del codice del 1913 e nell'art. 84 comma 2 del codice del 1865, che invitavano il giudice a compiere tutti gli atti necessari all'accertamento della verità. A guidare il legislatore del 1988 nelle sue scelte lessicali è stata la volontà di cancellare dall'orizzonte normativo un concetto rivelatosi storicamente pernicioso per la legalità processuale<sup>5</sup>. Come ha recentemente ribadito uno dei padri della riforma, si è voluto esorcizzare «un

---

ne spesso rigettata – in quanto «chimerica», «ingenua», «fuorviante» [R. E. Kostoris, voce *Giudizio* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Agg. 1997, p. 8 s.], figlia di una «concezione epistemologica ormai superata» (D. Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004, p. 255 s.) – con argomenti che tendono a sovrapporre la verità alla certezza. Sul punto v. *infra*, § 5.

<sup>3</sup> R. Orlandi, *Verità, responsabilità e ravvedimento tra processo penale e pratiche di mediazione*, in *Corte Assise*, 2011, p. 536 s.

<sup>4</sup> Significativo, ad esempio, il divieto imposto al giudice, a norma dell'art. 192 comma 2 c.p.p., di «desumere l'esistenza di un fatto» da indizi che non siano gravi, precisi e concordanti. Pochi e di scarso rilievo i richiami alla verità contenuti in altre norme del codice di procedura penale: nell'affermare che il testimone ha l'obbligo di dire la verità e di rispondere secondo verità (artt. 198 comma 1 c.p.p., 497 comma 2 c.p.p.), e nel prescrivere che l'interprete e il perito devono essere avvertiti che il loro incarico non ha altro scopo che quello di far conoscere la verità (artt. 146 comma 2 c.p.p., 226 comma 1 c.p.p.), il legislatore sembra riferirsi esclusivamente al dovere di *sincerità* che incombe su tali soggetti.

<sup>5</sup> Sulle distorsioni del principio di ricerca della verità materiale e del principio del libero convincimento, e sulla loro progressiva metamorfosi in un più generale canone di insofferenza della prova penale a limiti legali non solo nella fase della sua valutazione, ma anche in quella della sua ammissione e della sua

passato inquisitorio in cui il principio di ‘ricerca della verità materiale’, in tutto il continente europeo, [era stato] il pilastro di un sistema probatorio che [aveva] consentito di scavalcare qualsiasi ordine o limite nell’*iter* di accertamento del reato»<sup>6</sup>.

Analoghe tendenze elusive si registrano infine nella giurisprudenza della Corte costituzionale. A inizio anni novanta l’opinione del giudice delle leggi era che «fine primario e ineludibile del processo non [potesse] che essere la ricerca della verità»<sup>7</sup>. Ma in seguito la Corte è sembrata ripiegare su perimetrazioni meno ambiziose dei compiti cognitivi assegnati al giudice<sup>8</sup>: scopo del processo sarebbe «l’accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità»<sup>9</sup>.

Come cercheremo di dimostrare, sono cautele ingiustificate e nocive.

2. Conviene immediatamente precisare che nelle pagine che seguono ci si occuperà soltanto della verità dei giudizi di fatto e non

---

acquisizione, rimane fondamentale l’analisi di M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 41 ss.

<sup>6</sup> E. Amodio, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Criminalia*, 2010, p. 13. Sul punto v. anche la *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, Roma, 1988, p. 124 s., in cui il tradizionale richiamo normativo all’accertamento della verità viene ritenuto «frutto di un’iperbole».

<sup>7</sup> Così (pur traendone conseguenze assai discutibili) Corte cost. 3 giugno 1992, n. 255; Corte cost. 24 marzo 1993, n. 111; Corte cost. 22 luglio 1994, n. 330. Per Corte cost. 23 maggio 1991, n. 258, anche dopo la riforma del 1988 il processo penale risulterebbe «ispirato al principio di ricerca della verità materiale»; secondo Corte cost. 10 febbraio 1993, n. 41, l’udienza preliminare, a differenza del dibattimento, non sarebbe «una sede di acquisizione probatoria destinata all’accertamento della verità» (così anche Corte cost. 17 giugno 1991, n. 303; Corte cost. 22 maggio 1991, n. 252; Corte cost. 28 gennaio 1991, n. 64).

<sup>8</sup> Il riferimento alla verità come «fine primario e ineludibile del processo penale» è invece sopravvissuto nella giurisprudenza di legittimità: cfr. per tutte Cass. 8 febbraio 2005, Cacciatori, in *C.e.d. Cass.*, 231726.

<sup>9</sup> Così Corte cost. 2 novembre 1998, n. 361, § 2.1. (v. anche § 4.2.: «la funzione essenziale del processo è quella di accertare e di ricostruire i [fatti], verificare la sussistenza dei reati oggetto del giudizio e di accertare le relative responsabilità»). Sul carattere solo apparentemente meno ambizioso di un simile compito v. *infra*, § 5. Un cenno alla «ricerca della verità» come scopo della fase dibattimentale ritorna, da ultimo, in Corte cost. 11 marzo 2009, n. 75.

anche della verità dei giudizi di valore giuridico<sup>10</sup>. Si darà inoltre per scontato che i fatti – compresi quelli di cui si discute nei processi penali – esistono a prescindere dalle nostre interpretazioni e dagli schemi concettuali nei quali fatalmente li inquadrano. Non si parlerà dunque di costruttivismo e di relativismo in ordine ai fatti, se non per rinviare alle convincenti obiezioni che simili teorie hanno dovuto fronteggiare nel più recente dibattito filosofico<sup>11</sup> e giuridico<sup>12</sup>.

Ciò premesso, occorre innanzitutto stabilire entro quali limiti il giudice penale è chiamato – e si impegna – a ‘dire la verità’ sui fatti oggetto dell’imputazione.

La risposta è nella struttura stessa del verdetto di colpevolezza, e, prima ancora, nel rapporto che la legge processuale istituisce tra imputazione e sentenza. Dichiarando l’imputato responsabile, il giudice non fa altro che affermare la verità dell’enunciato fattuale contenuto

---

<sup>10</sup> Secondo P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2010, p. 325 s., anche il giudizio di valore giuridico, entro certi limiti, «esprime un’attività conoscitiva, [e dunque può] dirsi vero o falso» (*ivi*, p. 337). Sarebbe un errore, in particolare, riconoscere natura cognitiva ai soli giudizi di fatto e non anche ai giudizi di diritto, consistendo gli uni e gli altri in una scelta razionalmente giustificata tra diverse plausibili opzioni descrittive (*rectius*, ri-costruttive) dell’entità fattuale o linguistica che ne costituisce l’oggetto. «Giacché la natura ‘cognitiva’ del giudizio storico non implica la metafisica pretesa di ricostruire la Realtà-com’è-in-sé e sta soltanto a indicare la possibilità di una giustificazione razionale, di una decisione coerente con le prove (che, per quanto solide, restano logicamente compatibili con una diversa ricostruzione dei fatti), non c’è motivo di ritenere ‘anticognitivo’ il giudizio di diritto. Più fallibilisti sui fatti, si può essere meno scettici sulle norme» (*ivi*, p. 336). Sul punto, in diversa prospettiva, M. Taruffo, *Contro la veriphobia: osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1006 (nonché Id., *La semplice verità*, Laterza, 2009, p. 115, e Id., *Fatto, prova e verità*, in *Criminalia*, 2009, p. 314), secondo cui «tra le condizioni occorrenti perché una decisione sia formulata secondo diritto» rientrerebbe anche «l’accertamento veritiero dei fatti della causa», ma il giudizio di diritto, in sé e per sé considerato, «non mir[erebbe] a stabilire la verità di alcunché».

<sup>11</sup> V. in particolare P.A. Boghossian, *Paura di conoscere. Contro il relativismo e il costruttivismo*, Carocci, 2006, p. 43 s., 61 s., e D. Marconi, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Einaudi, 2007, p. 57 s., 69 s., nonché Aa.Vv., *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, a cura di M. De Caro e M. Ferraris, Einaudi, 2012, *passim*.

<sup>12</sup> Per tutti M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 74 s.

nell'imputazione, o, per meglio dire, della proposizione che di quell'enunciato costituisce il contenuto astratto<sup>13</sup> («poiché le prove dimostrano oltre ogni ragionevole dubbio che Tizio ha ucciso Caio, l'enunciato accusatorio 'Tizio ha ucciso Caio' è vero»<sup>14</sup>): il rapporto tra imputazione e condanna riproduce plasticamente l'intuizione tarskiana secondo cui il termine 'vero' collega un linguaggio e un metalinguaggio anziché il linguaggio e la realtà<sup>15</sup>. Perché l'imputato sia assolto, non occorre, invece, che i fatti posti a fondamento dell'accusa si siano rivelati inesistenti, né che sia emersa la verità delle proposizioni corrispondenti alle formule legali di cui all'art. 530 comma 1 c.p.p. Nel dichiarare che 'il fatto non sussiste' o che l'imputato 'non lo ha commesso', il giudice è autorizzato dalla legge ad argomentare *ad ignorantiam*<sup>16</sup>, cioè, in definitiva, a men-

<sup>13</sup> Così impostata, la questione implica «l'idea che i portatori primari di verità siano [...] le proposizioni», e che dunque entità come gli enunciati, i proferimenti, le iscrizioni, le affermazioni, le asserzioni, le dichiarazioni – ma anche stati mentali come le credenze, i giudizi, le opinioni, i convincimenti – «siano suscettibili di essere veri o falsi soltanto in un senso secondario e derivato»: così G. Volpe, *Teorie della verità*, Guerini Scientifica, 2005, p. 68, che definisce tale idea come «la soluzione più classica» del problema di *che cosa può essere descritto* in termini di verità e falsità (per analoghe conclusioni F. D'Agostini, *Introduzione alla verità*, Bollati Boringhieri, 2011, p. 42 s.). Di certo – come rileva esattamente G. Ubertis, *Conoscenza fattuale e razionalità della decisione giudiziale*, in *Argomenti di procedura penale*, Giuffrè, 2002, p. 82 – non sono i fatti a poter essere predicati come veri o falsi, ma solo le proposizioni che li descrivono. Incorre nell'equivoco l'art. 395 comma 4 c.p.c., che allude a «*fatti la cui verità è incontrastabilmente esclusa*» o «positivamente stabilita».

<sup>14</sup> Il giudice penale si pronuncia su una proposizione (e non su un fatto) anche quando condanna Smith perché è un ladro, non solo quando condanna Jones per averlo detto: il riferimento è all'esempio di J. L. Austin riportato in F. D'Agostini, *Introduzione alla verità*, cit., p. 79 s.

<sup>15</sup> Cfr. A. Tarski, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in AA.VV., *Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di L. Linsky, Il Saggiatore, 1969, p. 31, per il quale, come è noto, "X è vero se e solo se p", dove "p" è «un enunciato qualunque» e "X" è «il nome di questo enunciato». In questo senso è certamente corretto affermare che la concezione semantica della verità di Tarski «risulta essere la teoria della verità più adeguata anche in ambito giudiziario»: così G. Ubertis, *Conoscenza fattuale*, cit., p. 82 (ma v. già Id., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, 1979, p. 91 s., nota 30).

<sup>16</sup> L'argomento «*ad ignorantiam*» è appunto la fallacia argomentativa che consiste nel «*conclude[re] che una proposizione è vera sulla base del fatto che non ci sono prove che sia falsa*»: così A. Iacona, *L'argomentazione*, Einaudi, 2005, p. 111.

tire<sup>17</sup>. La conclusione che se ne trae è la stessa cui giungevano cent'anni fa Luigi Lucchini e Pasquale Tuozi: nel processo penale, «*l'assunto da dimostrarsi vero è quello soltanto che concerne la colpeabilità*»<sup>18</sup>; la sola verità da scoprire e reprimere è la «triste verità» della colpevolezza<sup>19</sup>.

Si può dunque liberare il campo da un primo equivoco. Non v'è dubbio che il processo penale soffra limiti cognitivi che spesso impediscono al giudice di pervenire a un'affermazione veritiera di responsabilità. La sua stessa struttura è intrinsecamente antiepistemica: ci sono tempi da rispettare, preclusioni, decadenze<sup>20</sup>. Molte regole di esclusione probatoria sono intese a salvaguardare valori che non sono affatto «connessi con la ricerca della verità»<sup>21</sup> (basti pensare al divieto di utilizzare l'intercettazione telefonica non autorizzata o compiuta fuori termine, o alla facoltà, concessa ad alcuni testimoni, di opporre il segreto<sup>22</sup>): e lo stesso criterio della colpevolezza *beyond any reasonable*

---

<sup>17</sup> Cfr. G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2011, p. 599.

<sup>18</sup> L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Barbèra Editore, 1920, p. 14: «si domanda: la constatazione del vero dee trovar la sua espressione tanto nell'accertamento della colpeabilità, per potersi condannare, quanto in quello dell'innocenza, per potersi prosciogliere? Qui deesi semplicemente ritornare con la mente alla ragion d'essere del procedimento, [che è] fondamentalmente istituito per ricercare e punire i delinquenti, non per discernere e accertare gli onesti. [...] L'assunto da dimostrarsi vero è quello soltanto che concerne la colpeabilità. [...] Positivamente dee dimostrarsi la reità del giudicabile; basterà che tale dimostrazione non sia raggiunta, per doversi accogliere la tesi negativa contraria». Dunque, «quando si dice “scoperta della verità” nel processo penale si ha da intendere: dimostrazione della colpeabilità dell'imputato rispetto a quel dato reato che gli si attribuisce».

<sup>19</sup> P. Tuozi, *Principii del procedimento penale italiano*, Stabilimento Ripografico M. D'Auria, 1909, p. 4.

<sup>20</sup> In ambito processualciviltistico, il concetto è sottolineato con forza da B. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 22, che parla del processo come di una macchina cognitiva «inevitabilmente rigida, formalistica, ludica [...], inidonea a produrre gli stessi esiti di ‘verità’ che è legittimo aspettarsi da un laboratorio scientifico dotato di finanziamenti di entità e durata illimitate».

<sup>21</sup> Cfr. M. Damaška, *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, 2003, p. 24 s., che definisce “estrinseche” tali regole.

<sup>22</sup> Altre regole di esclusione probatoria sono invece senz'altro “intrinseche”, ossia funzionali alla ricerca del vero. Lo è, ad esempio, il divieto di utilizzare le prove acquisite in difetto di contraddittorio: cfr. per tutti P. Ferrua,

*doubt* impone uno sforzo giustificativo maggiore di quello normalmente richiesto per dichiarare vero un enunciato<sup>23</sup>. Tutto questo impedisce certamente al giudice penale di ‘dire la verità’ in molti casi nei quali lo storico o il giornalista potrebbero agevolmente permetterselo. Ma ciò non significa affatto che, quando il giudice perviene all’affermazione di responsabilità dell’imputato, la ‘sua’ verità sia una verità minore, formale, convenzionale, priva di valore logico-conoscitivo, non all’altezza di quella dello storico, del giornalista o dello scienziato<sup>24</sup>. Per sostenere questa tesi bisognerebbe in primo luogo dimostrare che l’incompletezza dell’accertamento non genera dubbi ragionevoli: ma esistono buoni motivi per ritenere che non sia così<sup>25</sup>. E bisognerebbe dimostrare che le regole estrinseche di esclusione probatoria valgono anche a danno dell’imputato, ossia che il giudice sarebbe obbligato a condannare anche in presenza di un’inconfutabile prova d’alibi, allorché, ad esempio, tale prova fosse stata ottenuta per mezzo di un’intercettazione non autorizzata o intempestiva. Ma neppure questa è un’impresa agevole: «l’accertamento dell’innocenza», sostiene Franco Cordero, «è una posta troppo importante per essere sacrificata agli idoli della procedura»<sup>26</sup>; e mentre

---

*Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, 1992, p. 47 s.; Id., *Anamorfosi del processo accusatorio*, *ivi*, p. 184 s. Per un’opinione radicalmente difforme v. tuttavia M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 107 s., per cui «se vi è una cosa che al processo *adversary* non interessa in alcun modo, questa è proprio la verità», ed «è lecito dubitare che lo scontro delle parti, e il conflitto tra le rispettive versioni dei fatti, sia davvero un modo efficiente – o addirittura il più efficiente – per la scoperta della verità».

<sup>23</sup> Sul punto A. Dershowitz, *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O. J. Simpson*, Giuffrè, 2007, p. 28 s.

<sup>24</sup> Per analoghi rilievi, nel contestare l’utilità e la fondatezza della distinzione tra verità “processuale” e verità “reale”, M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 84.

<sup>25</sup> In argomento rinviamo a F. Caprioli, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 59 s., 85 s.

<sup>26</sup> F. Cordero, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963, p. 171: il divieto di valutare la prova irrualmente acquisita troverebbe «una deroga nel caso in cui dalla risultanza che dovrebbe essere ammessa emergano illazioni favorevoli alla difesa»; più esattamente, il divieto probatorio si trasformerebbe in «una regola legale decisoria, che vieta al giudice d’assumere certe acquisizioni a premessa di una condanna». Nello stesso senso G. Lozzi, *Lezioni*, cit., p. 197, nonché, da ultimo, D. Vicoli, *La “ragionevole durata” delle indagini*, Giappichelli, 2012, p. 178 s.

per assolvere, scriveva Francesco Carrara, è sufficiente la verità formale *oppure* quella sostanziale, «per la condanna è necessaria la verità formale e quella sostanziale al tempo stesso»<sup>27</sup>.

3. Ma veniamo al secondo assunto: la verità del processo sarebbe una verità minore perché all'accertamento del fatto di reato – come dimostra lo stesso canone decisorio del dubbio 'ragionevole' – non si può che pervenire in termini probabilistici.

Nel tentativo di valutarne la fondatezza, conviene prendere le mosse da un interrogativo *tranchant*. E' davvero indispensabile occuparsi della 'verità' delle decisioni del giudice? C'è qualche valida ragione per estendere i confini dell'indagine oltre la congruenza del discorso giustificativo che sorregge tali decisioni? In fondo, che si possa in qualche modo 'fare a meno' del concetto di verità è un'idea tutt'altro che peregrina nell'attuale dibattito filosofico: e chi la difende si serve di argomenti che potrebbero facilmente sedurre anche lo studioso del processo penale.

---

<sup>27</sup> Questa l'opinione di Carrara, che rifletteva sul divieto imposto al giudice di decidere *in facto* avvalendosi della propria scienza privata: «il giudice [...] non può condannare colui che non è in processo provato colpevole, quantunque esso giudice sia certo, come privato, della di costui colpevolezza, [...] ma può assolvere per la sua certezza privata anche a dispetto di tutte le prove processuali che a lui constino erronee»; e «questa conclusione io la formulerei così: si deve assolvere secondo la verità sostanziale, ma per condannare è necessaria la verità sostanziale e formale al tempo stesso» (F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale, con una selezione dagli Opuscoli di diritto criminale*, Il Mulino, 2004, p. 172). Affermando che «si deve assolvere secondo la verità sostanziale», Carrara allude alla sola ipotesi in cui il giudice abbia la scienza privata dell'innocenza dell'imputato nonostante le prove acquisite in giudizio dimostrino la colpevolezza: ma nel caso inverso, sarebbe la verità formale a prevalere. In altre parole, per assolvere è sufficiente la verità sostanziale dell'innocenza in contrasto con quella formale (le prove acquisite nel processo dimostrano la colpevolezza ma il giudice sa che l'imputato è innocente) *oppure* la verità formale dell'innocenza in contrasto con quella sostanziale (il giudice sa che l'imputato è colpevole ma le prove acquisite nel processo dimostrano l'innocenza): per condannare, verità formale e verità sostanziale della colpevolezza devono coincidere (le prove acquisite nel processo devono dimostrare la colpevolezza e il giudice non deve sapere che l'imputato è innocente).

Ciò vale in primo luogo per le teorie logico-semantiche che tentano di ‘sgonfiare’ la questione della verità<sup>28</sup> dimostrando che il termine ‘vero’ non svolge mai funzioni genuinamente predicative, ossia che, in definitiva, la verità non è una proprietà di alcunché<sup>29</sup>. Il riferimento è all’opinione secondo cui l’affermazione ‘è vero che Cesare fu assassinato’ sarebbe semanticamente equivalente all’affermazione ‘Cesare fu assassinato’ (c.d. teoria della ridondanza)<sup>30</sup>: opinione cui vengono spesso accostati sia l’orientamento (c.d. decitazionista) che riconduce il predicato di verità a un semplice dispositivo di devirgolettatura<sup>31</sup>, sia, talora, la stessa teoria dei bicondizionali di Tarski<sup>32</sup>. Come si è accennato, il processualista è chiamato ad affrontare il problema della verità da un angolo visuale che lo rende particolarmente vulnerabile a suggestioni di questo tipo. La struttura della decisione penale di condanna è infatti quella tipica del meccanismo di ascesa e discesa semantica: chiamato a pronunciarsi sull’imputazione – ossia ad occuparsi, anziché della realtà, di un enunciato che tenta di descriverla<sup>33</sup> –, il giudice che dichiara re-

---

<sup>28</sup> *To deflate*: di qui l’etichetta di teorie deflazionistiche. Cfr. F. D’Agostini, *Introduzione alla verità*, cit., p. 76 s.

<sup>29</sup> Sul punto G. Volpe, *Teorie della verità*, cit., p. 256 s.

<sup>30</sup> L’espressione “è vero” verrebbe dunque usata soltanto «per enfasi o per ragioni stilistiche, o per indicare la posizione che l’affermazione occupa nella nostra argomentazione»: F.P. Ramsey, *Fatti e proposizioni*, in *I fondamenti della matematica e altri scritti di logica*, Feltrinelli, 1964, p. 159 s.

<sup>31</sup> L’operazione sarebbe funzionale alla ‘discesa semantica’ dal linguaggio in cui parliamo degli enunciati al linguaggio in cui parliamo del mondo: sul punto G. Volpe, *Teorie della verità*, cit., p. 263 s.

<sup>32</sup> Sui rapporti tra la teoria di Tarski e le teorie ridondandistiche e decitazionistiche il dibattito, in realtà, è aperto. Lo stesso W.V.O. Quine, *Parola ed oggetto*, Il Saggiatore, 1996, p. 36, rinvia in nota a Tarski per lo «sviluppo classico» del tema secondo cui «dire che l’enunciato “Bruto ha ucciso Cesare” è vero [...] equivale, di fatto, semplicemente a dire che Bruto ha ucciso Cesare». Per una critica alla diffusa opinione che «il lavoro di Tarski sulla verità non sia altro che [...] un rafforzamento dell’intuizione di Ramsey, [ossia] un miglioramento tecnico di una teoria fondamentalmente ridondandista», cfr. tuttavia D. Davidson, *Sulla verità*, Laterza, 2006, p. 13 s.; in prospettiva analoga M. Dummett, *Verità e passato*, Raffaello Cortina Editore, 2006, p.125, che respinge vigorosamente le critiche di “disinvolto decitazionismo” rivolte a Tarski da R. Rorty, *La verità è una meta della ricerca? Donald Davidson contro Crispin Wright*, in *Verità e progresso. Scritti filosofici*, Feltrinelli, 2003, p. 22.

<sup>33</sup> W.V.O. Quine, *Logica e grammatica*, cit., p. 21.

sponsabile l'imputato sale al livello semantico in cui si parla dell'enunciato contenuto nell'atto d'accusa per poi immediatamente ridiscendere al linguaggio in cui si parla del reale<sup>34</sup>. L'idea che il predicato 'vero' costituisca un semplice dispositivo di devirgolettatura ('l'imputato è colpevole' è vero perché l'imputato è colpevole) sembra dunque particolarmente congeniale a una definizione processuale della verità, così come – lo si è già detto – l'idea che tale predicato faccia da tramite tra due linguaggi (il linguaggio dell'imputazione e quello della decisione) anziché tra il linguaggio e il mondo. Interrogarsi sulla verità delle affermazioni di responsabilità penale significa, inoltre, concentrare l'analisi su enunciati che contengono attribuzioni di verità a proposizioni date esplicitamente ('è vero che Tizio ha commesso il reato X') e non soltanto evocate per implicito (come avviene in enunciati del tipo 'tutto quello che hai sostenuto è vero', nei quali, come si usa dire, l'attribuzione di verità non è rivelatrice)<sup>35</sup>. Ciò consente allo studioso della verità dei giudizi di condanna di evitare il principale ostacolo che si frappone all'accoglimento delle teorie deflazionistiche, rappresentato dalla difficoltà di sopprimere impunemente il termine 'vero' dagli enunciati in cui, appunto, «non ci sono virgolette da rimuovere»<sup>36</sup> perché l'attribuzione di verità è cieca<sup>37</sup>.

Fin qui le teorie semantiche. Ma il ripudio del concetto di verità viene talora argomentato su basi esclusivamente pragmatiche: la distinzione tra verità e giustificazione – ha scritto, ad esempio, Richard Rorty – «è una differenza che non fa nessuna differenza quando si tratta di decidere che cosa fare. Se ho dei dubbi concreti e specifici sulla verità di una delle mie credenze li posso risolvere solo chiedendomi se tale credenza ha una giustificazione adeguata, trovando e valutando nuovi pro e contro. Non posso mettere da parte la giustificazione e limitare la mia attenzione alla sola verità: quando il problema è cosa devo credere

---

<sup>34</sup> Dicendo che è vero quanto affermato dal pubblico ministero, ossia dicendo «'Tizio ha commesso il reato X' è vero», il giudice afferma che Tizio ha commesso il reato X: toglie le virgolette, l'attenzione ritorna dall'enunciato al mondo.

<sup>35</sup> Il termine, mutuato da G. Volpe, *Teorie della verità*, cit., p. 261, si deve a W. Künne, *Conception of Truth*, Clarendon Press, Oxford, 2003, p. 52.

<sup>36</sup> D. Davidson, *Sulla verità*, cit., p. 15.

<sup>37</sup> In argomento cfr. F. D'Agostini, *Introduzione alla verità*, cit., p. 77 s., e, per una dettagliata analisi, G. Volpe, *Teorie della verità*, cit., p. 255 s.

adesso, valutare se una credenza è vera e valutare se è giustificata sono la stessa cosa»<sup>38</sup>. Anche questa è un'idea che potrebbe facilmente attecchire sul terreno del processo penale e delle sue dinamiche cognitive. Non v'è dubbio che l'efficienza di un sistema processuale si misuri sul grado di giustificazione razionale delle decisioni adottate assai più che sul loro livello di (pretesa) corrispondenza al vero. Anche nei riti ordalici la "giustizia" del verdetto era connessa a una ritenuta verità delle accuse rivolte all'imputato<sup>39</sup>; e l'ossessione della verità è notoriamente un tratto caratteristico di modelli processuali penali – quelli di matrice inquisitoria – che si sono rivelati deludenti sul piano cognitivo e funzionale prima ancora che ideologicamente poco raccomandabili.

Fortemente suggestiva per il processualista potrebbe infine rivelarsi l'opinione di chi – pur essendo convinto che della nozione di verità non si possa fare a meno<sup>40</sup> – ritiene che per definire vero un enunciato non ci si dovrebbe interrogare sulla sua corrispondenza alla realtà, ma sulla possibilità di trovarne una giustificazione<sup>41</sup>: o di chi ritiene, in analogia prospettiva, che potrebbero dirsi vere soltanto le proposizioni che risulterebbero giustificate (e sarebbe, pertanto, razionale accettare) in condizioni epistemiche ideali<sup>42</sup>. Anche simili proposte ricostruttive – riconducibili al

---

<sup>38</sup> R. Rorty, *La verità è una meta della ricerca?*, cit., p. 21 (corsivi aggiunti).

<sup>39</sup> Cfr. M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 80.

<sup>40</sup> Secondo M. Dummett, *Verità e passato*, cit., p. 29, 38, 45, «i concetti di verità e significato sono inestricabilmente connessi [e] devono essere spiegati insieme, [senza che nessuno possa essere] considerato prioritario rispetto all'altro». In questa prospettiva il concetto di verità resterebbe indispensabile, perché in sua assenza non si saprebbe come definire ciò «a cui si impegna» l'autore di un'asserzione e ciò «di cui è garantita la trasmissione dalle premesse alla conclusione di un argomento deduttivamente valido».

<sup>41</sup> Così M. Dummett, *Verità e passato*, cit., *passim*, spec. p. 29, 38, 41, 130, 131: dobbiamo «considerare vero un asserto se è o era possibile trovarvi una giustificazione. [...] Quello che non possiamo fare è considerare la verità come una proprietà che ogni asserto determinatamente possiede o di cui è determinatamente privo, indipendentemente dagli strumenti che potremmo mai avere in nostro possesso per decidere» in un senso o nell'altro. Come avverte F. D'Agostini, *Introduzione alla verità*, cit., p. 90, l'epistemicismo di Dummett «è anzitutto una teoria del significato, o meglio della comprensione del significato»: «capisco p quando so come stabilire che l'enunciato p è vero».

<sup>42</sup> Così H. Putnam, *Ragione, verità e storia*, Il Saggiatore, 1981, p. 63, che ha in seguito notoriamente mutato opinione (cfr. Id., *Realismo e senso comune*, in

*genus* delle teorie epistemiche della verità – potrebbero felicemente adattarsi alla verità del processo. Riferendosi a eventi del passato, insuscettibili di osservazione diretta, le proposizioni della cui verità si discute in ambito processuale sono necessariamente inferite da altre proposizioni<sup>43</sup>: poiché il loro essere vere non risulta dal confronto con esperienze ‘pure’, immuni da contaminazioni concettuali, la prospettiva sembrerebbe favorevole all’abbandono di pretese corrispondentiste<sup>44</sup>. Le concezioni epistemiche si direbbero inoltre connaturali a un sistema cognitivo che del metodo di accertamento della verità «fornisce [un] dettagliato paradigma, vincolando gli operatori al suo rispetto, quali che siano i riflessi sulla ricostruzione dei fatti»<sup>45</sup>; altrimenti detto, «proprio nel processo, più che altrove, si sarebbero tentati di risolvere la verità nel metodo»<sup>46</sup>.

Un oculato governo delle proprie risorse intellettuali sembrerebbe dunque suggerire allo studioso del processo penale di accantonare la nozione di verità per dedicarsi in via prioritaria, se non esclusiva, all’analisi del concetto di giustificazione: ossia per chiedersi, più modestamente, a quali condizioni una sentenza di condanna può dirsi derivata in modo convincente da premesse plausibili<sup>47</sup>. E’ su questo terreno,

---

Aa.Vv., *Bentornata realtà*, cit., p. 8 s.). Analoga la posizione di chi giudica vere le proposizioni che verrebbero credute da tutti i membri della comunità scientifica qualora l’indagine su di esse non fosse suscettibile di ulteriori approfondimenti: è la teoria del ‘limite ideale’ esposta da C.S. Peirce, *Definitions of Truth*, in *Collected Papers*, a cura di C. Hartshorne, P. Weiss e A. Burks, Belknap Press, Cambridge, vol. V, p. 394. Giudica «vuota e inafferrabile» la verità concepita in questi termini P. Ferrua, *Contraddittorio e verità*, cit., p. 68 s.

<sup>43</sup> Cfr. M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, 1992, p. 234 s.; G. Ubertis, *Conoscenza fattuale*, cit., p. 83.

<sup>44</sup> Come rileva G. Volpe, *Teorie della verità*, cit., p. 126, 142, è stata proprio la constatazione che «una proposizione può essere inferita soltanto da altre proposizioni» (ossia il rilievo che «entità prive di componenti concettuali quali sarebbero, se esistessero, le esperienze ‘pure’ potrebbero esercitare un’azione causale sulle nostre credenze, ma non potrebbero in alcun modo giustificare il contenuto») a «indu[rre] alcuni filosofi a preferire alla teoria della corrispondenza la teoria coerentista o la teoria pragmatica della verità».

<sup>45</sup> P. Ferrua, *Contraddittorio e verità*, cit., p. 66.

<sup>46</sup> Così ancora P. Ferrua, *Contraddittorio e verità*, cit., p. 66.

<sup>47</sup> E’ in questo senso che si parlerà nel testo di asserzioni ‘giustificate’: non, dunque, riferendosi alle asserzioni giustificate in quanto (comunque) argomentate, o riferendosi alle asserzioni giustificate in quanto vere. Su queste tre diverse accezioni del termine cfr. D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 11 s.

del resto, che la riflessione filosofica sembra attualmente consegnare al processualista i più delicati interrogativi. Il riferimento è al problema del c.d. ‘relativismo epistemico’, cioè all’idea che *nessun* sistema epistemico sarebbe in grado di spiegare *se non dal proprio interno* quando una certa credenza o una certa asserzione può dirsi giustificata<sup>48</sup>: ma anche alle difficoltà che il *nostro* sistema epistemico – fondato sui principi dell’osservazione, della deduzione, dell’induzione, dell’inferenza alla spiegazione migliore<sup>49</sup> – continua a incontrare nel giustificare se stesso, ossia al fatto che secondo i filosofi della scienza noi ancora «non dispo[rremmo] di una definizione del tutto soddisfacente del ‘concetto qualitativo’ di conferma, vale a dire di una soddisfacente caratterizzazione dei casi nei quali una data evidenza *e* conferma (costituisce una ‘buona evidenza’ per) un’ipotesi *h*»<sup>50</sup>. E’ qui che rischiano di scricchiolare le fondamenta del sistema cognitivo penale, a partire dall’idea stessa – implicita nell’art. 606 lett. e c.p.p. – che sia possibile vagliare la ‘logicità’ e la ‘non contraddittorietà’ dell’apparato giustificativo delle sentenze.

Perché, dunque, interessarsi alla verità dei verdetti giudiziari? Perché la più attenta dottrina processualistica continua a farlo, difendendo strenuamente l’idea della verità processuale come corrispondenza ai fatti<sup>51</sup>?

<sup>48</sup> E’ il concetto che Thomas Nagel illustra esemplarmente dicendo che se ci fosse qualcuno che decide questioni fattuali o pratiche consultando le foglie di tè, e noi gli chiedessimo di dimostrare la razionalità del suo metodo, lui risponderebbe consultando ulteriormente le foglie di tè: il che è quanto faremmo, in fondo, anche noi (T. Nagel, *L’ultima parola: contro il relativismo*, Feltrinelli, 1999, p. 29). Sul punto, per una convinta difesa dell’oggettivismo circa la giustificazione, P.A. Boghossian, *Paura di conoscere*, cit., p. 39 s., 77 s., nonché D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 50 s.

<sup>49</sup> P.A. Boghossian, *Paura di conoscere*, cit., p. 84 s.

<sup>50</sup> R. Festa, *Induzione, probabilità e verisimilitudine*, in G. Giorello, *Introduzione alla filosofia della scienza*, Bompiani, 1999, p. 296.

<sup>51</sup> Nel senso che le proposizioni espresse dalle decisioni giudiziali potrebbero definirsi ‘vere’ solo quando esistano i fatti ai quali esse corrispondono cfr. ad esempio P. Comanducci, *La motivazione in fatto*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, 1992, p. 238 s.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 18 s.; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 145; Id., *Fatto, prova e verità*, p. 316 s. Occorre notare che tutti questi autori si richiamano alla teoria semantica della verità di Tarski, muovendo concordemente dalla premessa – tutt’altro che scontata (cfr. D. Marconi, *Realismo minimale*, in

4. In termini consapevolmente paradossali<sup>52</sup>, qualcuno ritiene che al ripudio di ogni tentazione deflazionistica o giustificazionistica si dovrebbe pervenire, in ambito processuale penale, per ragioni di carattere pragmatico. In primo luogo, perché confondere la verità di un giudizio penale con la sua giustificazione (e, segnatamente, con la sua coerenza<sup>53</sup> e la sua accettabilità giustificata) rischierebbe di aprire la strada a decisioni penali fondate su «criteri di moralità, o di convenienza o di efficienza», mentre «nel diritto penale, la sola giustificazione accettabile delle decisioni è quella rappresentata dalla verità dei loro presupposti giuridici e fattuali, intesa ‘verità’ proprio nel senso di ‘corrispondenza’ il più possibile approssimativa della motivazione alle norme applicate e ai fatti giudicati»<sup>54</sup>. In secondo luogo, perché difendendo l’idea che un enunciato può essere falso «pur ottemperando a tutti i requisiti stabiliti per la sua asseribilità»<sup>55</sup> si tutelerebbe il diritto del condannato di proclamarsi innocente anche quando la tesi della sua innocenza sia stata «respinta in tutti i gradi di giudizio e [sia] in contrasto con tutte le prove disponibili»<sup>56</sup>. Su entrambi i versanti, non si tratterebbe, beninteso, di coltivare illusioni sulla possibilità offerta al giudice di attingere a qualche forma di verità ‘oggettiva’ o ‘assoluta’: la verità processuale, basata sull’induzione, non potrebbe che rimanere una verità probabile, approssimativa, allo stato delle conoscenze<sup>57</sup>. Il richiamo alla verità come cor-

---

Aa.Vv., *Bentornata realtà*, cit., p. 120) – che essa postuli una corrispondenza tra il linguaggio e il reale. Nega, condivisibilmente, tale premessa, giudicando tuttavia «inevitabili sul terreno del processo penale [...] le implicazioni ontologiche di aggancio tra linguaggio e mondo», e «in qualche modo implicite [...] le esigenze corrispondentiste [...] negli enunciati fattuali formulati nel processo», P. Ferrua, *Contraddittorio e verità*, cit., p. 71 s.

<sup>52</sup> Ammette il paradosso P. Ferrua, *Contraddittorio e verità*, cit., p. 74.

<sup>53</sup> Sulle teorie coerentiste della verità cfr. F. D’Agostini, *Introduzione alla verità*, cit., p. 55 s.

<sup>54</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 42 s.

<sup>55</sup> P. Ferrua, *Contraddittorio e verità*, cit., p. 67.

<sup>56</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 41.

<sup>57</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 23, 26 s., 41: «quando si afferma la ‘verità’ di una o più proposizioni, la sola cosa che si dice è che queste sono (plausibilmente) vere *per quanto ne sappiamo*, ossia rispetto all’insieme delle conoscenze confermate che possediamo»; «come in tutte le inferenze induttive, anche nell’inferenza storiografica e giudiziaria la conclusione ha solo il valore di un’ipotesi probabilistica in ordine alla connessione causale tra il fatto as-

rispondenza sarebbe tuttavia indispensabile per «fissare un'idea guida, un principio regolativo» in grado di soddisfare le due riferite esigenze (scongiurare ogni possibile «asservimento [dei criteri decisionali adottati dal giudice] a finalità inaccettabili per la giurisdizione, come la ricerca della soluzione 'utile'»<sup>58</sup>, e ripudiare ogni dogmatismo epistemologico).

Sono rilievi solo in parte condivisibili: e non solo per quanto si dirà nel prossimo paragrafo sui rapporti tra verità e certezza e sull'esigenza di non 'drammatizzare' la questione della verità<sup>59</sup>. Due le possibili obiezioni. In primo luogo, per contestare la verità di un assunto razionalmente giustificato non sembra indispensabile fare professione di corrispondentismo. Il concetto di verità può essere usato in questa accezione 'cautelativa' senza alcuna implicazione realista<sup>60</sup>: e anche l'opinione di chi fa coincidere verità e giustificazione solo al realizzarsi di condizioni epistemiche ideali<sup>61</sup> si direbbe immune da ogni dogmatismo epistemolo-

---

sunto come provato e l'insieme dei fatti adottati come probatori». Dunque la verità sarebbe «caratterizzabile, sul piano semantico, come *corrispondenza solo per quanto ne sappiamo* e solo *in misura approssimativa*». Per considerazioni analoghe v. P. Comanducci, *La motivazione in fatto*, cit., p. 238 s. (in campi come la storia e il diritto, «questo senso di 'vero', cui si richiama la teoria semantica della verità come corrispondenza, può solo servire come limite ideale e come pietra di paragone [...] Qui 'vero' può voler dire soltanto 'più probabile allo stato delle conoscenze attuali'»), e P. Ferrua, *Contraddittorio e verità*, cit., p. 53 s., 74 nota 80 (essendo la decisione del giudice basata su ragionamenti di tipo induttivo, «le prove non possono mai [...] garantire esiti di assoluta certezza, di verità oggettiva»; l'induzione «non esprime mai una verità necessaria, ma soltanto un certo grado di probabilità»; dunque «la 'corrispondenza' può essere predicata solo in termini di probabilità»).

<sup>58</sup> P. Ferrua, *Contraddittorio e verità*, cit., p. 67, 69. Sul valore regolativo della verità come corrispondenza ai fatti v. anche M. Taruffo, *Fatto, prova e verità*, cit., p. 317.

<sup>59</sup> L'espressione è di D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 34 s.

<sup>60</sup> Secondo Richard Rorty, quando diciamo 'è giustificato, ma forse non è vero', non stiamo «contrapponendo le ragioni di credere o di giustificare un enunciato alla maniera in cui le cose sono 'in realtà'», non introduciamo «una distinzione tra qualcosa di umano e qualcosa di non umano, ma tra situazioni diverse nelle quali possono trovarsi gli esseri umani: la situazione presente, nella quale la credenza pare giustificata, e una situazione ipotetica, in futuro, in cui si considererà che questo non sembri più essere il caso» (così, da ultimo, P. Engel – R. Rorty, *A cosa serve la verità*, Il Mulino, 2007, p. 60). Sul punto v. D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 17.

<sup>61</sup> V. *supra*, § 3 e nota 41.

gico se trasferita in ambito processuale (non potendo mai definirsi ideali le condizioni epistemiche che si realizzano in tale ambito). In secondo luogo, non v'è dubbio che debba essere bandita dal processo penale qualunque decisione fondata su criteri volontaristici o di convenienza anziché sull'accertamento del vero: e non v'è dubbio che il legislatore del 1988 abbia commesso un errore, da questo punto di vista, nel ripudiare normativamente il concetto di verità<sup>62</sup> (così come, in generale, è un grave equivoco contrapporre i processi di stampo accusatorio ai processi di stampo inquisitorio sul presupposto che gli uni punterebbero al rispetto delle garanzie individuali anche a scapito della verità, gli altri all'accertamento della verità anche a scapito delle garanzie individuali<sup>63</sup>). Rimane tuttavia da dimostrare che la verità intesa come corrispondenza ai fatti sia la teoria più idonea ad accreditare simili posizioni<sup>64</sup>. Si potrebbe in-

---

<sup>62</sup> V. *supra*, § 1. Severissimo, al riguardo, il giudizio critico di M. Nobili, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Il Mulino, 2009, p. 212: «la repulsione per l'art. 299 c.p.p. del 1930 (la ricerca della verità) cadeva su tutt'altro problema (il dibattito, ora confuso e frainteso, sulla funzione della sola fase istruttoria). Eppure [qualcuno] desunse da lì che – con il nuovo processo – non saremmo più passati attraverso l'accertamento di verità! [...] Sono palesi le implicazioni. Cacciando via quel parametro, ci si sposta [...] nei mondi della volontà, a loro volta contigui o coincidenti con quelli del potere. Ma fa tremare: Tizio commise il fatto criminoso, perché così è “preferibile”; perché così si vuole. [...] Tremende sono le conseguenze di una concezione volontaristica del procedere e del punire». Dunque «la “verità” [...] resta lo strumento immancabile per gli scopi del giudizio penale» (*ivi*, p. 208).

<sup>63</sup> Sul punto, limpidamente, P. Ferrua, *Contraddittorio e verità*, cit., p. 47 s.; Id., *Anamorfoosi del processo accusatorio*, *ivi*, p. 184 s., nonché M. Nobili, *L'immoralità necessaria*, cit., p. 216 («idea con ben poco o nessun fondamento»).

<sup>64</sup> Secondo P. Ferrua, *Contraddittorio e verità*, cit., p. 74 s., non potrebbe che abbracciare l'ideale corrispondentista chiunque intenda salvaguardare i fondamenti stessi della responsabilità penale: come si potrebbe infatti giustificare la pretesa punitiva, se si ritenesse «che l'enunciato di colpevolezza, sulla cui base è inflitto il carcere, non ha con la realtà, con ciò che 'è stato', alcun rapporto di adeguatezza o di corrispondenza»? Ma pur gravide di implicazioni antirealistiche (cfr. G. Volpe, *Teorie della verità*, cit., p. 185 s., e F. D'Agostini, *Introduzione alla verità*, cit., p. 89 s.), le teorie epistemiche della verità hanno se non altro il merito di sottrarsi ai paradossi scettici che derivano dall'attribuzione di un valore di verità a proposizioni come 'il mondo e tutto ciò che contiene, memorie e fossili inclusi, è venuto all'esistenza cinque minuti fa'. L'eventualità che esistano verità siffatte – anch'esse apertamente contrastanti con la logica del sistema punitivo – è infatti addirittura inintelligibile per chi identifica verità e

fatti sostenere il contrario: a favorire l'ingresso di elementi pragmatici e utilitaristici nella formazione dei convincimenti giudiziali (come, in genere, delle credenze del ricercatore) rischia di essere proprio l'idea dell'irriducibilità epistemologica della verità che informa i paradigmi realisti e corrispondentisti<sup>65</sup>, ossia l'idea che esista un'incolmabile lacuna tra ciò che è vero e ciò che saremmo in grado di riconoscere come tale anche in condizioni epistemiche ideali. Non è un caso che la tesi quinaiana della necessaria 'sottodeterminazione' di qualsiasi credenza rispetto alle prove disponibili venga talora giudicata responsabile di portare acqua al mulino del c.d. 'costruttivismo circa la spiegazione razionale'<sup>66</sup>, ossia di accreditare l'opinione che non sarebbe «mai possibile spiegare perché crediamo quello che crediamo solamente sulla base del fatto che abbiamo evidenze a favore», in quanto «anche i nostri bisogni e interessi contingenti [andrebbero necessariamente] presi in considerazione»<sup>67</sup>. Nel tentativo di respingere questa accusa, i difensori del corrispondentismo sottolineano la natura puramente *logica* della tesi di Quine: sostenere che «l'evidenza è formalmente compatibile con più di una teoria» – si fa rilevare – «non equivale a dire che è *razionalmente* compatibile con più di una teoria»<sup>68</sup>. Ma così l'attenzione torna inesorabilmente a spostarsi dalla verità delle proposizioni alla loro giustificazione. Con rilievi analoghi si replica all'obiezione secondo cui la teoria della verità come corrispondenza, per i suoi esiti radicalmente scettici, non potrebbe costituire un'adeguata guida per la ricerca<sup>69</sup>: l'obiezione sarebbe valida, si osserva, solo se la falsità della proposizione accreditata dalla migliore

---

giustificazione: l'esistenza di mondi scettici come quello descritto viene ritenuta «metafisicamente impossibile», benché «logicamente possibile», proprio perché, se esistessero, «le proposizioni che descrivono [simili mondi] non potrebbero essere riconosciute come vere» (cfr. G. Volpe, *ivi*, p. 189).

<sup>65</sup> Definisce 'realismo minimale' tale posizione, citando Michael Williams, D. Marconi, *Realismo minimale*, cit., p. 117, nota 2.

<sup>66</sup> Insieme con la teoria delle ipotesi ausiliarie di Pierre Duhem, cui viene spesso accostata: cfr. P.A. Boghossian, *Paura di conoscere*, cit., p. 147 s.

<sup>67</sup> P.A. Boghossian, *Paura di conoscere*, cit., p. 133.

<sup>68</sup> P.A. Boghossian, *Paura di conoscere*, cit., p. 149. V. anche G. Volpe, *Teorie della verità*, cit., p. 131 s., e D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 32 s.

<sup>69</sup> Le teorie epistemiche del 'limite ideale' e della 'idealizzazione dell'accettabilità razionale' sarebbero invece perfettamente attrezzate allo scopo: cfr., per i necessari riferimenti, G. Volpe, *Teorie della verità*, cit., p. 162, 177 s.

evidenza possibile fosse un'ipotesi che i corrispondentisti ritengono non soltanto logicamente sostenibile, ma anche *fornita del medesimo grado di probabilità* dell'ipotesi contraria<sup>70</sup>. Di nuovo torna in primo piano il concetto di accettabilità razionale delle credenze e si rende necessario tentare di delimitarne i confini. L'impressione, in definitiva, è che siano queste (la giustificatezza, la razionalità) le categorie concettuali su cui si deve lavorare per scongiurare le decisioni 'utili', le condanne 'preferibili', le derive volontaristiche. E il lavoro non manca, perché si tratta innanzitutto di respingere le due offensive cui si è fatto cenno in precedenza<sup>71</sup>: l'una condotta in nome del relativismo epistemico (si intenda o meno anche la verità nella sua accezione epistemica)<sup>72</sup>, l'altra rivolta ai fondamenti del nostro sistema conoscitivo.

Ritorna dunque l'interrogativo di partenza: perché occuparci della verità delle decisioni penali, oltre che della loro giustificazione razionale?

5. Il più recente dibattito filosofico sui rapporti tra verità e giustificazione offre a questa domanda una semplice e convincente risposta. Ci dobbiamo occupare della verità – della verità intesa in senso corrispondentista e realista<sup>73</sup>, pur con tutte le difficoltà che questa tesi incontra<sup>74</sup> – perché la verità è uno degli ingredienti del concetto stesso di giustificazione razionale. Come scrive Bernard Williams, «un'affermazione giustificata è un'affermazione sostenuta da considerazioni che

---

<sup>70</sup> Cfr. G. Volpe, *Teorie della verità*, cit., p. 163.

<sup>71</sup> Sul punto rinviamo a F. Caprioli, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3531 s.

<sup>72</sup> Come puntualizza D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 54, 85 nota 8, benché gran parte dei sostenitori delle teorie epistemiche della verità siano anche relativisti sul piano epistemico (e finiscano, dunque, per essere relativisti anche in ordine alla verità), non occorre affatto essere corrispondentisti per ripudiare il pluralismo e il relativismo epistemico, ossia per ritenere che «ci siano criteri di giustificazione unici, o superiori a tutti gli altri».

<sup>73</sup> Sul 'realismo aletico' come versione evoluta della teoria della corrispondenza, e sui suoi rapporti con il realismo metafisico, cfr. F. D'Agostini, *Introduzione alla verità*, cit., p. 86 s.

<sup>74</sup> Per una puntuale rassegna delle obiezioni mosse al corrispondentismo – di natura analitica, epistemologica e semantica – cfr. G. Volpe, *Teorie della verità*, cit., p. 118-132, e F. D'Agostini, *Introduzione alla verità*, cit., p. 51 s.

la favoriscono non semplicemente nel senso di renderla più attraente, ma nel senso specifico di *dar ragione per ritenere che sia vera*<sup>75</sup>. E' questo rapporto di implicazione che indebolisce le teorie epistemiche e le teorie deflazionistiche della verità: come si può dire 'vero in quanto giustificato' (sia pure in condizioni epistemiche ideali), se ciò che è giustificato lo è in quanto si ha ragione di ritenere che sia vero<sup>76</sup>? E come si può dire 'non ci interessa la verità, solo la giustificazione', se c'è motivo di ritenere che «qualsiasi concetto di giustificazione sia direttamente o indirettamente tributario del concetto di verità»<sup>77</sup>?

Anche le decisioni del giudice penale vanno inquadrare in questo schema esplicativo. Dire 'ritengo provato oltre ogni ragionevole dubbio che Tizio abbia ucciso Caio' significa dire 'ho buone ragioni per ritenere vero che Tizio abbia ucciso Caio', perché *accertare X* – questo è il punto – *implica accertare che X è vero*. E' per questo che ha torto la Corte costituzionale quando lascia intendere che l'«accertamento dei fatti» sarebbe, per il giudice penale, un compito meno gravoso o meno ambizioso della 'ricerca della verità'<sup>78</sup>.

S'intende che non esiste alcuna *certezza* (intesa in senso oggettivo<sup>79</sup>) che il giudice, quando condanna, stia dicendo il vero, perché il ragionamento probatorio si nutre di inferenze che restano inevitabilmente probabilistiche. Ma questo non significa che la verità del processo penale sia una verità formale, convenzionale, relativa, né che sia un'entità inaccessibile, un inafferrabile miraggio. Come è stato esattamente osservato, non bisogna drammatizzare il tema della verità<sup>80</sup> e, soprattutto, non biso-

---

<sup>75</sup> B. Williams, *Truth and Truthfulness*, Princeton University Press, 2002, p. 129.

<sup>76</sup> Nel senso che non è facile spiegare che cosa renda "ideale" una piattaforma epistemica «senza chiamare in causa quella stessa proprietà [la verità] di cui tale caratterizzazione dovrebbe aiutare a chiarire la natura», cfr. G. Volpe, *Teorie della verità*, cit., p. 185, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

<sup>77</sup> D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 21.

<sup>78</sup> V. supra, § 1. Lo rileva anche D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 7 s., 151, che fa giustamente notare, al contrario, come *accertare* i fatti sia un'impresa molto più ardua che *ricercare* semplicemente la verità.

<sup>79</sup> Per una distinzione tra verità e certezza fondata su una nozione di certezza marcatamente soggettiva, cfr. invece M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 85 s.

<sup>80</sup> D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 34 s. Sull'«uso pesante o imbarazzato delle parole 'fatti', 'realtà' (e conseguentemente 'verità')» come «portato di una

gna confondere verità e certezza. La verità – intesa come corrispondenza ai fatti – è alla portata di tutti: persone comuni e magistrati la dicono molto più spesso di quanto non si creda, pur non potendone essere certi. Né bisogna confondere certezza e conoscenza, cioè rassegnarsi allo scetticismo. La formula contenuta nell'art. 533 c.p.p. scolpisce perfettamente la distinzione: un conto è il dubbio 'ragionevole', un conto è il dubbio puramente scettico, quello che, a differenza del primo, «non ha motivazioni specifiche, legate a ciò che abbiamo motivo di pensare in una specifica situazione»<sup>81</sup>. Il dubbio scettico cancella ogni certezza: ma solo il dubbio ragionevole impedisce al giudice penale di coltivare credenze razionalmente giustificate e di attingere alla 'conoscenza' dei fatti.

Quando mancano dubbi ragionevoli circa la colpevolezza dell'imputato, noi dunque non possiamo che ritenere che il giudice stia dicendo la verità: *non abbiamo ragioni per sostenere il contrario*, perché «la possibilità di una ragione non è una ragione»<sup>82</sup>. Ciò naturalmente non significa indulgere ad alcuna forma di relativismo epistemico e, meno che mai, di relativismo circa la verità: non significa negare che esistano 'metacriteri' per stabilire se un asserto è o non è razionalmente giustificato, e non significa ritenere che un asserto vero per X potrebbe non essere vero per Y<sup>83</sup>. Per riprendere un felice

---

metafisica implicita, assunta dogmaticamente, e tributaria di un'epoca lontana», v. F. D'Agostini, *Introduzione alla verità*, cit., p. 234 s., 256.

<sup>81</sup> D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 25.

<sup>82</sup> D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 33, 36: «se una credenza è giustificata, abbiamo ragione di ritenerla vera (che è giustificata significa appunto questo): questa ragione non viene meno – ovviamente – per il fatto che la credenza può essere falsa. Una ragione per credere che P può essere scalzata solo da ragioni in senso opposto, non dalla mera possibilità che tali ragioni esistano [...] Fintantoché queste ragioni in senso contrario non vengono prodotte e non risultano prevalenti sulle nostre attuali giustificazioni, non solo siamo autorizzati a trattare le nostre credenze giustificate [nel senso di derivate in forma convincente da premesse plausibili] come conoscenze: sarebbe, alla lettera, *irrazionale* da parte nostra non farlo».

<sup>83</sup> Sul relativismo in ordine alla verità cfr. ampiamente D. Marconi, *Per la verità*, cit., p. 50 s., che osserva come tale opinione possa essere sostenuta solo prestando congiuntamente adesione alla concezione epistemica della verità e al relativismo epistemico (*ivi*, p. 53 s.), oppure muovendo da premesse di relativismo concettuale, ossia negando che esista un modo in cui stanno le cose indipendente dagli schemi concettuali in cui noi le inquadrano (*ivi*, p. 57 s.).

esempio<sup>84</sup>, decidere una controversia giuridica sul presupposto che fosse il sole a girare intorno alla terra era razionalmente giustificato, in età precopernicana, esattamente come lo è oggi decidere in senso contrario, perché, prima di Copernico, il dubbio che fosse la terra a girare intorno al sole non era un dubbio ragionevole ma un dubbio puramente scettico<sup>85</sup>. Ma poiché esistono ottimi argomenti contro il relativismo epistemico<sup>86</sup>, oggi noi sappiamo, e possiamo dimostrare, che le nostre ragioni sono *migliori* di quelle messe in campo dal giudice precopernicano, e possiamo dunque affermare che quella decisione era *invertita*<sup>87</sup> – basata su premesse che *erano* false allora come lo sono oggi<sup>88</sup>.

---

Anche nella letteratura processualistica si parla di verità 'relativa' senza pervenire ad esiti di autentico relativismo: cfr. ad esempio M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 82; Id., *Contro la veriphobia*, cit., p. 1002 (la verità sarebbe relativa «nel senso che la conoscenza della verità è relativa al contesto in cui essa viene realizzata, al metodo con cui si svolge la ricerca e alla quantità e qualità di informazioni di cui si dispone e sulle quali tale conoscenza si fonda»: il che, come è ovvio, «non significa affatto svalutare la funzione della verità, e neppure significa adottare una concezione soggettivistica o relativistica di essa»).

<sup>84</sup> B. Cavallone, *In difesa della veriphobia*, cit., p. 9 s.

<sup>85</sup> Lo stesso non può dirsi per il cardinale Bellarmino, che poteva guardare dentro il cannocchiale di Galileo e non lo ha fatto: v. M. Taruffo, *Contro la veriphobia*, cit., p. 1002.

<sup>86</sup> Cfr. P.A. Boghossian, *Paura di conoscere*, cit., p. 39 s., 77 s.

<sup>87</sup> Ammette invece che la decisione del giudice precopernicano potrebbe essere ritenuta «invertita» solo «dal punto di vista dei posteri», B. Cavallone, *In difesa della veriphobia*, cit., p. 10, incorrendo nelle (giuste) critiche di «relativismo radicale riferito al problema della verità» di M. Taruffo, *Contro la veriphobia*, cit., p. 1002.

<sup>88</sup> Un problema diverso è se quella sentenza sia oggi da ritenersi anche *ingiustamente* emanata. E' questa l'opinione di P. Ferrua, *Il "giusto" processo*, Zanichelli, 2012, p. 47 s. e di M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., p. 97 s., 117 s.; Id., *Contro la veriphobia*, cit., p. 1003: poiché la giustizia di una condanna presuppone la verità dell'affermazione di colpevolezza, a quel giudizio retrospettivo di falsità dovrebbe necessariamente accompagnarsi un giudizio retrospettivo di ingiustizia della decisione (P. Ferrua, *ivi*, p. 50: «quando sovrappunga la prova della falsità [delle premesse in fatto poste a fondamento della sentenza], non si dirà che la sentenza, giusta allora, è divenuta ingiusta oggi, allo stesso modo in cui nessuno direbbe che l'enunciato vero è divenuto falso»). Più in generale, la condanna dell'innocente sarebbe *sempre* ingiusta: anche quando le regole del (giusto) processo siano state correttamente rispettate, anche quando le norme di diritto sostanziale siano state

6. Riassumendo, non c'è alcun valido motivo per considerare la verità del processo penale una verità minore, formale, convenzionale ecc. Non è un buon argomento la natura innegabilmente antiepistemica di molte delle regole del processo. Divieti probatori estrinseci e strettoie rituali rendono la ricerca giudiziale della verità senz'altro meno agevole della ricerca storica o scientifica: ma quando il giudice condanna, *la verità che conduce l'imputato in carcere non è certamente una verità minore o deteriore* – guai se lo fosse – rispetto a quella dello storico, del giornalista o dello scienziato. Non è un buon argomento neppure la natura fatalmente probabilistica dei giudizi di fatto che sorreggono l'affermazione di colpevolezza. Quando i dubbi che permangono sono unicamente di natura scettica, sarebbe irrazionale ritenere non accertato il fatto: e per quanto detto circa i rapporti tra verità e giustificazione, ritenere accertato un fatto *significa ritenere vero l'enunciato che lo descrive*. Le sentenze di condanna conformi al canone decisorio dell'assenza di ragionevoli dubbi vengono emanate quando *le ragioni per ritenere falsa l'accusa hanno carattere esclusivamente logico*, cioè non sono che l'astratta possibilità di una ragione. Tanto basta per attribuire razionalmente a simili verdetti – fedeli all'etimologia del vocabolo – la patente di affermazioni veritiere, senza ulteriori inutili specificazioni.

## REFERÊNCIAS

AMODIO, Ennio. *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, em *Criminalia*, 2010.

BOGHOSSIAN, Paul. *Paura di conoscere. Contro il relativismo e il costruttivismo*, Roma: Carocci, 2006.

---

correttamente applicate, anche quando la condanna sia stata correttamente pronunciata oltre ogni ragionevole dubbio allo stato delle conoscenze e sulla base delle prove disponibili (queste le condizioni di giustizia della decisione – *ulteriori* rispetto alla verità dell'affermazione di colpevolezza – secondo gli autori citati). La giustizia della condanna dipenderebbe, insomma, anche da una condizione *esterna* al processo: da come sono andate effettivamente le cose e non da come era ragionevole ritenere che fossero andate nel momento in cui la sentenza è stata pronunciata; dalla verità dell'affermazione di responsabilità e non dalla sua giustificazione razionale.

CAPRIOLI, Francesco. *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, em *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009.

CAPRIOLI, Francesco. *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, em *Cass. pen.*, 2008.

CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale, con una selezione dagli Opuscoli di diritto criminale*, Bologna: Il Mulino, 2004.

CAVALLONE, Bruno. *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, em *Riv. dir. proc.*, 2010.

COMANDUCCI, Paolo. *La motivazione in fatto*, em AA.VV. (org.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano: Giuffrè, 1992.

CORDERO, Franco. *Prove illecite*, em *Tre studi sulle prove penali*, Milano: Giuffrè, 1963.

D'AGOSTINI, Franca. *Introduzione alla verità*, Torino: Bollati Boringhieri, 2011.

DAMAŠKA, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna: Il Mulino, 2003.

DAVIDSON, Donald. *Sulla verità*, Bari-Roma: Laterza, 2006.

DERSHOWITZ, Alan. *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O. J. Simpson*, Milano: Giuffrè, 2007.

DUMMETT, Michael. *Verità e passato*, Milano: Raffaello Cortina Editore, 2006.

ENGEL, Pascal; RORTY, Richard. *A cosa serve la verità*, Bologna: Il Mulino, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma: Laterza, 1991.

FERRUA, Paolo. *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV. (org.), *La prova nel dibattimento penale*, Torino: Giappichelli, 2010.

FERRUA, Paolo. *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino: Giappichelli, 1992.

FERRUA, Paolo. *Il "giusto" processo*, Bologna: Zanichelli, 2012.

FESTA, Roberto. *Induzione, probabilità e verisimilitudine*, in G. Giorello, *Introduzione alla filosofia della scienza*, Milano: Bompiani, 1999.

IACONA, Andrea. *L'argomentazione*, Torino: Einaudi, 2005.

KOSTORIS, Roberto. *Voce Giudizio (dir. proc. pen.)*, em *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Agg. 1997.

KÜNNE, Wolfgang. *Conception of Truth*, Oxford: Clarendon Press, 2003.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*, Torino: Giappichelli, 2011.

- LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*, Firenze: Barbèra Editore, 1920.
- MARCONI, Diego. *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino: Einaudi, 2007.
- NAGEL, Thomas. *L'ultima parola: contro il relativismo*, Milano: Feltrinelli, 1999.
- NEGRI, Daniele. *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino: Giappichelli, 2004.
- NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano: Giuffrè, 1974.
- NOBILI, Massimo. *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna: Il Mulino, 2009.
- ORLANDI, Renzo. *Verità, responsabilità e ravvedimento tra processo penale e pratiche di mediazione*, em Corte Assise, 2011.
- PEIRCE, Charles Sanders. *Definitions of Truth*, in *Collected Papers*, a cura di C. Hartshorne, P. Weiss e A. Burks, Cambridge: Belknap Press, vol. V, 1932.
- PUTNAM, Hilary. *Ragione, verità e storia*, Milano: Il Saggiatore, 1981.
- QUINE, Van Orman. *Parola ed oggetto*, Milano: Il Saggiatore, 1996.
- RAMSEY, Frank Plumpton. *Fatti e proposizioni*, in *I fondamenti della matematica e altri scritti di logica*, Milano: Feltrinelli, 1964.
- RORTY, Richard. *La verità è una meta della ricerca? Donald Davidson contro Crispin Wright*, in *Verità e progresso. Scritti filosofici*, Milano: Feltrinelli, 2003.
- TARSKI, Alfred. *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in AA.VV., *Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di L. Linsky, Milano: Il Saggiatore, 1969.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano: Giuffrè, 1992.
- TARUFFO, Michele. *Contro la veriphobia: osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, em *Riv. dir. proc.*, 2010.
- TARUFFO, Michele. *La semplice verità*, Bari-Roma: Laterza, 2009.
- TUOZZI, Pasquale. *Principii del procedimento penale italiano*, Stabilimento Ripografico M. D'Auria, 1909.
- UBERTIS, Giulio. *Conoscenza fattuale e razionalità della decisione giudiziale*, em *Argomenti di procedura penale*, Milano: Giuffrè, 2002.
- UBERTIS, Giulio. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano: Giuffrè, 1979.

VICOLI, Daniele. *La “ragionevole durata” delle indagini*, Torino: Giappichelli, 2012.

VOLPE, Giorgio. *Teorie della verità*, Milano: Guerini Scientifica, 2005.

WILLIAMS, Bernard. *Truth and Truthfulness*, Princeton: Princeton University Press, 2002.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 28/01/2016
- Versão final autor: 12/12/2016
- Autor convidado

<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies#custom-1>

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editores-assistentes: 2 (BC e CRG)

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CAPRIOLI, Francesco. Verità e giustificazione nel processo penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 317-342, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.30>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

**“The constitution means what the Supreme Court says it means’... Mas só quando eu quero!” Sobre como (não) trabalhar com precedentes judiciais.**

“The constitution means what the supreme court says it means’...  
*But only when i want!*” About how (not to) work with precedents.

**Guilherme Gonçalves Alcântara<sup>1</sup>**

Pós-graduando e Professor Assistente do Centro Universitário Toledo  
de Presidente Prudente (SP).

guilhermealcantara@msn.com

 <http://lattes.cnpq.br/3545235149164538>

 <http://orcid.org/0000-0002-2210-1270>

**Florestan Prado<sup>2</sup>**

Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/PR

Professor do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente (SP)

florestan\_prado@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/6223233129209608>

 <http://orcid.org/0000-0003-3431-9012>

---

**RESUMO:** Uma análise semiótica dos argumentos trazidos à luz pela 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando frente aos julgamentos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal em seara processual penal, especificamente tratando

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Professor Assistente de Direito Administrativo no Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Advogado.

<sup>2</sup> Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/PR. Especialista em Direito pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – ESMP/SP. Professor do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente -SP. Professor convidado da Escola de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo – EAP/SP. Advogado público da Fundação de Amparo ao Preso – FUNAP/SP.

da presunção de inocência e da individualização da pena. Utilizou-se o método fenomenológico para trazer à práxis judiciária paulista um constrangimento hermenêutico dirigido ao solipsismo judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Senso comum teórico dos juristas; hermenêutica constitucional; garantismo; punitivismo; precedentes.

**ABSTRACT:** *A semiotic analysis of the arguments brought to light by the 9th Criminal Chamber of São Paulo's Court of Appeal when compared to the paradigmatic judgments of the Supreme Court in criminal proceedings harvest, dealing specifically with the presumption of innocence and the individualization of punishment. We used the phenomenological method to bring to São Paulo judicial practice a hermeneutic constraint directed to judicial solipsism.*

**KEYWORDS:** *theoretical common sense of jurists; constitutional hermeneutics; garantism; punitivism; precedents.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Sobre a crise do *senso comum interpretativo dos juristas* brasileiros; 2. Um exemplo: A 9ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – análise de acórdãos; 2.1 *'The Constitution means what the Supreme Court says it means'...*; 2.2 ... Mas só quando eu quero! – a 9ª Câmara de Direito Criminal frente a outros julgamentos paradigmáticos do STF; 2.3 A ausência do respeito ao *stare decisis*; 3. O que a Hermenêutica Filosófica tem a dizer sobre o exemplo dado pela 9ª Câmara de Direito Criminal do TJSP; Considerações Finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Pode o magistrado, em vésperas dos 28 anos da Constituição Federal – marco da instituição de uma democracia constitucional na República Federativa do Brasil –, decidir *conforme quer*? É sustentável uma concepção de poder jurisdicional que manuseia o direito como *linguagem privada* do intérprete, uma espécie de válvula de escape para frustrações socialmente construídas? Estas são questões que, pelo bom desenvolvimento do projeto democrático nacional, merecem atenção e análise.

O presente artigo busca, neste afã, *o constrangimento hermenêutico* das decisões da 9ª Câmara de Direito Criminal do Estado de São Paulo quando tal é incumbida de aplicar/interpretar os preceitos constitucionais. A pesquisa segue o método fenomenológico-hermenêutico<sup>3</sup>, empregada a pesquisa quantitativa de julgados da 9ª Câmara Criminal paulista que, via amostragem intencional<sup>4</sup>, analisou recentes julgados da 9ª Câmara de Direito Criminal que trataram da *aplicabilidade imediata* dos “precedentes” abertos pelos HC’s 126.929, 97.256 e 111.840.

A escolha do Tribunal de Justiça de São Paulo se justifica por ele ser um dos mais conservadores do Brasil, concentrando em si a origem de quase metade das ordens de *habeas corpus* concedidas pelos Tribunais Superiores (AMARAL, 2013, p. 10). A 9ª Câmara Criminal desta Corte é uma das que melhores expressam este fenômeno de *baixa constitucionalidade*.

Servimo-nos de acórdãos do referido órgão para uma análise semiótica dos seus argumentos, para concluir que a 9ª Câmara de Direito Criminal carece – e muito – de *accountability* ou sindicabilidade em suas decisões, pois somente segue o caminho sinalizado pelo

---

<sup>3</sup> “A fenomenologia analisa o ser-aí que compreende o ser e, assim, se transforma em fenomenologia hermenêutica. O ser-aí é analisado em sua existência fática e, por isso, emerge a analítica existencial. Fenomenologia hermenêutica é analítica existencial” (STEIN, 2002, p. 60). Trata-se de uma análise da existência cotidiana do ser-aí, que não se satisfaz com o acesso ao *Ser* através da catalogação de *entes* que estão-aí (cindidos e separados do sujeito do conhecimento), mas antes pela descrição de como o *ser-aí* se relaciona com eles de forma útil e para satisfazer suas necessidades. A forma de tratamento do *ente* pela fenomenologia-hermenêutica rompe com a tradição do conhecimento científico moderno na medida em que o conhecer não é puramente apreensor, senão um *ocupar-se* que *manipula e utiliza* (HEIDEGGER, 2005, p. 108-109). O enfoque da análise aqui proposta é, portanto, “a pré-compreensão como um conjunto de atitudes, opiniões e antecipações de conteúdos que não passaram por uma reflexão e que em grande parte são intermediadas pela língua, assim como a pré-compreensão teórico-constitucional a ser desenvolvida pelo intérprete dizem respeito à concretização da norma jurídica e, ao mesmo tempo, à concretização do caso jurídico a ser solucionado e que está em inseparável conexão com ela” (MULLER, 2008, p. 267).

<sup>4</sup> “De acordo com determinado critério é escolhido intencionalmente um grupo de elementos que irão compor a amostra. O investigador se dirige, intencionalmente, a grupos de elementos dos quais deseja saber opiniões” (MARTINS, 2009, p. 123).

STF para as suas interpretações quanto convenientes aos pré-juízos que lhes servem de horizonte de sentido.

Na primeira seção, expôs-se a *crise do senso comum hermenêutico dos juristas brasileiros* e as consequências mais graves de tal fenômeno. A seguir, apresentaram-se diversas decisões da 9ª Câmara de Direito Criminal as quais aplicam/interpretam a principiologia constitucional no processo penal. Dividiu-se esta parte em duas. Na primeira, os desembargadores paulistas interpretaram o princípio da presunção de inocência conforme sinalizado pelo STF – argumentando que *‘The Constitution means what the Supreme Court says it means’*.

Na segunda parte, quando os juízes são confrontados com orientações – agora garantistas – do STF em relação ao princípio da individualização da pena, daí aduzem que não se vinculam à Corte Suprema, decidindo conforme *querem*.

A última parte do trabalho se dedica a explorar os malefícios e o atraso epistemológico e cultural que tal atitude por parte da 9ª Câmara de Direito Criminal representa.

## **1. SOBRE A CRISE DO SENSO COMUM INTERPRETATIVO DOS JURISTAS BRASILEIROS**

O conceito *senso comum teórico dos juristas* não é novo. Trata-se do nome que o professor Luis Alberto Warat se utiliza para expressar a rede de representações, hábitos, idealizações, fetiches, visões lembranças, ideias dispersas, e demais neutralizações pré-concebidas que regulam o discurso jurídico, tanto o ‘prático’ quando o ‘teórico’ (1999, p. 13-14).

O *senso comum teórico* normalmente funciona como retificador do mundo (que se apresenta contraditório) e compensador das falhas da ciência jurídica; um mecanismo idealizador que, em suma, faz dos intérpretes das leis (e da Constituição) meros e “simples produtores alienados que reivindicam para si o desejo de alienar os outros em nome de crenças e princípios acreditados como uma ‘boa causa’” (WARAT, 1999, p. 20).

Porque o *senso comum teórico dos juristas* também comporta os ‘métodos de interpretação da lei’ (a la Savigny), apresentando-os como técnicas rigorosas que permitem *extrair* o Direito (WARAT, 1999, p. 65), podemos cunhar o nome *senso comum interpretativo* para o conjun-

to de idealizações expressadas pela atividade argumentativa cotidiana dos juízes, desembargadores e Ministros brasileiros, responsáveis pela típica função de aplicar/interpretar a Lei.

Neste conceito, encontramos uma crise sem precedentes: é que o Direito (mormente o Constitucional, mas também o Processual Civil e Penal, conforme se depreende dos projetos de novos códigos) foi “tomado” por diversas “teorias dos princípios”, que não se resistem à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação de valores (alguns ainda falam em “ponderação de interesses”). Uma mixagem teórica desenvolvida e seguida por diversas teorias e teses incompatíveis entre si (STRECK, 2010, p. 33).

O *sensus communis hermenêutico* dos juristas brasileiros está, pois, guiado pela lógica da *moda*, uma espécie de

‘Realismo Jurídico Tropical’ em que a lógica que preside este modelo é a dos informativos etiquetados com as grifes com durabilidade efêmera, de uma semana, aliás, como as coleções da Grife ‘Gap’. Até a próxima semana não se sabe, de fato, o que pode ter mudado. O aumento da velocidade constante impede, também, a possibilidade de reflexão. Os informativos são uma espécie de adição, de vício, dos jogados na inautenticidade. A última edição da interpretação (sic) ocupa o lugar da última versão da moda e como a maioria não quer aparentar estar ‘out’, o sentido migra ‘automaticamente’ (ROSA, 2015, p. 128).

Está-se, pois, diante de um verdadeiro *analfabetismo funcional dos atores jurídicos* (ROSA, 2015, p. 130), a cujo polimorfismo hermenêutico se adiciona o ponto que, segundo Streck, marca definitivamente o equívoco cometido por todo o positivismo: a aposta em certo arbítrio (‘discricionariedade’<sup>5</sup>) do julgador no momento de determinar sua decisão: sendo o ato jurisdicional um ato de vontade (2015, p. 157).

Assim é que, de Kelsen a Hart, de Robert Alexy a Habermas, ‘descobre-se’ que no momento de interpretação/aplicação do Direito existe sempre um espaço ‘não tomado’ pela ‘razão’, o qual será

---

<sup>5</sup> “[...] discricionariedade [no contexto positivista] como sendo o poder arbitrário ‘delegado’ em favor do juiz para ‘preencher’ os espaços da ‘zona de penumbra’ do modelo de regras” (STRECK, 2009, p. 39).

preenchido necessariamente pelo *arbitrio* do *intérprete/aplicador* (STRECK, 2011, p. 38).

Chega a ser quase desnecessário apontar que tais discursos sedimentados no *sensu comum interpretativo* são completamente incompatíveis com a ruptura da filosofia da consciência, na qual o sujeito se apropria dos textos jurídicos a seu bel-prazer, que a ideia de Constituição compromissário-programática, fruto de um pacto constituinte-constituído das relações sociais e remédios contra maiorias, *constitui* (STRECK, 2013, p. 131).

Daí a crise. E daí, também, a abertura para a *destruição*<sup>6</sup> de tais sedimentos do *sensu comum interpretativo*.

## **2. UM EXEMPLO: A 9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TJSP – ANÁLISE DE ACÓRDÃOS**

Este trabalho tem este pressuposto: a *crise do sensu comum interpretativo*, cujo ponto-chave – a discricionariedade judicial – atravessa todo o pensamento jurídico ocidental e hoje, mediante o paradigma político das democracias constitucionais, merece constrangimento doutrinário.

Propor-se-á a explicitar em que medida a discricionariedade judicial é prejudicial ao paradigma constitucional do Direito, e tal exposição se fará com exemplo nas decisões cotidianas da 9ª Câmara de Direito Criminal, quando deparados com o ônus de interpretar a Constituição Federal, especificamente o princípio da individualização da pena e o princípio da presunção de inocência, esculpidos respectivamente nos incisos XLVI e LVII do artigo 5º, da Constituição Federal/88.

Tais princípios foram objeto de julgamentos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal, nos HC's nº 97.256, 111.840 e 126.929. Vale lembrar, com Slavoj Žižek (recordando Wittgenstein), que inexiste diferença entre um princípio e sua *aplicação* (2008, p. 221), *ambos sequem*

---

<sup>6</sup> Quer-se dizer: tratar desconstrutivamente a terminologia tradicional, a fim de reconduzi-la a experiências originárias (GADAMER, 2007, p. 17).

de imediato a mesma lógica: a incapacidade de aplicar um princípio de maneira adequada acarreta o fracasso na obtenção da norma jurídica.

O princípio da individualização da pena, segundo os julgamentos dos HC's nº 97.256/RS e 111.840/ES, permitiu aos condenados por crimes hediondos – inclusive o delito de tráfico de drogas – que tivessem sua pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas e, ainda, que pudessem iniciar aquela em regime mais brando que o fechado.

Já o princípio da presunção de inocência, segundo o julgamento do HC nº 126.929/MG, (lamentavelmente) não impede a execução da pena quando confirmada em juízo de 2ª instância, mesmo que pendentes de julgamento recursos nos Tribunais Superiores.

Evidentemente, a interpretação dada à *presunção de inocência* pelo STF na oportunidade do HC nº 126.929/MG cede à lógica da política criminal funcionalista, em detrimento do *garantismo constitucional* e ofende texto claro da Constituição – por isso, é equivocada. Por outro lado, percebe-se acertada a interpretação da *individualização da pena* dada pela Corte Suprema quando julgou os HC's nº 97.256/RS e 111.840/ES, pois afinada com a efetivação do referido princípio no momento concreto da aplicação da pena.

O mérito das interpretações da Corte Suprema só tem efeito aqui, no entanto, para realçar a inclinação ao *punitivismo* que a 9ª Câmara de Direito Criminal manifesta claramente quando frente a estes julgamentos paradigmáticos.

## **2.1 'THE CONSTITUTION MEANS WHAT THE SUPREME COURT SAYS IT MEANS'...**

Tome-se por exemplo o julgamento do pedido liminar feito no Habeas Corpus nº 2152090-03.2016.8.26.0000, cujo relator é o desembargador Amaro Tomé, da dita 9ª Câmara de Direito Criminal. Segundo a decisão:

Consta da exordial que o paciente foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343, de 23de agosto de 2.006, tendo da Defesa interposto recursos especial e extraordinário, pendentes, ambos, de análise pelas Col. Cortes Superiores.

Aduz o impetrante que “o juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Presidente Prudente, mesmo diante de manifestação do [representante] do Parquet requerendo a suspensão do feito até o resultado do julgamento do Recurso Especial interposto pelo réu, solicitou nova manifestação do Ministério Público expondo que o julgamento do HC nº 126.292 permitiria a execução da pena pelo paciente” (fls. 2/3).

Resumidamente, aduz o impetrante a ilegalidade do referido ato, sob os seguintes fundamentos: (i) violação ao sistema inquisitório; (ii) violação ao princípio da presunção de inocência art.5º, inciso LVII, da Constituição Federal; (iii) indispensabilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade do disposto nos arts.283 e 637, do Código de Processo Penal e arts. 105 e 147, da Lei nº7.210, de 11 de julho de 1.984, com regular observância da súmula vinculante nº 10, do Col. Supremo Tribunal Federal como pressuposto lógico à aplicação do entendimento adotado quando do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, também pela referida C. Corte.

Requer, nestes termos, o deferimento de liminar para suspender a execução da pena do paciente, até que se ultime o julgamento do presente writ.

A liminar é indeferida, sob o argumento de que:

[...] ao denegar a ordem no Habeas Corpus nº 126.292, na sessão de julgamento ocorrida em 17 de fevereiro de 2.016, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal passou a entendeu (SIC) que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, Exmo. Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. A decisão supera o anterior entendimento da Corte, que desde 2.009, no julgamento da HC 84.078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva.

Até o ano de 2.009, o Supremo Tribunal Federal entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância.

Contudo, com a realização do paradigmático julgamento em comento, foi mantida ordem de prisão exarada por este Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo após o desprovisamento de apelo tirado contra r. sentença condenatória, hipótese substancialmente idêntica ao caso tratado nestes autos, pelo que se mostra temerária a concessão da liminar, mesmo considerando-se a alegação de suposta afronta ao disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, pois, como é cediço, ao programa normativo da Constituição guarda necessária e exata correspondência com aquele declarado por seu intérprete final “*the Constitution means what the Supreme Court says it means*”.

A última frase colacionada é emblemática. Trata-se de um claro exemplo de discurso do *senso comum teórico dos juristas*, e, logo do *senso comum interpretativo*, cuja função é pacificar a consciência do julgador e as contradições da sua própria interpretação do Direito como um todo.

Da presente decisão, seria possível deduzir claramente que – certo ou errado – a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça paulista entende que *a Constituição significa o que o Supremo Tribunal Federal diz que significa*.

Mas essa não é a postura mantida defronte a outros casos.

## **2.2 ... MAS SÓ QUANDO EU QUERO! – A 9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL FRENTE A OUTROS JULGAMENTOS PARADIGMÁTICOS DO STF**

Será que, efetivamente, para a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, “*a Constituição significa o que o Supremo Tribunal Federal diz que significa*”? Esse argumento é levado a sério para este órgão judicante, ou não passa de um engodo retórico para maquiarr pré-conceitos não submetidos à revisão da Corte bandeirante?

A resposta para tais questionamentos podem ser deduzidas de outros casos recentemente decididos pela referida Câmara. Vide o acórdão que julgou recurso de Apelação em que o réu – condenado a 01 ano e 08 meses por tráfico de drogas – pugnou pela fixação de regime inicial de pena mais brando, bem como a substituição da pena privativa

de liberdade por restritivas de direitos, se utilizando, justamente, das recentes interpretações dadas pelo STF sobre o tema.

*Surpreendentemente*, o acórdão rejeita tais pedidos argumentando que:

Não se desconhece a decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.06.2012) que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei de Crimes Hediondos, o qual prevê o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados. Importa consignar que tal decisão deu-se incidentalmente, sem efeito erga omnes. Ademais, é entendimento majoritário deste c. Tribunal de Justiça a aplicabilidade da referida norma, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo (Apelação nº 3012294-45.2013.8.26.0562, Relator(a): Ivana David Comarca: Santos. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal. Data do julgamento: 06/08/2015. Data de registro: 11/08/2015).

Ainda, no julgamento da Apelação nº 0007985-11.2013.8.26.0278, de relatoria do Desembargador Amaro Thomé, na qual o réu pleiteia o afastamento da pena de multa aplicada tendo como fundamento a inconstitucionalidade desta declarada pelo STF, disseram os nobres magistrados:

Não prospera, ainda, o pleito de afastamento da pena de multa aplicada, pois não se cogita de inconstitucionalidade do preceito secundário previsto no tipo penal do tráfico de drogas. Não se pode olvidar, por fim, que o dispositivo legal em questão conta com presunção de legitimidade, mesmo porque não foi declarada sua inconstitucionalidade por via de controle abstrato. Deste modo, mantenho a pena de multa aplicada pelo Juízo a quo. (Apelação nº 0007985-11.2013.8.26.0278. Relator(a): Amaro Thomé. Comarca: Itaquaquecetuba. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal. Data do julgamento: 28/07/2016. Data de registro: 05/08/2016).

Emblemáticos, para elucidar a questão, os julgamentos da Apelação nº 0008039-36.2015.8.26.0268, e da Apelação nº 0001361-38.2014.8.26.0236, ambos de relatoria de Souza Nery. Em tais jul-

gados, a contradição e incoerência interpretativas são explícitas e retratam de modo fiel a crise do *sensu comum interpretativo* dos desembargadores paulistas.

Veja como, na primeira apelação,

Inconformado com a r. decisão de primeira instância,<sup>1</sup> que o condenou pela prática de crime de tráfico ilícito de drogas às penas de oito anos e dois meses de reclusão, mais 815 dias-multa, V. D. S. D. F. apela em busca da redução das penas e/ou da imposição de regime prisional mais brando. [...] Não desconheço que o Excelso Pretório, na sessão de 27.6.2012, nos autos de Habeas nº 111.840, reconheceu, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas fê-lo, ressalto, incidentalmente, o que significa dizer que valeu somente para o processo julgado; não tem efeito erga omnes, pelo menos enquanto o Senado Federal não se pronunciar a respeito (CF, art. 52, X). Assim, malgrado o entendimento que vem se firmando nas mais altas Cortes de Justiça da Nação, entendo inteiramente aplicável a norma referida, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo. O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292-SP, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, decidiu afastar a exigibilidade do trânsito em julgado para o recolhimento do condenado à prisão, afirmando peremptoriamente a possibilidade do cumprimento da sentença condenatória após o julgamento da apelação. Determino, portanto, a expedição imediata do competente mandado de prisão em desfavor do sentenciado, para início do cumprimento da pena que lhe foi imposta. Destarte, pelo meu voto, proponho que se negue provimento ao recurso, expedindo-se mandado de prisão (Apelação nº 0008039-36.2015.8.26.0268. Relator(a): Souza Nery. Comarca: Itapeverica da Serra. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal. Data do julgamento: 28/07/2016. Data de registro: 01/08/2016).

Sem qualquer noção da incoerência em que incorre, o desembargador retratado ora afasta um entendimento do STF – por ser garantista – ora adota o outro – por ser punitivista.

Vide o segundo julgamento de recurso de Apelação interposto exclusivamente pelo réu, em que a contradição se repete:

Não desconheço que o Excelso Pretório, na sessão de 27.6.2012, nos autos de Habeas nº 111.840, reconheceu, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, mas fê-lo, ressaltado, incidentalmente, o que significa dizer que valeu somente para o processo julgado; não tem efeito erga omnes, pelo menos enquanto o Senado Federal não se pronunciar a respeito (CF, art. 52, X). Assim, malgrado o entendimento que vem se firmando nas mais altas Cortes de Justiça da Nação, entendo inteiramente aplicável a norma referida, o que obriga à fixação do regime inicial mais severo. As penas alternativas não devem ser aplicadas não só pela hediondez do crime, que recomenda maior rigor no esgarçamento, mas também porque a Lei nº 11.343/06 expressamente veda a benesse aos traficantes, nos precisos termos do que dispõe o seu artigo 44, caput. Tal dispositivo legal foi editado pelos poderes competentes, goza de presunção de constitucionalidade e não parece ofender a Constituição de República de modo franco e direto. Não desconheço que foi reconhecida a inconstitucionalidade desse dispositivo pelo Excelso Pretório (HC 97.256) no ano de 2010, mas essa decisão foi tomada por maioria apertada (6 X 4) e valeu somente para o processo julgado (*incidenter tantum*). [...] O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292-SP, ocorrido no dia 17 de fevereiro de 2016, decidiu afastar a exigibilidade do trânsito em julgado para o recolhimento do condenado à prisão, afirmando peremptoriamente a possibilidade do cumprimento da sentença condenatória após o julgamento da apelação (Apelação nº 0001361-38.2014.8.26.0236, Relator(a): Souza Nery. Comarca: Ibitinga. Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal. Data do julgamento: 28/07/2016 Data de registro: 01/08/2016).

Destaca-se que esta exata fundamentação tem se repetido em todos os julgados em que o relator apreciou tal matéria<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Apelação nº 0000238-59.2015.8.26.0530, São Paulo, 04 de agosto de 2016. Relator: SOUZA NERY RELATOR; Apelação nº 0008039-36.2015.8.26.0268, São Paulo, 28 de julho de 2016. Relator: SOUZA NERY; Apelação nº 0006965-10.2015.8.26.0635, São Paulo, 30 de junho de 2016. Relator: SOUZA NERY; Apelação nº 0004828-11.2015.8.26.0197, São Paulo, 30 de junho de 2016. Relator: SOUZA NERY; Apelação nº 0014768-93.2015.8.26.0554, São Paulo, 30 de junho de 2016. Relator: SOUZA NERY; Apelação nº 0002287-

Já assusta o juiz determinar a expedição de mandado de prisão face ao réu sem que o órgão constitucionalmente incumbido para tanto tenha requerido. Mas o buraco é mais embaixo... O problema é paradigmático.

É como se a 9ª Câmara de Direito Criminal dissesse: *caso a interpretação do Supremo Tribunal Federal dada sobre o assunto for garantista – como a que permite aos réus a fixação de regime mais brando e a substituição da reprimenda corporal – eu não a aplico antes que tal for ratificada pelo Senado; caso a interpretação da Corte Suprema for de viés punitivista e ceder ao terrorismo penal – como a que permite a execução provisória da pena – daí – e somente aí – reconheço e consigno que ‘a Constituição significa o que o STF diz que significa’.*

### **2.3 AUSÊNCIA DO RESPEITO AO STARE DECISIS**

Quando um julgador de primeiro grau deve respeitar ou não a jurisprudência consolidada? Um juiz pode discordar de uma posição firmada pelo STF?

O esgotamento destas questões demanda estudo próprio pela sua complexidade. Entretanto, preliminarmente, cabe tecer algumas considerações a respeito para a melhor compreensão da análise hermenêutica exposta.

É evidente que existe uma incoerência da parte da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. Afinal, a corte trata as orientações do STF dadas em controle difuso de forma tendenciosa: se objetivarem a punição, são seguidas *ex officio*; se a orientação da Corte Superior for garantista, despreza-se ela clamando pela sua origem em controle incidental.

Mas qual a resposta certa? Bastaria ser um abolicionista para “acertar” na decisão? O conceito de *stare decisis*, produto e base da teoria dos precedentes do *common law*, pode nos ajudar a responder estas questões. Embora muito mal interpretado pela doutrina brasileira o *stare*

---

03.2014.8.26.0306, São Paulo, 23 de junho de 2016. Relator: SOUZA NERY, segundo pesquisa na página on-line do TJSP.

*decisis* representa um instituto que recepcionado adequadamente pelo direito brasileiro pode promover a perspectiva de uma justiça do caso concreto, mais flexível que a apreçoada pelo positivismo novecentista do juiz ‘boca-da-lei’<sup>8</sup> (BAHIA; LADEIRA, 2014, p. 276). Assim, “precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras” (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 1, tradução livre).<sup>9</sup>

Origina-se a doutrina do *stare decisis* dos precedentes judiciais ingleses no século XIX<sup>10</sup>, com o objetivo de tornar a apreciação de um determinado caso idêntica à apreciação dada a casos semelhantes anteriormente julgados – é uma exigência de *isonomia* -, mediante a distinção entre a *holding* e o *dictum* do(s) julgado(s) precedente(s) (STRECK; ABOUD, 2013c, p. 41).

*Holding*, ou *ratio decidendi*<sup>11</sup>, significa a opção *interpretativa* adotada na sentença, a tese jurídica acolhida pelo juiz-intérprete, “sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”, composta da indicação dos fatos determinantes do julgamento (*statements os material facts*); da exposição do raciocínio lógico-jurídico mediante na fundamentação e; juízo decisório (*judgement*) (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 381).

Denomina-se *obter dictum* (ou apenas *dictum*) os “argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, con-substanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões

---

<sup>8</sup> “com base no pressuposto de uniformidade jurisprudencial e de igualdade, fecha-se o debate com a criação de padrões sumulares, em patente contradição com o sistema de precedentes originário do common law que encara o precedente com om princípio de maleabilidade normativa que, sobretudo, privilegia a concretude o caso” (BAHIA; LADEIRA, 2014, p. 279).

<sup>9</sup> “A ideia central do precedente é a de que as lições do passado podem ser aplicadas ao presente, como um romance em cadeia (segundo Dworkin) e ele consiste, em essência, em decisão anterior que funciona como um modelo para decisões posteriores” (NUNES; HORTA, 2014, p. 01).

<sup>10</sup> “[...] o *stare decisis* pode ser conceituado como a designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do *common law* obteve no século XIX, tanto nas cortes da Inglaterra quanto nos Estados Unidos. Antes disso, essa doutrina não se consolidou [...] em razão da inexistência de fonte confiável de reprodução das decisões judiciais” (STRECK; ABOUD, 2013c, p. 42).

<sup>11</sup> *Ratio decidendi* e *holding* “são expressões sinônimas, sendo que a primeira é mais utilizada entre os ingleses; a segunda (*holding*), entre os norte-americanos” (SILVA, 2005, p. 182).

ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão [...]” (DIDIER JR., 2009, p. 383).

É importante destacar que a extração da *holding* do(s) precedente(s) *never is an automatic activity, but always interpretative and reconstructive of the past – there is no precedent self-service*<sup>12</sup>:

devemos, ao usar precedentes, aprender a utilizar padrões de identificação que nos promova extrair dos mesmos seu(s) fundamento(s) determinante(s) a ser(em) passível(eis) de aplicação em hipóteses adequadas em aplicação analógica (NUNES, HORTA, 2014, p. 06)

O que configura a *holding* dos casos analisados anteriormente?

Pois bem, conforme se evidenciou, a 9ª Câmara de Direito Criminal frente às alegações da defesa no sentido de que a vedação à substituição da pena corporal por restritiva de direitos e da fixação de regime de cumprimento de pena menos gravoso se utiliza do argumento de que *as declarações de inconstitucionalidade efetuadas pelo STF em sede de controle difuso não vinculam os juízes de primeira instância*. A norma declarada inconstitucional valeria, assim, para todos os demais casos que não o submetido à Corte Constitucional.

Eis a *ratio decidendi*: a declaração de inconstitucionalidade pelo STF em sede de controle difuso ou incidental não possui efeito vinculante e, logo, a norma declarada inconstitucional continua a vigor para os demais casos até que sobrevenha resolução do Senado ou declaração de inconstitucionalidade concentrado sobre ela.

Caso respeitasse o *princípio do stare decisis*, a 9ª Câmara de Direito Criminal do TJSP – por uma exigência (constitucional) de igualdade -, jamais poderia determinar (*ex officio*) a expedição mandado de prisão por conta da condenação em segunda instância, já que a orientação dada pelo STF para tanto também saiu de controle incidental ou difuso de constitucionalidade.

---

<sup>12</sup> Entretanto, vêm crescendo o fenômeno da *textualização do precedente*, isto é, a tendência a enxergar o *precedente judicial* nas opiniões judiciais formalmente expostas na decisão judicial em nada além disso, tratando-as como “*textos da autoridade*” à semelhança da Lei no *Civil Law* (TIERSMA, 2007, p. 62).

Mediante um *drible da vaca hermenêutico*, a 9ª Câmara de Direito Criminal paulista inverte a *ratio decidendi* quando o assunto é *punir*: aí se aplica de ofício a orientação da Corte Suprema. O problema aqui é paradigmático. É que o *sensu comum teórico dos juristas* se encontra caudatário da *filosofia da consciência* cartesiana, que coloca a carga da *consciência assujeitadora do intérprete da norma* a tarefa de *dizer o direito*. O que se critica aqui, antes do posicionamento conservador do órgão da Corte – que merece reprovação – é o desrespeito ao princípio do *stare decisis* na aplicação da lei processual-penal, que ofende, em última ordem, a exigência de isonomia consagrada no caput do artigo 5º da CFRB.

### **3. O QUE A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA TEM A DIZER SOBRE O EXEMPLO DADO PELA 9ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL DO TJSP**

Nas vésperas do 28º aniversário da Constituição Federal de 1988, é inaceitável que os juízes e desembargadores da República Federativa do Brasil tratem a Lei e a Constituição como se fosse *lex privata*, um idioleto, uma língua individual.

Essa é a lição que a hermenêutica filosófica tem a trazer ao *sensu comum interpretativo dos juristas* brasileiros: “[...] o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é” (STRECK, 2013, p. 25).

Não se trata de defender um positivismo exegético aos moldes do Estado de Direito francês oitocentista, mas antes de reconhecer que a teoria do Direito, no contexto aberto pelas democracias constitucionais e em plena era do domínio da linguagem na filosofia contemporânea, deve deslocar o problema da *atribuição de sentido* das leis e da Constituição para elas mesmas, e não o deixar a cargo da consciência-que-interpreta.

Infelizmente, a doutrina brasileira (manualesca e ‘concurseira’ por tradição) está anos-luz destas conclusões, conforme ilustra Streck:

Com efeito, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos nos Tribunais) deixam ‘claro’ que estão julgando ‘de acordo com a sua consci-

ência' ou 'seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei'. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do *poder discricionário* dos juizes. Não se pode olvidar a 'tendência' contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos (STRECK, 2013, p. 20).

Daí a afirmação de que *a doutrina deve doutrinar*, pois de nada adianta uma nação que possui mais faculdades de Direito que o resto do mundo quando ela é completamente analfabeta<sup>13</sup> em termos *hermenêuticos*.

O *caráter hermenêutico* do Direito, antes de significar que o Direito se resume às interpretações das autoridades, propõe a interpretação como atividade dirigida a toda prática jurídica – “interpretação e aplicação do direito são uma só operação” (GRAU, 2013, p. 31) – e, igualmente, como modo de conhecimento (DWORKIN, 2000, p. 220), cujo objetivo é acentuar da melhor maneira possível o valor do *texto* em questão, atentando, concorrentemente, ao respeito às características formais, à coerência e à integridade destes. Por isso, Dworkin destaca que “o dever de um juiz é *interpretar* a história jurídica que encontra, não *inventar* uma história melhor.” (2000, p. 239-240).

Neste sentido, recorda Alexandre Morais da Rosa:

Não pode a jurisprudência ser tratada como um fim em si mesmo ou ainda uma interpretação declarativa e desonerativa. A jurisprudência não é, nem pode ser, sinônimo de hermenêutica, muito menos de fundamentação, dado que demandam um contexto para fazer sentido. Decorre justamente deste lugar uma responsabilidade que não se pode fugir, nem oscilar (ROSA, 2015, p. 131).

A *responsabilidade* de que fala o Alexandre Morais Da Rosa é nada menos que uma exigência de cariz republicano do Estado

---

<sup>13</sup> Vide a denúncia de Streck: “Há, [...] no horizonte dogmático, uma mixagem produzida no âmbito do senso comum teórico. Confunde-se o paradigma ontológico-clássico com o da filosofia da consciência e vice-versa, resultando disso conceitos absolutamente sincréticos, autocontraditórios. [...] essa mixagem (ou sincretismo) de paradigma inconciliáveis acaba sendo regra (*communis opinium doctorum*) na doutrina. E nas práticas dos tribunais. E as raízes são antigas [...]” (STRECK 2013, p. 35).

Democrático de Direito, fruto da *intersubjetividade* e do *caráter discursivo* da “Constituição”. A respeito, ensina Streck que

A Constituição, nesse contexto, deve ser entendida enquanto um fundamento sem fundo, uma espécie de ‘como se’ (*als ob*). Seu fundamento não é objetivista e tampouco é uma instância superior (categoria). Esse fundamento (constitucional) de que aqui se fala tem um caráter transcendental-existencial. O texto constitucional não é apreendido primeiramente como ser-objeto, e sim, há um mundo circundante onde ocorre essa manifestação. Ele se dá como *acontecer* (*Ereignen*) (STRECK, 2013, p. 135).

Desnecessário destacar que a exigência de tal *responsabilidade interpretativa* passa longe da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, como vimos, prossegue (as)sujeitando o texto constitucional e a principiologia que o acompanha ao “livre-arbítrio” de suas consciências. Esquecem os desembargadores desta Câmara, outrossim, que tais decisões falam muito mais sobre *eles mesmos* do que da *Constituição* e sua *principiologia*.

Quando Gadamer diz que “a cunhagem do conceito de *linguagem* pressupõe uma *consciência* de linguagem” (2002, p. 176), significa que não dominamos (completamente) a interpretação que damos aos textos; nesta atividade, sempre nos movimentamos dentro do espaço de familiaridade e conhecimento que temos do nosso próprio mundo. Significa que “em todos os nossos pensamento e conhecimentos sempre já fomos precedidos pela interpretação do mundo feita na linguagem” (GADAMER, 2002, p. 178).

Conclui-se daí que a 9ª Câmara de Direito Criminal possui um horizonte que esquece de seus pré-conceitos no ato de *aplicação* dos preceitos constitucionais, dando-lhes máxima eficácia quando sugerem o reforço das reprimendas aos condenados – mormente nos casos de tráfico de drogas – e restringindo-lhes o alcance quando destinados a garantir os direitos de liberdade do réu.

O *senso comum hermenêutico* dos juristas brasileiros precisa aprender a *pensar* a “linguagem” que utiliza; só assim pode se movimentar para além da subjetividade solipsista (GADAMER, 2007, p. 27). Com efeito, - nas palavras de Aury Lopes Jr: “Não basta apenas *ter um juiz*;

devemos perquirir quem é esse juiz, que garantias ele deve possuir e a serviço de que(m) ele está” (LOPES JR., 2005, p. 71).

Resta perguntar: a 9ª Câmara de Direito Criminal está a serviço de que(m)? Da (projeção que suas consciências têm da) sociedade brasileira ou da Constituição Federal?

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa, que se serviu de acórdãos da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para uma análise semiótica dos seus argumentos, concluiu que a 9ª Câmara de Direito Criminal carece – e muito – de *accountability* ou sindicabilidade em suas decisões, pois somente segue o caminho sinalizado pelo STF para as suas interpretações quanto tal convém à ideologia punitivista que lhes serve de horizonte.

O trabalho explorou os argumentos lançados pela Câmara quando o órgão judicante encara as orientações interpretativas indicadas por julgamento paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal.

Percebeu-se que: quando a orientação dada pelo STF tende ao *encarceramento do acusado* – como a decisão do HC nº 126.929/MG, a 9ª Câmara prontamente segue tal orientação. Nestes casos, ‘a *Constituição significa o que a Suprema Corte diz que significa*’. Recita-se o jargão em inglês.

Ocorre que quando a orientação dada pelo STF é de cunho *garantista* – como a do HC nº 111.840/ES – o colegiado paulista passa por cima de tal entendimento. Nestas situações – mormente nos casos de crimes que *irritam* o tecido social, como o tráfico de drogas – as declarações de inconstitucionalidade dadas em controle difuso pelo STF não possuem força vinculante e, logo, antes de serem ratificadas pelo Senado Federal, não podem ser expandidas.

Esquecem os julgadores contudo que a orientação dada no HC nº 126.929/MG também surgiu em sede de controle incidental e, assim, caso a 9ª Câmara de Direito Criminal tivesse um mínimo de coerência e integridade em seu *habitus interpretativo*, não restaria outra escolha a ela que não aplicar o mais recente entendimento exarado pela Corte Suprema.

O que se pode concluir, em última análise, é que embora muito se tenha feito a favor de um projeto efetivamente democrático no país, o trabalho está longe do fim.

É preciso que a *doutrina* de fato *doutrine* os órgãos judicantes que abusam de seu poder jurisdicional e exponha tais abusos interpretativos. Só assim, inclusive, é que a hermenêutica jurídica ultrapassa a névoa abstrata que a rodeia e se dirige à atividade prática dos juristas.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do. "Habeas Corpus: garantia constitucional ou panaceia universal?". *Boletim IBCCRIM*, v. 246, p. 10, 2013.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; LADEIRA, Aline Hadad. *O precedente judicial em paralelo à Súmula Vinculante: pela (re)introdução da facticidade ao mundo jurídico*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, n. 234, ago. 2014. p. 275-301.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. II: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Vol. II: A virada hermenêutica. Trad. Marco Antônio Casanova. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. II: complementos e índices. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 06ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, parte I. Tradução de Maria Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis/RJ: Ed. Vozes, 2005.

LOPES JR. Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997.

MARTINS, Gilberto de Andrade. *Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MULLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. *Precedentes? significados e impossibilidade de aplicação self-service*, 2014, p. 01. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/30/precedentes-significados-e-impossibilidade-de-aplicacao-self-service/>>. Acesso em: 25 out. 2016.

ROSA, Alexandre morais da. O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127-132.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 153-175.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013b.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013c.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010. <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v0i7.77>

TIERSMA, Peter M. *The textualization of precedent*. Legal studies paper nº 2007-28. April/2007. p. 62. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.680901>

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Vol. I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

ZIZEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Ed. Boitempo, 2008.

### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 07/09/2016
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/09/2016
- Avaliação 1: 16/09/2016
- Avaliação 2: 17/09/2016
- Decisão editorial preliminar: 20/09/2016
- Retorno rodada de correções 1: 29/09/2016
- Avaliação 3: 19/10/2016
- Decisão editorial preliminar 2: 20/10/2016
- Retorno rodada de correções 2: 26/10/2016
- Decisão editorial final: 31/10/2016

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ALCÂNTARA, Guilherme G.; PRADO, Florestan. "The Constitution means what the Supreme Court says it means'... Mas só quando eu quero!" Sobre como (não) trabalhar com precedentes. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 343-364, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.25>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.

***Persecução Penal: investigação,  
juízo oral, provas e etapa recursal***

---



# Legitimação não Tradicional da Ação Penal – A Tutela de Bens Jurídicos por outras Instituições Públicas

*Non traditional legitimation for criminal action -  
legal protection of goods from other public institutions*

**Franklyn Roger Alves Silva<sup>1</sup>**

Doutorando e Mestre em Direito Processual pela UERJ.  
Professor Auxiliar na Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro/RJ).

franklyn.roger@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/7268807770125558>

 <http://orcid.org/0000-0002-4863-3507>

---

**RESUMO:** O presente artigo examina a questão atinente ao exercício da legitimidade da ação penal de forma supletiva por outras instituições públicas quando houver a violação de direitos transindividuais penais e a inércia do Ministério Público. Nas infrações com sujeito passivo indeterminado, falta previsão legal para a incidência da ação penal privada subsidiária. Nesta perspectiva, investigam-se outros dispositivos legais que permitam identificar uma alternativa à iniciativa acusatória. Ao mesmo tempo, verifica-se a aptidão da Defensoria Pública para o exercício desta legitimação supletiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Legitimidade; Ação Penal; Coletividade; Defensoria Pública.

**ABSTRACT:** *This article examines the question regards the legitimacy of the prosecution in a supplementary manner from of other public institutions to promote when facing violation of criminal transindividual rights and inertia of the prosecution. When facing crimes with an indeterminate passive subject, there is lack of legal support to base a subsidiary criminal action. Over this perspective, it is investigated if there are other laws*

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor Auxiliar na Universidade Cândido Mendes (Centro – Rio de Janeiro/RJ). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

*allowing an alternative legitimacy for criminal charges. At the same time, it is verified the Public Defender's Office ability to exercise the supplementary legitimacy.*

**KEYWORDS:** *Legitimacy; Criminal Action; Transindividual Rights; Public Defender's Office.*

**SUMÁRIO:** Introdução; I - Os instrumentos de legitimação subsidiária para a ação penal; II - A defesa de bens jurídicos pelas pessoas jurídicas de direito público interno nos chamados “crimes vagos”; III - O papel de proteção de direitos transindividuais conferido à Defensoria Pública e às pessoas jurídicas de direito público; Conclusão; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O advento do novo Código de Processo Civil despertou profícuas discussões no campo adjetivo civil, especialmente pelas inovações trazidas em seu corpo, a exemplo do sistema brasileiro de precedentes e da adaptabilidade procedimental decorrente das convenções processuais.

Esta tendência não é encontrada no processo penal que ainda resiste em debater e revisitar temas clássicos – o que não é inadequado, desde que não se deixe de olhar para as novidades do direito processual e considere a possibilidade de modernização a partir destes paradigmas.

O foco do presente artigo se direciona para o estudo da ação penal e como o instituto pode ser reinterpretado, especialmente em relação aos crimes de iniciativa pública incondicionada, quando levadas em consideração as novas perspectivas normativas trazidas pelo ordenamento jurídico.

O exercício da pretensão e a tutela cautelar são temas de grande preocupação no direito processual penal brasileiro, especialmente em virtude das graves consequências advindas da instauração da ação penal e da restrição ao direito de liberdade à esfera do indivíduo.

A importância da persecução penal se extrai do reconhecimento doutrinário de uma quarta condição para o regular exercício do direi-

to de ação<sup>2</sup>, restrita ao processo penal, referente à exigência do suporte probatório mínimo, a chamada justa causa<sup>3</sup>.

Essa quarta condição da ação, expressamente referenciada pelo art. 395, III do CPP exige que a deflagração da ação penal seja permeada por atos de investigação praticados pelos órgãos oficiais com o objetivo de demonstrar ao Judiciário os indícios do crime e de sua autoria.

Ainda tratada por muitos como condição da ação penal<sup>4</sup>, a justa causa é uma forma de condicionamento do regular exercício da deman-

---

<sup>2</sup> Na doutrina há quem amplie o rol de condições para o regular exercício do direito de ação, a exemplo de Afrânio Silva Jardim e a exigência de originalidade: “Quando falamos em originalidade, estamos querendo dizer o mesmo direito de ação não pode ser exercido simultaneamente (litispendência), ou mesmo, sucessivamente (se houver coisa julgada material). Vale dizer, não litispendência e não violação à coisa julgada. A ação tem de ser original e não uma “cópia” de outra ainda pendente ou já constante de outro processo apreciado no mérito.” (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 90).

<sup>3</sup> Indique-se também o posicionamento de Tourinho Filho (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 533) e Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000. p. 83) a respeito da exigência do “fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*”: “Por fim, a exigência de que a acusação demonstre a verossimilhança da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade também decorre da exigência constitucional da Proporcionalidade, vista com proibição de excesso de intervenção, em que o custo social e jurídico do processo penal fazem com que ele não se contente com a mera tipicidade se for manifesta a presença de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 373).

<sup>4</sup> É importante levar em conta a rica discussão da subsistência das condições da ação no direito processual civil: “O silêncio normativo a respeito da categorização das condições da ação levantou interessante discussão teórica. Humberto Dalla, Leonardo Greco, Daniel Neves e Alexandre Câmara, reputam que o trinômio pressupostos processuais – condições da ação – mérito, subsiste no sistema processual civil brasileiro mesmo diante do silêncio normativo. Sinteticamente, o fato de se continuar a prestigiar a teoria da asserção seria uma advertência legislativa de que as condições da ação permaneceriam vivas no sistema processual. Ademais, a legitimidade e o interesse seriam requisitos intrínsecos ao exercício regular do direito de ação, segundo a teoria eclética de Liebman, pouco importando que o novo CPC tenha se silenciado acerca de sua natureza jurídica. Esta, no entanto, não é a opinião de Fredie Didier Jr., Alexandre Flexa, Daniel Macedo, Fabrício Bastos e Leonardo

da a uma demonstração perfunctória dos indícios de materialidade e auctoria, visando evitar a utilização do direito de ação com fins casuísticos e obscuros, um verdadeiro “filtro persecutório”<sup>5</sup>.

Modernamente, enxerga-se na justa causa a natureza de pressuposto legitimador do processo penal condenatório<sup>6</sup>, já que o CPP refere-se a ela em passagem diversa das condições da ação. Apesar de originada da leitura da regulamentação do Habeas Corpus, há também a proposição teórica da justa causa como um instrumento de política criminal (instituto não mais restrito ao direito processual), centrada na análise da eficiência da persecução penal diante da ofensividade da conduta praticada e na adequação da intervenção estatal<sup>7</sup>.

Esse avanço das reflexões a respeito das consequências do exercício do direito de ação é tamanho que o Direito Processual Civil começa a discutir a possibilidade de exigir o suporte probatório mínimo em suas demandas. A consistência da pretensão deduzida<sup>8</sup>, especialmente quando a demanda civil repercute em esferas tão importantes da pessoa

---

Cunha. Para estes autores, a opção legislativa foi a de suprimir a categorização autônoma das condições da ação. Dentro desta perspectiva, importante considerar a existência de certo dissenso, já que haveria aquele que enquadra a legitimidade e o interesse na categoria de pressupostos processuais (Didier Jr.) e outro que os enxerga como questões de mérito (Leonardo Cunha).” (SILVA, Franklyn Roger Alves. Os efeitos do novo código de processo civil no direito processual penal: um feixe de luz para o caminho da sofisticação ou a permanência na escuridão? *Revista Forense*, vol. 423, 2016. p. 48-49).

<sup>5</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconstrução da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 320.

<sup>6</sup> Importante advertir a atual reconstrução teórica proposta por Afrânio Silva Jardim no sentido de enxergar a justa causa não como condição da ação penal, mas como pressuposto de legitimação do processo penal condenatório. (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 585).

<sup>7</sup> DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Op. cit.* p. 502.

<sup>8</sup> “A meu ver, todavia, para evitar-se a autolegitimação não há necessidade de recorrer a uma quarta ou a uma quinta condição da ação. Considero que a consistência de agir, ou seja, para evidenciar a necessidade do autor de recorrer à jurisdição. Essa necessidade pressupõe uma hipótese verossímil, viável e minimamente fundamentada em fatos provas.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 225).

natural ou jurídica, a exemplo das ações de improbidade administrativa<sup>9</sup>, é um tema que está na pauta processual civil.

A Constituição da República, o Código de Processo Penal e algumas leis esparsas tratam das diferentes modalidades de ação penal. No entanto, em relação aos denominados crimes vagos (sujeito passivo indeterminado), a legitimidade da ação penal se restringe ao Ministério Público, não havendo uma válvula de escape apta a persecução destas infrações no caso de inércia de atuação do órgão ministerial.

Seria intenção do nosso sistema jurídico realmente restringir ao Ministério Público a tutela de bens jurídicos afetos à coletividade, levando em consideração a sua função constitucional de defesa da ordem jurídica? Haveria espaço para o reconhecimento de uma legitimação supletiva para a promoção da ação penal?

Admitindo-se a existência desta legitimidade, quem teria aptidão para provocar o Poder Judiciário mediante deflagração da ação penal? Outras instituições públicas destinadas à defesa da coletividade poderiam exercer a defesa supletiva de bens jurídicos difusos, coletivos e de direitos humanos?

Nossa história tem revelado que a concentração de poderes nas mãos de um ou poucos atores do processo<sup>10</sup> nem sempre significa a adequada tutela, o que torna necessária a diluição de responsabilidades.

---

<sup>9</sup> “Vê-se, pela leitura do dispositivo, que o ajuizamento da petição inicial sem a observância deste comando pode levar a que se considere o demandante litigante de má-fé. É, pois, absolutamente essencial que a inicial venha acompanhada de provas mínimas da existência do ato de improbidade administrativa, ou de razões fundamentadas para que se reconheça a impossibilidade de sua apresentação nesse momento processual. Como regra geral, pois, a petição inicial terá de vir acompanhada de um mínimo de prova da existência do ato de improbidade administrativa. Isto tem levado a doutrina especializada a afirmar que a “ação de improbidade administrativa” estaria sujeita a uma “condição específica da ação”, que normalmente não se exige nos processos não-penais: a “justa causa”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *A fase preliminar do procedimento da ação de improbidade administrativa*. Disponível em: [https://www.academia.edu/375133/A\\_fase\\_preliminar\\_do\\_procedimento\\_da\\_ação\\_de\\_improbidade\\_administrativa](https://www.academia.edu/375133/A_fase_preliminar_do_procedimento_da_ação_de_improbidade_administrativa). Acesso em: 13 jun 2016. p. 4).

<sup>10</sup> Dentre os inúmeros argumentos utilizados pelo Ministério Público para o desempenho da investigação criminal direta era justamente o de evitar o corporativismo das Polícias Judiciárias.

Prevedo o sistema jurídico processual alternativas ao exercício do direito de ação penal pública, a suficiência destes instrumentos está a merecer uma investigação mais aprofundada, especialmente quando levados em consideração os direitos humanos e os direitos penais difusos e coletivos<sup>11</sup>.

Sistematizar as ações penais no direito processual penal brasileiro e identificar soluções para o caso de inércia do Ministério Público nas hipóteses em que o sujeito passivo de determinada infração penal é indeterminado, ou seja, a coletividade, é o primeiro passo desta reflexão.

O norte de investigação consistirá no fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), nos objetivos constitucionais previstos no art. 3º (construir uma sociedade, livre, justa e solidária; redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), na garantia de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º da CRFB) e nos deveres de prestação estatal que atingem a coletividade.

---

<sup>11</sup> É interessante destacar a característica do monopólio do direito de ação no processo penal italiano. A doutrina aponta que a Corte de Cassação Italiana já decidiu que a legitimidade da ação penal é restrita ao Ministério Público, à exceção dos procedimentos perante o juiz de paz, quando se estende ao ofendido, mas assevera que uma norma que ampliase a legitimação para outro sujeito seria legítima: “O monopólio da ação penal em poder do Ministério Público não é imposto pela Carta Fundamental. O art. 112 da Constituição atribui ao Ministério Público o dever de exercer a ação penal; Não prescreve que esta última seja exercitada, somente por um órgão público. Assim, tanto nos trabalhos preparatórios da constituição e, em particular, da própria exclusão de uma emenda que tendia a qualificar como pública a ação penal. A Corte Constitucional (Sentença n. 84 de 1979) afirmou que a titularidade da ação penal pode ser conferida também a sujeitos diversos do Ministério Público para seu exercício, mesmo diante do Código de Processo Penal que tenha atribuído unicamente ao Ministério Público o poder de exercitar a ação penal (art. 405). Tal poder não foi conferido nem a vítima. Se trata de uma escolha do legislador ordinário.” (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. Milano: Giuffrè. 2009. p. 521) (tradução livre).

## I - OS INSTRUMENTOS DE LEGITIMAÇÃO SUBSIDIÁRIA PARA A AÇÃO PENAL

Para falarmos sobre ação penal no direito brasileiro é indissociável a prévia e breve reflexão a respeito da existência de uma teoria geral do direito processual, inconfundível com as inúmeras teorias difundidas que espelham, em verdade, uma teoria da parte geral do Código de Processo Civil.

Apesar de não termos um trabalho doutrinário capaz de sistematizar essa teoria geral, a nosso ver é possível enxergá-la, principalmente em virtude dos pontos de interseção entre o processo civil e o processo penal (jurisdição, ação, procedimentos, nulidades etc.)<sup>12</sup>. A teoria geral estaria um nível acima ao direito positivado e estabeleceria premissas comuns a todos os ramos do processo<sup>13</sup>.

A previsão de procedimentos, as regras de nulidade<sup>14</sup>, a existência de pressupostos processuais, as características da jurisdição, a divisão de encargos entre os sujeitos do processo demonstram a possibilidade de se traçar uma teoria geral que dialogaria com as normas

---

<sup>12</sup> “Como já adiantamos, o estudo das nulidades, em nosso entender, corresponde a um tema de teoria geral do processo, e pode ser definido e teorizado uniformemente para todas as suas espécies: civil, penal, trabalhista, administrativo. Somos favoráveis à existência de uma teoria geral do processo e estamos convencidos de que, em especial no tema das nulidades, existe um núcleo comum que pode ser analisado em conjunto.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 350).

<sup>13</sup> “Assim, a noção de teoria geral do processo me parece menos restritiva que a referência ao direito processual como é definida hoje em termos de evolução que vem a ser descrito. Certamente, como escreve Raymond Martin, a comparação pode servir a teoria geral, que se situa em um degrau de elaboração superior ao nível da comparação, mas a comparação não é uma condição da teoria geral. A teoria geral não pode nem menos reduzi-la. Ela oferece, então, mais flexibilidade que a lei processual.” (CADIET, Loïc. *Prolégomènes à une théorie générale du procès en droit français*. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 492) (tradução livre).

<sup>14</sup> “A existência ou não de nulidades relativas no processo é tema da Teoria Geral do Processo, que deve atentar para as peculiaridades do processo civil, penal e do trabalho. Aliás, a teoria das nulidades dos atos jurídicos é tema da própria Teoria Geral do Direito.” (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 77).

processuais e ao mesmo tempo revelaria sua aptidão para a construção e o reforço da sistematização processual em todos os seus ramos.

Os refratários da teoria geral do processo<sup>15</sup> tendem a qualificar o objeto do processo penal como se se tratasse da tutela do bem jurídico mais relevante do ordenamento jurídico, o que significaria a sua autonomia, dada a importância da pretensão que lá se veicula.

Apesar de reconhecer a importância da dogmática processual penal, cremos que o referencial dos separatistas desconsidera o objeto do processo civil, querendo fazer crer que o seu propósito é a tutela das questões triviais e das demandas patrimoniais disponíveis, desprestigiando a sua importância para o trato de temas tão ou mais importantes que a liberdade.

Independentemente da discussão a respeito da existência ou não de lide<sup>16</sup> e dos interesses tutelados por ambas as disciplinas, fato é

---

<sup>15</sup> “O processo civil é o cenário da riqueza (de quem possui), ao passo que no processo penal, cada vez mais, é o processo de quem não tem, do excluído. Isso contribui para o estigma da gata borralheira, mas não justifica. No processo penal, em (radical) câmbio, do que estamos tratando? Não é do ter, mas sim da liberdade. No lugar de coisa, pensa-se na liberdade, de quem, tendo, está na iminência de perder, ou que já não tendo pode recuperá-la ou perdê-la ainda mais. Trata-se de voltar para casa ou ser encarcerado. Como adverte CARNELUTTI, é com a liberdade o que verdadeiramente se joga no processo penal. Al juez penal se le pide, como al juez civil, algo que nos falta y de lo cual no podemos prescindir; y es mucho más grave el defecto de libertad que el defecto de propiedad.” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59).

<sup>16</sup> “Já se assentou, há algum tempo, que o conceito de lide é muito mais sociológico que jurídico e sempre se mostrou insuficiente para caracterizar o fenômeno processual, mormente porque continua impregnado de uma visão ultrapassada, que põe o processo como mera extensão do direito material, um palco para fazer valer pretensões descumpridas nas relações entre particulares. Amarrar o objetivo do processo apenas à resolução da lide não realça adequadamente os escopos do processo (social, político e jurídico), que transcendem (e muito) os interesses privados eventualmente em conflito. Ademais, CARNELUTTI admitiu em dado momento que houvesse casos excepcionais de “processo sem lide”, como nos feitos de jurisdição voluntária (o exemplo acatado por CARNELUTTI é a anulação de casamento, pleiteada conjuntamente por marido e mulher), ou quando o devedor reconhece juridicamente a pretensão do credor (deixando de resistir a ela). Ou seja, mesmo CARNELUTTI reconheceu, indiretamente, a insuficiência do conceito de lide para caracterização do fenômeno processual.” (SICA, Heitor Vitor

que o processo civil e processo penal possuem estruturação semelhante<sup>17</sup> em diversos aspectos, o que reforça a opinião que compartilhamos quanto a existência da teoria geral do direito processual<sup>18</sup>.

A teoria geral do processo tem o papel de construir as linhas mestras comuns aos diferentes ramos do processo, como adverte Tourinho Filho<sup>19</sup> e permitir a devida aplicação do direito processual, nas palavras de Didier Jr<sup>20</sup>.

Talvez o grande obstáculo a incorporação da teoria geral no pensamento comum seja o fato de que ela ainda não foi adequada e su-

---

Mendonça. Perspectivas atuais da teoria geral do processo. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Brasília: IBDP, 2008, v. 1, p. 39-66).

<sup>17</sup> “O direito processual civil como ramo que do mesmo tronco disciplinar, com comunhão de princípios gerais com o direito processual penal, faz com que este possa se integrar em muitos dos seus institutos...” (COMPAREID, Carlos Roman; SANTAGATI, Claudio Jesús. *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2010. p. 58).

<sup>18</sup> “O direito Processual Penal é ciência jurídica que se liga ao Direito Processual Civil, por constituírem ambos divisão do Direito Processual e se filiarem um e outro à teoria geral do processo. No Direito Processual Civil, foi o Direito Processual Penal colher os institutos necessários para a processualização da Justiça Penal, após ter sido adotado o sistema acusatório. (...) Filho primogênito da ciência jurídica do processo, coube, portanto ao Direito Processual Civil a tarefa de construir as linhas matrizes do processo em geral, formulando-lhe os conceitos estruturais e enunciando-lhe os princípios básicos. Ali nasceram, por isso, institutos fundamentais do processo em geral, e ali recebeu este a sua configuração essencial de *actum trium personarum*, como instrumento de Estado para compor litígios e dar a cada um o que é seu. (...) Quando se afirma a unidade do Direito Processual, não se está admitindo que processo civil e processo penal sejam idênticos, mas tão-só mostrando que ambos têm base comum, que é a teoria geral do processo, teoria que pode e deve ser elaborada por exigência científica de elementar evidência, como bem afirmou GRISPIGNI.” (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1997. Vol. I. p. 48-51).

<sup>19</sup> “O processo, como instrumento compositivo do litígio, é um só. É por meio do processo que o Estado desenvolve sua atividade jurisdicional. Assim, o Direito Processual Civil e Direito Processual Penal não passam de faces de um mesmo fenômeno, ramos de um mesmo tronco que cresceu por cissiparidade.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19).

<sup>20</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 127.

ficientemente categorizada, permanecendo em um ambiente de névoas, impedindo a comunidade processual de compreendê-la.

Partindo para o campo do direito de ação, nota-se que o processo penal brasileiro trabalha com dois grandes blocos de ação penal. De um lado, a regra geral reflete o exercício da ação penal de iniciativa pública, com titularidade privativa do Ministério Público (arts. 129, I da CRFB e 24 do CPP).

Nesta primeira categorização da ação penal aponta-se a indisponibilidade do bem jurídico atingido, o que significa dizer que a vontade ou autorização da vítima é irrelevante para a persecução penal. A gravidade da conduta e o ataque ao bem jurídico demandam adequada proteção do Estado nos crimes apurados por meio de uma ação penal de iniciativa pública incondicionada.

No entanto, há que se observar, dentro da perspectiva da ação penal pública, que tanto o Código Penal como o Código de Processo Penal reconhecem um rol de crimes que, a despeito de serem processados por meio de ação iniciada pelo Ministério Público, dependem de uma prévia manifestação do ofendido (representação) ou do Ministro da Justiça (requisição).<sup>21</sup>

Nas chamadas ações penais de iniciativa pública condicionada, sua existência deriva do fato de que o legislador considera, por conta do equilíbrio entre a gravidade do crime e o desejo da vítima em ver apurado o fato criminoso, que esta última manifestação de vontade seja uma condicionante à averiguação do fato criminoso.

Em outro plano do direito de ação, também há o reconhecimento da legitimação conferida ao particular – *rectius* ofendido – para iniciar e dar continuidade à ação penal de caráter privado nas infrações

---

<sup>21</sup> O Direito Português também possui estruturação semelhante, quando observados os chamados crimes público e semi-públicos: “Nos crimes públicos, o MP, depois de tomar conhecimento da notícia do crime, promove, obrigatória e oficiosamente, o processo penal, dando início à fase do inquérito... Depois de proceder às diligências de investigação, o MP decide, com plena autonomia, se o arguido deverá ou não ser submetido a julgamento. (...) Nos crimes semi-públicos, a promoção do processo penal por parte do MP está dependente da apresentação de queixa por parte do ofendido ou de outras pessoas a quem a lei confere esse direito...” (CARVALHO, Paula Marques. *Manual prático de processo penal*. 8. Ed. Almedina: Coimbra, 2014. p. 42).

penais de menor gravidade (art. 30 do CPP), sem que isso desnature<sup>22</sup> o caráter público subjetivo<sup>23</sup> do direito de ação<sup>24</sup>.

Se é verdade que o sistema processual atribuiu a exclusividade da ação penal pública ao Ministério Público, também o é a real preocupação do legislador em estabelecer mecanismos de controle aos poderes concentrados nas mãos do órgão ministerial.

Como já advertia Frederico Marques “o Ministério Público não é o proprietário da ação penal e, sim o seu agente”<sup>25</sup>. A titularidade do direito de ação não estaria acompanhada de eventual discricionariedade para a sua deflagração, diante do seu caráter obrigatório e indisponível.

A função anômala do juiz no arquivamento do inquérito policial<sup>26</sup>, a ação penal de iniciativa privada subsidiária e as construções

---

<sup>22</sup> Acreditamos que o direito de ação ostenta natureza pública, por significar o ato de solicitar ao estado-juiz a prestação jurisdicional. A ação não se confunde com o processo e nem com a legitimação. O fato de se atribuir legitimidade ao particular não desnatura a natureza pública do instituto, já que ele também a detém para o ajuizamento de ação coletiva (cidadão e associações) e nem por isso cogita-se uma natureza privada às ações populares e civis públicas.

<sup>23</sup> Tornaghi refutava o caráter público da ação penal de iniciativa privada: “Tampouco pode levar à afirmação de que toda a ação é pública, o fato de serem indisponíveis as formas processuais. Convém não confundir a ação com o processo. De que este é sempre público não há a menor sombra de dúvida. Também o processo civil é público e ninguém ousará dizer que a ação civil é pública. E, demais, não há na ação privada disposição alguma das formas legais do processo. O de que o ofendido pode dispôr é o direito de agir. Mas se age, tem de fazê-lo na conformidade da lei processual, cujas normas, quando imperativas, l. s., isto é, quando ordenam ou proíbem um comportamento, não podem ser mudadas pela vontade privada. Afirmar que a ação é pública pelo que fim a que visa é o mesmo que dizer que um brasileiro que se destina à Europa é europeu.” (TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Vol. III. p. 335).

<sup>24</sup> “Por tudo isso, a rigor, constitui uma impropriedade falar em ação penal pública e privada, eis que toda a ação penal é pública, posto que é uma declaração petitoria, que provoca a atuação jurisdicional para instrumentalizar o Direito Penal e permitir a atuação da função punitiva estatal. Seu conteúdo é sempre de interesse geral.” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 359).

<sup>25</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1998. p. 307.

<sup>26</sup> “Além disto, o poder de arquivar a *informatio delicti*, o Ministério Público o não tem de maneira absoluta. Apesar de dominus a ação penal, ele precisa re-

doutrinárias denominadas ação penal concorrente<sup>27</sup> e ação penal pública subsidiária da pública são exemplos marcantes destinados a evitar o arbítrio potencialmente praticado pelo Ministério Público, especialmente quando não exerce a pretensão acusatória diante de indícios para tal.

A ação penal de iniciativa privada<sup>28</sup>, alvo hoje de críticas<sup>29</sup>, tem origem preponderantemente política, já que o Estado transfere ao particular a legitimidade extraordinária, em verdadeira substituição processual – particular atua em nome próprio na defesa de direito alheio – por considerar que as consequências da instauração da ação penal são tão ou até mais gravosas do que o próprio resultado do ato delituoso<sup>30</sup>.

Dentre as suas subdivisões, interessa-nos para os fins da reflexão proposta, a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, prevista nos arts. 5º, LIX da Constituição da República, 29 do Código de Processo Penal e 100, §3º do Código Penal, criadores de um controle externo da atividade acusatória desempenhada pelo Ministério Público.

---

querer o arquivamento ao juiz (Código de Processo Penal, artigo 28), o que se dá justamente em consequência do princípio da legalidade. O órgão judiciário é chamado a intervir, na qualidade de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal.” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. Vol. I. p. 311).

<sup>27</sup> Súmula n. 714 do STF: “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções”.

<sup>28</sup> O projeto do novo Código de Processo Penal termina a existência da ação penal privada propriamente dita e personalíssima, preservando apenas a subsidiária da pública, por força do mandamento constitucional.

<sup>29</sup> “O interesse que move o Ministério Público não se liga à pessoa do ofendido, mas é um interesse não personificado: difuso. Em uma ordem jurídica que se deseja democrática não há espaço para um processo penal derivado de interesses individuais, ainda que relevantes, pois o crime atinge valores coletivos reinantes na sociedade como um todo.” (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 467).

<sup>30</sup> “Na ação penal privada (é o que explica BATTAGLINI, no tocante ao diritto di querela), há ‘uma subordinação do interesse público ao interesse privado, que decorre ou da conveniência para o Estado em sopesar o interesse privado em face do interesse público, embora bem grande este ou da tenuidade do interesse público, ou, finalmente, dos dois motivos combinados.” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. Vol. I. p. 324).

Seu cabimento está relacionado à inércia do Ministério Público em promover a ação penal de iniciativa pública cabível para apuração do fato delituoso. Por inércia, leia-se a postura de desídia, inatividade do órgão ministerial, seja para apuração do fato delituoso mediante investigação direta, pela requisição de diligências após conclusão do inquérito, pelo requerimento de arquivamento do inquérito policial ou pelo decurso do prazo legal para oferecimento da denúncia<sup>31</sup>.

Pelo que se expôs até agora no tocante à ação penal de iniciativa pública incondicionada, condicionada à representação e de iniciativa privada, há a existência de *três níveis de interlocução* entre a persecução penal e a vontade do sujeito passivo em ver a conduta criminosa apurada, levando em consideração o *consentimento*, a *disponibilidade do direito* e o chamado *strepitus iudicii*, a repercussão derivada da instauração da ação penal na esfera de intimidade da vítima.

Quando construiu a disciplina das ações penais o Estado reconheceu três graus de tutela de bens jurídicos penais. O primeiro deles de caráter praticamente indisponível<sup>32</sup>, seria o das ações penais de iniciativa pública incondicionada, em que a apuração do fato criminoso, dada a sua gravidade, supera eventual necessidade de consentimento da vítima e também não se submete a discricionariedade do legitimado para ação. Havendo a presença de justa causa (suporte probatório mínimo) está o acusador legitimado e obrigado a iniciar o processo penal com o oferecimento da ação penal, independentemente da repercussão que possa advir da persecução estatal.

O segundo nível considera equivalentes<sup>33</sup> a importância da apuração do fato criminoso e a necessidade de se buscar o consentimento

---

<sup>31</sup> JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. Ed. Salvador: Juspodivim, 2016. p. 475.

<sup>32</sup> A Lei dos Juizados Especiais Criminais e a de Organizações Criminosas quando tratam dos institutos despenalizadores (transação penal e suspensão condicional do processo – arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95) e da possibilidade de não oferecimento da denúncia no caso de colaboração (art. 4º, §4º da Lei n. 12.850/2013) flexibilizam a obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal.

<sup>33</sup> “Em certos crimes, a conduta típica atinge tão seriamente o plano íntimo e secreto do sujeito passivo que a norma entende conveniente, não obstante a lesividade, seja considerada a sua vontade de não ver o agente processado, evitando que o bem jurídico sofra outra vez a lesão por meio do *strepitus fori*.”

do ofendido, seja por meio de representação ou requisição do Ministro da Justiça, em razão da repercussão do crime. A ação penal de iniciativa pública passa a ser condicionada a essa prévia manifestação. No entanto, por conservar a legitimidade nas mãos do Estado (Ministério Público), a obrigatoriedade e a indisponibilidade da pretensão subsistem.

No último nível fica estabelecido que a apuração do fato criminoso é menos importante que o consentimento da vítima, visto que a repercussão decorrente da persecução penal é tamanha, a ponto de causar maiores males ao ofendido<sup>34</sup>. Por essa razão, o legislador cede ao particular a avaliação quanto a deflagração da ação penal de iniciativa privada (consentimento) e a própria disponibilidade e conveniência de seu prosseguimento (perdão, renúncia e desistência).

Saindo do terreno da ação penal de iniciativa privada subsidiária, é importante considerar outra modalidade de controle externo do exercício da pretensão penal, decorrente do regramento do art. 28 do Código de Processo Penal. O dispositivo atribui ao juiz aptidão para deferir a promoção de arquivamento do inquérito policial ou, em caso de discordância dos termos ali postos pelo membro do órgão ministerial, submeter à apreciação do Procurador Geral de Justiça (Ministério Público Estadual) ou às Câmaras de Coordenação e Revisão (Ministério Público Federal) a proposta de arquivamento<sup>35</sup>. Nessa ótica, haveria o exercício de um controle externo (juiz) somado ao controle interno (chefia institucional).

---

Há uma colisão de interesses, entre a exigência da repressão do sujeito ativo e a vontade da vítima, de que a sociedade não tome conhecimento do fato que lesionou a sua esfera íntima. Nestes casos, em consideração ao segundo interesse, o Estado permite que a conveniência do exercício da ação penal seja julgada pela vítima ou eu representante legal.” (JESUS, Damásio E. Direito Penal. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. I. p. 658).

<sup>34</sup> “Nessas hipóteses, a lei, atendendo à tenuidade da lesão, atendendo ao seu caráter tão profundamente particular, cujo *strepitus iudicii*, afetando a honra das pessoas e a dignidade das famílias, pode causar maior mal que a impunidade do próprio crime à sociedade, e atendendo, ainda, que, nesses casos, a produção da prova depende quase exclusivamente do concurso do ofendido, o Estado, então, concede ao particular ou a seu representante legal o *jus persequendi in iudicio*.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25).

<sup>35</sup> “Como se vê, no procedimento de arquivamento, o juiz funciona como fiscal do princípio da obrigatoriedade, exercendo função anômala, porque não jurisdicional. Destarte, a decisão de arquivamento jamais terá a eficácia de uma

É verdade que o art. 28 do CPP não trata de previsão do exercício subsidiário da ação penal, como ocorre na ação penal privada, por buscar a atividade do juiz a preservação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. A remessa dos autos à chefia do Ministério Público objetiva assegurar que o órgão ministerial possa rever a questão do arquivamento e se manifestar terminativamente a seu respeito.

Não podemos deixar de considerar a existência de um controle interno do exercício da pretensão penal acusatória. Modernamente, fala-se em uma ação penal de iniciativa pública subsidiária da pública, apontando-se três hipóteses diversas. Trata-se de uma classificação com maior repercussão na dimensão paralela dos concursos públicos para carreiras jurídicas<sup>36</sup> do que nos próprios livros de doutrina<sup>37</sup>.

Em linha de síntese, o primeiro exemplo desta modalidade de ação penal estaria previsto no Decreto-Lei nº 201/1967, que regulamenta o processo e julgamento dos prefeitos pela prática dos crimes de responsabilidade. Adota-se um rito semelhante ao dos crimes praticados por funcionário público regulado pelo Código de Processo Penal, pois antes de oferecida a denúncia há a necessidade de defesa prévia. Conforme a dicção do referido Decreto-Lei, os órgãos federais, estaduais ou municipais, interessados na apuração da responsabilidade do prefeito, podem requerer a abertura do inquérito policial ou a instauração da ação penal pelo Ministério Público, bem como intervir, em qualquer fase do processo, como assistente da acusação (art. 2º, §1º).

A legitimidade para a deflagração da ação penal nestes crimes, como regra geral, pertence ao Ministério Público estadual. Entretanto, diante de eventual inércia daquele órgão acusatório, a ação penal poderá ser deflagrada pelo Procurador-Geral da República, nos termos do

---

sentença de mérito. “ (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 205).

<sup>36</sup> “Há ainda quem admita uma terceira classificação da ação pública: a ação penal pública subsidiária da pública. Para os adeptos dessa orientação, a referida modalidade de ação penal encontra-se prevista em duas situações” (AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 4. Ed. São Paulo: Método. 2012. p. 225).

<sup>37</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 508.

art. 2º, §2º, do epígrafado Decreto-Lei. Seria um caso de legitimação supletiva do chefe do Ministério Público da União, evitando eventual impunidade advinda da desídia do *parquet* estadual.

A segunda hipótese sugerida por esta classificação seria a do art. 27 da Lei nº 7.492/1986, referente à atribuição para oferecimento da denúncia diante da omissão do Procurador da República em deflagrar a ação penal em crimes praticados contra o sistema financeiro. O dispositivo legal permite ao ofendido representar ao Procurador-Geral da República, que poderá oferecer a denúncia ou designar outro membro do MP para assim o fazer.

Por último, aponta-se o art. 357, §§3º e 4º, do Código Eleitoral como outra hipótese de ação penal de iniciativa pública subsidiária da pública. Na inércia do órgão do MP eleitoral em oferecer a denúncia, pode o juiz oficial ao Procurador Regional para que outro membro seja designado.

Se pensarmos sob a ótica do princípio da unidade do Ministério Público, chegaríamos a conclusão que todos os exemplos antes indicados na ação penal de iniciativa pública subsidiária da pública referir-se-iam muito mais a matéria de atribuição e seu eventual deslocamento do que a uma verdadeira legitimação subsidiária<sup>38</sup>, razão pela qual a classificação como modalidade autônoma de ação penal seria inadequada.

Nossa opinião assim se escora na perspectiva moderna da unidade, que compreende o caráter uno, no plano funcional-finalístico, dos diversos Ministérios Públicos. É dizer, a opção do constituinte e do legislador ordinário é considerar que o Ministério Público quando encarado do ponto de vista do exercício de atividade-fim constitui uma única instituição, pouco importando o seu fracionamento federativo, raciocínio este também aplicável à Defensoria Pública.

---

<sup>38</sup> “A dispor sobre a existência de um único Ministério Público, que abrangeria uma diversidade de instituições autônomas entre si, a Constituição de 1988 encampou ‘a unidade com inclusão da variedade’. A partir dessa conclusão pode-se afirmar que o princípio da unidade, contemplado no §1º do art. 127 da Constituição de 1988 atua como evidente reforço argumentativo, indicando que tanto o Ministério Público da União como os Ministérios Públicos dos Estados, cada qual em sua esfera de atribuições, atuam como partes indissociáveis de um único e mesmo corpo.” (GARCIA, Emerson. *Ministério público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 123).

Pois bem! Compreendidos os espaços de iniciativa da ação penal e os níveis de tutela de bens jurídicos penais, torna-se necessário adentrar ao campo do direito material propriamente dito para melhor compreensão da titularidade destes bens.

## **II - A DEFESA DE BENS JURÍDICOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO INTERNO NOS CHAMADOS “CRIMES VAGOS”**

A moderna doutrina penal há muito rediscute o conceito de bem jurídico questionando até que ponto essa categoria seria útil e adequada diante da morfologia conceitual aplicada a partir de visões positivistas, funcionalistas, neokantianas e ontológicas. Muitos doutrinadores sempre trataram o bem jurídico como um critério criminalizador, negando o seu caráter de objeto do Direito Penal, enquanto outra parcela sempre enxergou o bem jurídico como o próprio alvo da proteção jurídica<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> “Então, embora possa haver, nos dias atuais, correntes que neguem importância ao bem jurídico, pretendendo a consideração do Direito Penal exclusivamente em seu sentido sistêmico, como a defendida por Günther Jakobs, na Universidade de Bonn – Alemanha, não parece correto abandonar a referência ao bem jurídico e, portanto, aos valores e interesses fundamentais da sociedade, mesmo que possam agora também assumir caráter supra-individual, pois são esses valores que deverão constituir os mínimos éticos cuja expectativa social é tutelada pelas normas que compõem o sistema penal. Porém, se não se pode, de um lado, como a maior parte da doutrina, concordar com uma concepção exclusivamente sistêmica do direito penal, em seu sentido auto-poietico – no qual os indivíduos não fazem parte do sistema social, e sim de seu entorno, na expressão de Luhmann -, é inegável, de outro, que o sentido comunicacional da sociedade ganha importância fundamental no exame da legitimidade da intervenção penal. Se é assim, a concepção pessoal do bem jurídico não se revela mais adequada, nesse novo contexto, estando a merecer estudo mais aprofundado, para o fim de revisão. A compreensão do real sentido do bem jurídico-penal, no contexto de um sistema aberto, baseado em uma sociedade pluralista na qual os valores se pautam no mundo de vida de cada um, deve levar em conta os partícipes da comunicação, que se movem no horizonte de possibilidades irrestritas de entendimento a fim de atingir a auto-realização social. Dentro desse sistema, o bem jurídico ganhará contornos mais públicos, mas ainda continua a representar o padrão crítico irrenunciável pelo qual se deve aferir a observância à função e, conseqüentemente, a legitimação do direito penal em cada caso concreto.” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*. São Paulo: IBCCRIM. N. 01, mai-ago, 2009. p. 27).

Como bem adverte Juarez Tavares, a conceituação do bem jurídico assumirá sua respectiva forma a partir do modelo punitivo adotado pelo ordenamento jurídico. A perspectiva positivista e neokantiana<sup>40</sup>, por exemplo, traz a concepção de bem jurídico a partir da norma definidora de interesses juridicamente protegidos. No entanto, refutando a origem positivista o autor também pondera “*que a noção de bem jurídico não pode ser posta como legitimação da incriminação, mas como sua delimitação...*”<sup>41</sup>.

De fato, talvez não seja mais atual a visão do Direito Penal como protetor do bem jurídico. No entanto, é inegável que nosso sistema ainda é conformado para expressar a proteção dos direitos da pessoa humana e de outros direitos que permitam o pleno exercício da existência humana<sup>42</sup>, como é o exemplo da preservação de um meio ambiente sadio e sustentável<sup>43</sup>. Ainda que a tese funcionalista de Jakobs refute a necessidade de ligação entre intervenção penal e bem jurídico, como também aponta Cirino dos Santos<sup>44</sup>, fato é que nossa cultura ainda se escora nessa realidade.

---

<sup>40</sup> “Dadas as variedades com que se apresenta, é praticamente impossível conceituar exaustivamente bem jurídico. As conceituações, geralmente, procuram esclarecer de forma sintética as diretrizes do pensamento jurídico quanto ao conteúdo do injusto e às finalidades da norma, o que conduz a confundirlos, indevidamente com o próprio bem jurídico.” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 181).

<sup>41</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 201.

<sup>42</sup> “Em suma, a tese do bem jurídico como critério de criminalização e como objeto de proteção penal – ainda que a concreta lesão do bem jurídico indique a ineficácia da proteção – explica o Direito Penal como garantia jurídico-política das formações sociais capitalistas.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 16).

<sup>43</sup> “Desse modo, a proteção de direitos humanos, como condição de defesa individual perante o Estado despótico, além de ser um programa, é fundamento do próprio Estado democrático, que se deve, pois, ocupar de garantir a todos o pleno exercício de seus direitos fundamentais. Isso quer dizer que a legitimidade da atuação estatal, no sentido de um exercício protetivo, está vinculada a que sua atuação se faça necessária para impedir a interferência e outrem no exercício de direitos do próprio indivíduo, o que fundamenta a constituição de um direito subjetivo desse indivíduo a determinada condição de garantia.” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 181).

<sup>44</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.* p. 16.

Enquanto o Direito Penal se “ocupar” da proteção de bens jurídicos, espaço ainda haverá para debater a quem eles se destinam. E, dentre os pressupostos clássicos da teoria do crime, sabemos que as infrações penais podem ter vários sujeitos passivos, sempre a depender do bem jurídico tutelado pelo tipo penal infligido.

A regra geral é a de que a defesa de todos os bens jurídicos pertence ao Estado. Isto o torna um sujeito passivo constante, universal, ou seja, em todas as infrações penais, o Estado é vítima, seja pelo ataque direto ao seu interesse (crimes contra a administração pública), seja pela simples inobservância de suas normas, em virtude do conceito formal de crime (crimes contra vida, por exemplo).

Há, no entanto, categorias de infrações penais que contemplam uma duplicidade ou multiplicidade de sujeitos passivos, por considerar tanto o Estado e pessoas naturais ou jurídicas como titulares do direito violado (crimes contra a honra, crimes contra a dignidade sexual, dentre outros), em virtude do desdobramento do conceito material de crime.

Poderíamos assim compreender na infração penal em que haja multiplicidade de sujeitos passivos, o Estado na condição de sujeito indireto (violação à norma jurídica) e a vítima ostentando a qualidade de sujeito passivo direto por sofrer a agressão ao bem jurídico.

É para esta última categoria específica de crimes que o art. 5º, LIX da CRFB dirige a chamada ação penal de iniciativa privada subsidiária pública, evitando que haja impunidade do delito em razão da inércia do órgão acusador. Sempre que o Estado resta inerte na persecução penal, emerge ao sujeito passivo direto da conduta a legitimidade para agir e ver apurada a infração – ação penal de iniciativa privada subsidiária, desde que aja no prazo decadencial de 6 (seis) meses.

Todavia, a ação penal de iniciativa privada subsidiária foi construída a partir da legitimação de um ofendido determinado, o que afastaria a sua aplicabilidade da coletividade e de entes despersonalizados. Temos, nesses casos, uma situação em que o sistema processual não contempla um instituto capaz de permitir a adequada persecução das condutas delituosas em que a proteção do bem jurídico espelha a coletividade.

Resta-nos então, identificar se haveria espaço para o exercício de outra modalidade de legitimação para ação penal, específica para a tutela de bens jurídicos referentes à coletividade, sempre que houver

inércia do órgão do Ministério Público. Para tanto, torna-se necessário delimitar a extensão desta proteção coletiva e indicar quem seriam o(s) protagonista(s) desta proteção jurídica.

Há algum tempo que se discute a existência de bens jurídicos coletivos e difusos penais, especialmente quando levada em consideração a defesa dos direitos humanos, do meio ambiente, da saúde pública, da segurança viária, da incolumidade e paz pública, dentre outros.

O tipo penal nestes casos tem o propósito de evitar que condutas delituosas possam operar efeitos prejudiciais à sociedade assim considerada, sem que haja uma pessoa diretamente atingida pelo fato criminoso.

Haveria sentido em se admitir que a proteção de bens jurídicos com repercussão particular fosse ainda mais intensa do que a proteção destinada à coletividade? Se respondermos afirmativamente, a extensão da ação penal de iniciativa privada subsidiária seria suficientemente adequada, tornando-se inócua qualquer discussão a respeito de sua extensão.

Entretanto, quando consideramos que a proteção de bens jurídicos deve ser adequada e eficaz a ponto de preservar o convívio sadio entre os integrantes da população, não resta dúvida de que a inércia do Ministério Público na promoção da apuração do fato criminoso transindividual não deve passar incólume.

O caráter transcendente dos crimes cujo sujeito passivo é a coletividade demanda que haja uma alternativa a desídia do Ministério Público na sua tutela, permitindo-se que outros personagens possam defender os interesses da sociedade, em caráter excepcional.

A concentração de poderes é uma premissa já rechaçada na defesa de direitos coletivos não penais, como veremos mais adiante. No campo penal, pensamos que essa premissa também seja discutida, sem que isso signifique uma perda de poderes do Ministério Público, já que ele deve ser o tutor dos interesses penais.

É por esta razão que este estudo propõe uma reinterpretação do papel da Defensoria Pública e da Fazenda Pública na defesa da coletividade, especialmente para atuação supletiva nos casos de desídia do órgão acusatório na tutela de direitos difusos e coletivos de natureza penal<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) é o diploma normativo que melhor define a distinção entre direitos difusos e coletivos,

### III - O PAPEL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS CONFERIDO À DEFENSORIA PÚBLICA E ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

É inegável que mesmo antes da reforma operada pela Lei Complementar n. 132/2009, a Defensoria Pública já atuava perante o sistema interamericano de direitos humanos, buscando a defesa das normas do Pacto de San José da Costa Rica e dos demais tratados internacionais pertinentes às suas funções institucionais.

Contudo, foi a Emenda Constitucional n. 80/14 que trouxe marco normativo significativo à instituição, pela constitucionalização da sua função de promoção de direitos humanos. Talvez do ponto de vista prático, a ampliação do texto constitucional não tenha trazido nenhum impacto ao exercício das funções institucionais. No entanto, a amplitude do significado das normas que tratam da Defensoria Pública é que fortalecem a sua intervenção em novos espaços de atuação.

A tese do controle jurisdicional de convencionalidade das leis, muito bem construída por Valerio Mazzuoli<sup>46</sup> é um dos mais atuais instrumentos de aplicação da Defensoria Pública, na interpretação e debate da práxis jurídico-nacional.

Nesta seara de ideias, a promoção de direitos humanos não pode se resumir a simples invocação das normas da Convenção

---

*verbis*: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

<sup>46</sup> “...é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo em vigor no país.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2013. p. 79).

Americana de Direitos Humanos em Ações Civis Públicas, *Habeas Corpus* e premiações institucionais.

As medidas de aplicação dos direitos humanos devem ser muito mais profundas diante da missão constitucional conferida à Defensoria Pública, compreendendo a educação em direitos, a promoção, difusão, defesa e conscientização dos direitos humanos, na forma do art. 4º, III da Lei Complementar n. 80/94.

A promoção de direitos humanos significa o papel de defesa das vítimas também enquanto grupo. Essa proteção representa um verdadeiro papel repressivo da Defensoria Pública, buscando a responsabilização de todos aqueles que atentarem contra direitos humanos, especialmente quando praticadas condutas criminosas atentatórias à coletividades, como ocorre no caso do oferecimento de denúncias perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

É verdade que a doutrina internacional aponta que a tutela penal tem atropelado direitos humanos, especialmente quando se discute a defesa contra atos terroristas, inclusive com a possibilidade de derrogação das disposições das convenções sobre direito humanos<sup>47</sup>, a exemplo do art. 15º da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

A pretexto de protegê-los, o Direito Penal vem se tornando um verdadeiro instrumento de violação das normas de direitos humanos, especialmente aquelas destinadas à proteção do acusado.

Sobre a potencial deficiência na proteção dos direitos humanos, mérito deve ser destacado à Defensoria Pública, instituição que há mais de uma década tem assegurado a defesa das normas de direitos humanos nas mais variadas vertentes.

Essa, aliás, é uma das razões pelas quais a Organização dos Estados Americanos – OEA, anualmente edita atos reforçando a importância de se preservar a autonomia da Defensoria Pública, por reconhecer a importância da instituição dentro de um estado nacional e, principalmente, para a tutela dos direitos humanos.

---

<sup>47</sup> CASSEL, Doug. *International human rights law and security detention*. Disponível em: [http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1681&context=law\\_faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1681&context=law_faculty_scholarship). Acesso em: 29 set 2016.

O caráter universal dos direitos humanos os transformam em verdadeiros direitos difusos da humanidade, exigindo da instituição um perfil muito mais combativo e inclusivo, utilizando-se de medidas não só judiciais (ações individuais e coletivas), mas também extrajudiciais (termos de ajustamento de conduta, recomendações administrativas, audiências públicas e atendimento *in loco*), tanto no âmbito interno como em sede internacional.

O fato de a Defensoria Pública exercer a defesa dos direitos humanos da população carcerária e dos acusados no processo penal não a impedirá de tutelar, supletivamente outros direitos humanos relacionados às vítimas de crimes, tal como já ocorre, por exemplo, no caso das mulheres vítimas de violência doméstica.

Nesta mesma perspectiva de direitos difusos, não podemos nos olvidar do papel atribuído à Defensoria Pública para o desempenho da tutela coletiva. O processo histórico-evolutivo de sua participação nesta forma de tutela de interesses revela o quão bem intencionada é a instituição no plano da defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, facilitando o acesso à justiça dos grupos mais vulneráveis<sup>48</sup>.

O primeiro passo da Defensoria Pública no plano das ações coletivas se deu através do desempenho da representação processual das associações legitimadas que não poderiam arcar com os custos de um advogado e procuravam a instituição para o ajuizamento da ação coletiva.

Posteriormente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, reconheceu-se que os órgãos da Defensoria Pública voltados para a assistência jurídica de consumidores poderiam exercer a legitimidade para ação coletiva com suporte no art. 82, III<sup>49</sup> daquele diploma.

---

<sup>48</sup> “Do ponto de vista funcional e levando-se em consideração a atual realidade da Defensoria Pública, a grande alteração operada pela Emenda Constitucional n. 80/2014, no art. 134, caput, refere-se a atuação coletiva da instituição.” (SILVA, Franklyn Roger Alves. *A nova formatação constitucional da defensoria pública à luz da emenda constitucional n. 80/14*. Disponível em: <<http://www.cursocei.com/reflexos-da-ec-n-80-de-2014>>. Acesso em: 13 mai 2016).

<sup>49</sup> “O presente trabalho é dedicado à conquista da legitimidade para as ações coletivas. Conquista? Mas a Defensoria Pública já não vinha atuando com desembaraço nesse terreno? E já não havia julgados de vários tribunais brasileiros, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, afirmando a legitimidade da instituição para demandas coletivas? De fato, a Defensoria

O sucesso da atuação da Defensoria Pública no plano consumerista levou o legislador a conceder a ampla legitimação, através da inclusão da instituição no rol do art. 5º da Lei n. 7.347/85 por meio de alteração operada pela Lei n. 11.448/07.

O próprio Superior Tribunal de Justiça em acórdão paradigmático que tratava da legitimidade institucional com fundamento na atuação em defesa de consumidores<sup>50</sup>, reafirmou na *ratio decidendi* que a legitimação da Defensoria Pública prevista na Lei n. 7.347/85 derivava da máxima interpretação das normas constitucionais, em especial os arts. 5º, LXXIV e 134, que reconheciam o direito a assistência jurídica integral e gratuita.

Houve, no entanto, o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943, perante o Supremo Tribunal Federal. Nesta ação pretendia-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, II da Lei da Ação Civil Pública, sob o fundamento de que a tutela coletiva desvirtuaria o desempenho das funções institucionais da Defensoria Pública.

Não obstante o questionamento da constitucionalidade da legitimação da Defensoria Pública, a instituição foi adiante no plano da tutela coletiva e, na reforma da Lei Complementar n. 80/94, realizada em 2009 com o advento da Lei Complementar n. 132, introduziu diversas novas funções no seu rol de atuação (art. 4º), dentre elas o reforço da legitimidade para a tutela coletiva.

A principal mudança de paradigmas normativos ocorreu no ano de 2014, com o advento da Emenda Constitucional n. 80 que alçou ao nível da Constituição da República a legitimidade coletiva da Defensoria Pública. Esta pequena reforma no texto de nossa Carta teve grande relevância para a instituição, especialmente no julgamento da

---

Pública vem frequentando assiduamente o processo coletivo, até porque estamos no século XXI e os conflitos apresentam-se cada vez mais complexos e abrangentes.” (SOUSA, José Augusto Garcia de. A nova lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da defensoria pública para ações coletivas. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. *A defensoria pública e os processos coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 189-190).

<sup>50</sup> STJ - Recurso Especial Nº 912.849-RS (206/0279457-). Min. José Delgado.

ação de inconstitucionalidade. Um dos fatores levados em consideração pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a constitucionalidade da legitimação da Defensoria Pública para o ajuizamento de ações coletivas era exatamente a existência de previsão constitucional da legitimidade.

Se partirmos da premissa de que a Defensoria Pública dispõe de atribuição plena para a defesa dos direitos humanos e de interesses difusos e coletivos, inclusive com amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos resta agora identificar a extensão desta missão no processo penal.

Em momento anterior deste tópico indicamos a pertinência do Código de Defesa do Consumidor para a definição dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>51</sup>. Foi nele, inclusive, que apontamos o embrião de legitimidade extraordinária da Defensoria Pública para a tutela coletiva. Agora, mais uma vez, invocaremos o conteúdo de nosso código consumerista, desta vez para afirmar um primeiro pilar de sustentação da legitimidade da Defensoria Pública para a deflagração de uma ação penal supletiva.

De acordo com o seu art. 80, no processo penal relativo aos crimes ou contravenções previstos pelo CDC ou em outros diplomas de proteção consumerista, podem intervir como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, inciso III e IV (entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos de consumidores) e propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal.

O Superior Tribunal de Justiça já considerou que a expressão “entidades e órgãos da Administração Pública” alcança os órgãos de atuação da Defensoria Pública. Assim, tanto ela – instituição públi-

---

<sup>51</sup> “Este dispositivo, com o passar do tempo, veio a se tornar a porta de entrada para a atuação da Defensoria Pública na defesa coletiva. Porém, tal permissivo, por si só, não a autorizava a ingressar com ações civis públicas. De fato, é certo que a Defensoria Pública já era órgão da Administração Pública direta quando houve a promulgação do Código de Defesa do Consumidor.” (LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria pública*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 235).

ca – como os demais órgãos da administração pública podem se habilitar como assistentes de acusação<sup>52</sup> em causas criminais que versem sobre infrações aos bens jurídicos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, assim como deflagrarem a ação penal no caso de inércia do Ministério Público.

Inobservado o prazo legal de oferecimento da denúncia, a Defensoria Pública ofereceria a peça acusatória deflagradora da ação penal supletiva<sup>53</sup>, permitindo-se ao Ministério Público aditá-la, repudiá-la ou oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do autor originário, retomar a ação como parte principal, mediante aplicação da disciplina do art. 29 do CPP.

Este primeiro exemplo, expresso no texto do Código de Defesa do Consumidor é deverás avançado, mas incompleto, já que a não alcança os interesses não relacionados às relações de consumo. Como fica então a legitimidade para defesa de outros direitos difusos e coletivos penais negligenciados pelo Ministério Público?

Pensamos que, da mesma forma prevista pelo CDC, quando houver um direito difuso ou coletivo de índole penal violado por meio de conduta criminosa (crime vago) em que não haja adequada ação ministerial, poderia a Defensoria Pública deflagrar a ação penal, aplicando-se a ela toda a disciplina do art. 29 do CPP (ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública).

A vida em coletividade exige a adequada proteção dos direitos e valores mais básicos. Os segmentos sociais vulneráveis merecem ampla proteção, sendo a Defensoria Pública legalmente encarregada de prestar assistência jurídica e defender esses interesses<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> O dispositivo é uma exceção à clássica exigência de legitimidade e interesse do assistente de acusação no processo penal.

<sup>53</sup> Entendemos, neste caso, que a Defensoria Pública deve oferecer uma denúncia, por se tratar do exercício de uma ação penal pública.

<sup>54</sup> “Segundo estabelece o art. 4º, XVIII, da LC n. 80/1994, constitui função institucional da Defensoria Pública ‘atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas’. A intenção primordial do dispositivo é garantir o amparo jurídico das vítimas, visando preservar as liberdades públicas e demo-

Que não se diga que a Defensoria Pública não possui papel para a tutela de interesses penais. O legislador construiu a Defensoria Pública como instituição dialética<sup>55</sup>, capaz de assegurar a assistência jurídica e a defesa de interesses nas mais variadas acepções<sup>56</sup>.

Plenamente razoável admitir que a Defensoria Pública possa exercer a pretensão acusatória subsidiária sem desnaturar o seu papel de defesa. Para isso a instituição é organizada a partir de princípios como defensor natural e independência funcional, todos expressos no texto da LC n. 80/94<sup>57</sup>. Seus Defensores Públicos jamais podem exercer

---

cráticas, controlar e afastar os atos de barbárie e possibilitar a identificação dos torturadores.” (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 367).

<sup>55</sup> O caráter dialético não pode ser confundido com uma suposta esquizofrenia institucional: “Isso, em hipótese alguma, pode significar uma limitação de atuação no campo de defesa, que deve ser amplo. Mas efetivamente no reconhecimento de que esta defesa deve ser ética e feita dentro dos parâmetros institucionais previstos na Constituição. Ou seja, o Defensor não pode ter a esquizofrênica posição de promover os direitos humanos e, ao mesmo tempo, sustentar teses que sustentem tais violações de direitos.” (COSTA, Renata Tavares da. *Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no tribunal do júri. Livro de Teses e Práticas Exitosas*. ANADEP: Paraná, 2015. p. 207).

<sup>56</sup> “Interessa notar que, na área criminal, tem o defensor público usualmente a atribuição de defesa, e é rara sua atuação como acusador. No entanto, tal mister deve ser exercido sem reservas, eis que direito do usuário. É comum, aqui, discussão sobre a colidência de interesses entre defensores, que impediria a Defensoria de atuar nos dois polos da ação, se o querelado também for carente. A objeção não nos parece procedente.” (JUNQUEIRA, Gustavo; ZVEIBEL, Daniel G; REIS, Gustavo Augusto Soares. *Comentários à lei da defensoria pública*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 80).

<sup>57</sup> “Inicialmente, convém esclarecer que não está escrito em lugar nenhum que a Defensoria Pública somente pode atuar em favor dos acusados ou de quem ocupa o polo passivo da ação penal. Muito pelo contrário, alias. A LONDP prevê pelo menos três funções institucionais da Defensoria que se identificam com a proteção da vítima: (I) ‘exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado’ (art. 4º, XI); (II) ‘patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública’ (art. 4º, XV); e (III) ‘atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas’ (art. 4º, XVIII).” (PAIVA, Caio. *Prática penal para defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 356).

interesses antagônicos na mesma causa, tal como se observa da norma obstativa de atuação prevista no art. 4º-A, V da LC n. 80/94<sup>58</sup>.

Não só como representante do querelante na queixa-crime ou representante da vítima habilitada como assistente de acusação<sup>59</sup> é que consiste a atuação acusatória da Defensoria Pública. O ordenamento jurídico permite que a instituição possa buscar a tutela penal supletiva em outros momentos.

Se o fundamento da nossa Carta é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a República tem como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e o de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, não nos parece que a atuação supletiva da Defensoria Pública esteja em desalinho com o texto constitucional.

A unidade da Defensoria Pública, sua autonomia funcional e a independência de seus membros permite que a instituição possa zelar supletivamente pela tutela penal nos crimes contra a coletividade, quando negligenciados pelo Ministério Público, sem que isso prejudique o papel de defesa que ela também exerce no processo penal.

Note-se que o papel de defesa desempenhado pela Defensoria Pública consiste em assegurar o acusado o acesso a todas as garantias processuais, permitindo que ele possa exercer o seu direito de defesa em paridade de armas ao órgão acusador.

---

<sup>58</sup> “Assim, enquanto o advogado particular se encontra jungido aos regramentos contidos no código de ética de sua categoria, podendo ocasionalmente, lidar com experiências que suscitem interesses colidentes entre clientes contratados, tal hipótese não se aplica ao defensor público, já que, havendo representante que atue ao lado da vítima concreta de um crime – com ênfase para vítimas de tortura e outros delitos graves, conforme art. 4º, inc. XVIII, da Lei Complementar 80/94 – impõe-se a designação de outro agente da Defensoria Pública que possa agir em favor do agressor.” (MARQUES, Karla Padilha Rebelo. *Implicações penais e processuais penais da defensoria pública*. In: ANTUNES, Maria João et al. *Novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 333).

<sup>59</sup> “Como representante jurídico do assistente de acusação, a Defensoria Pública pode ter um papel fundamental na formação do convencimento do juiz, pois além de contribuir na produção da prova condenatória, tem a prerrogativa de se manifestar em vários momentos do processo.” (DANTAS JUNIOR, Genival Torres. *A tutela da vítima pela defensoria pública na persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 20).

A missão constitucional de promoção de direitos humanos e da tutela coletiva (art. 134 da CRFB) somada aos objetivos e fundamento da República Federativa do Brasil, traduzem novo paradigma à tutela jurídica de infrações penais que tenham como sujeito passivo a coletividade.

É difícil compreender esse perfil acusatório da Defensoria Pública, ainda que a doutrina institucional inicie uma mudança no perfil institucional da Defensoria Pública, no que toca à tutela repressiva em prol da coletividade, vide a proposta de legitimação para a Ação de Improbidade Administrativa<sup>60</sup>.

Ao assumir a missão de promoção de direitos humanos e de defesa coletiva de direitos, a Defensoria Pública ergue-se como uma instituição não mais caracterizada pela assistência jurídica individual, mas como um personagem multifacetado do sistema jurídico.

Talvez com a experiência de ocupar os bancos da defesa, a Defensoria Pública possa contribuir para o próprio sistema acusatório, sensibilizando seus órgãos sobre formas de exercício pretensão da penal sem inobservância das garantias fundamentais do processo.

Em última análise, a tese que aqui se propõe restringe-se à atividade acusatória em prol da coletividade, quando omisso o Ministério Público na persecução penal, como um desdobramento do perfil solidário da instituição<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> “Assim é que, para subsumir a tutela jurisdicional da moralidade administrativa dentro da previsão constitucional afeta à legitimidade das Defensorias Públicas, é bastante a identificação da moralidade enquanto direito transindividual, sendo absolutamente irrelevante sua subcategorização”. (BOSON, Erick Palácio. *A defensoria pública e a tutela jurisdicional da moralidade administrativa*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 58).

<sup>61</sup> “Com a superação do modelo individualista, as funções da Defensoria pluralizaram-se e cresceram em versatilidade. Ganharam uma complexidade maior. A antiga dicotomia restou acanhada e insuficiente. Hoje, podemos enxergar pelo menos cinco tipos distintos de atribuições: a) atribuições ligadas à carência econômica; b) atribuições nas quais se tem, concomitantemente, a proteção de pessoas carentes e não carentes, como acontece, *v.g.*, em uma ação civil pública relativa a direitos difusos; c) atribuições que beneficiam de forma nominal pessoas não necessariamente carentes, repercutindo porém a favor de pessoas carentes, como, por exemplo, a representação judicial de um casal abastado que visa à adoção de uma criança internada; d) atribuições direcionadas a sujeitos protegidos especialmente pela ordem jurídica, possuidores de outras carências que não a econômica, a exemplo de um portador de deficiên-

Não pode a relação de consumo ter uma proteção jurídica mais intensa do que outros bens jurídicos ocupantes do mesmo pedestal de proteção estatal. Assim, é imperioso averiguar no ordenamento jurídico se há outra norma de legitimação para ação penal. E não é um trabalho tão difícil, bastando olhar para as normas nacionais que regem a Defensoria Pública.

Quando a Lei Complementar n. 80/94 atribui à Defensoria Pública, como uma de suas funções institucionais previstas no art. 4º, XV, “patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública”, estaria o ordenamento jurídico definindo uma nova forma de legitimidade através do referido dispositivo?

A resposta, a nosso ver, é parcialmente negativa. Entendemos que a Lei Complementar n. 80/94 inaugura sim uma legitimação para ação penal, mas não com fundamento no art. 4º, XV. Os verbos promover e patrocinar, quando empregados pelo estatuto da Defensoria Pública refletem atividades processuais diversas.

O verbo “promover” significa a atribuição de legitimidade a um indivíduo, entidade, órgão ou instituição para agir em juízo em nome próprio, seja para a defesa de direito próprio ou alheio. “Patrocinar” refere-se à atividade de representação processual conferida pelo ordenamento jurídico aos membros da Defensoria Pública, advogados públicos ou privados, que agem em juízo na qualidade de representantes das partes constituídas (hipossuficientes, vulneráveis, entes públicos, pessoas naturais ou jurídicas).

---

cia; e) e atribuições em favor primacialmente de valores relevantes do ordenamento, conforme as hipóteses da defesa do réu sem advogado na área criminal e da curadoria especial na área cível. Com a expansão verificada, as funções da Defensoria Pública passaram realmente a não mais caber na dicotomia típicas/atípicas. A simples leitura do rol acima reforça a necessidade de uma nova classificação, no mínimo uma nova terminologia. O que é realmente típico e o que é atípico no rol? Complicado dizer. Seria típica somente a atuação da letra “a”? Mas as hipóteses das letras “b” e “c” também não envolvem pessoas pobres? E a hipótese da letra “d”? É genuinamente atípica, à luz da hodierna pluralização do fenômeno da carência?” (SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/2009 – a visão individualista a respeito da instituição? In: *Uma nova Defensoria Pública pede passagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 32).

O que a Lei Complementar n. 80/94 quer dizer com o seu art. 4º, XV é que não obstante ter se atribuído o papel de defesa técnica no processo penal à Defensoria Pública não está ela impedida de representar interesses das vítimas, seja por meio da habilitação como assistente de acusação ou mediante ajuizamento das ações penais privadas, em todas as suas modalidades, como representante do ofendido.

O correto então é extrair a legitimação para a tutela penal a partir da leitura do art. 4º, VII da mesma lei quando permite à Defensoria Pública “promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes” e do art. 4º, III quando refere-se ao papel de “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”.

A expressão “promover todas as espécies de ações” constante do art. 4º, VII da LC n. 80/94 deve significar o emprego de medidas também na seara penal para a defesa dos direitos difusos e coletivos. Aqui conteria uma autorização, ou melhor, legitimação para a Defensoria Pública agir em juízo ou fora dele para a defesa destes direitos<sup>62</sup>, inclusive na justiça criminal.

A soma do art. 80 do CDC com o art. 4º, incisos III e VII da LC n. 80/94 permite concluir que a Defensoria Pública tem legitimação para atuar nas perseguições penais que versem sobre crimes atentatórios aos interesses difusos e coletivos penais, bem como aos direitos humanos, também em suas vertentes transindividuais<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Esta legitimação permitiria à Defensoria Pública valer-se de todos os instrumentos de tutela dos interesses da coletividade, a exemplo da ação civil pública, da ação de improbidade administrativa, do mandado de segurança coletivo, do compromisso de ajustamento de conduta, da recomendação administrativa, dentre outros.

<sup>63</sup> “Aqui é importante assinalar que a relação entre Estado e sociedade, quanto à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, não é unívoca, isto é, não há um único interesse público envolvido, mas uma grande contradição entre os interesses dos diversos grupos sociais e destes com os interesses individuais. Daí que não pode ser aceita a asserção de que os direitos humanos sociais constituem uma categoria diversa dos direitos difusos e coletivos, como se fosse uma mera ampliação da dualidade Estado-indivíduo, própria dos direitos civis e políticos, esta sim de outra natureza. Na realidade, a possi-

Caminhando já para a conclusão deste estudo, é importante apenas o reforço teórico quanto à extensão desta legitimidade, extraída das normas disciplinam o papel da Defensoria Pública. Estes dispositivos contemplariam uma legitimação plena ou supletiva da Defensoria Pública quando o Ministério Público se quedasse inerte na apuração do

---

bilidade de prestação estatal é múltipla e certamente não tem como alcançar todos os interesses envolvidos, seja pela limitação de ordem material, seja pela contradição eventual entre alguns deles, no que coincide a realização dos direitos sociais com a característica da litigiosidade intensa dos interesses transindividuais. Também a indeterminação dos sujeitos é comum a grande parte dos direitos humanos, com especial destaque para os ditos “globais”, também conhecidos como “direitos de solidariedade”. Neste caso, os direitos ao meio ambiente saudável, à paz, ao desenvolvimento sustentado, à livre determinação dos povos, entre outros, possuem o dado comum de pertencerem a um conjunto impreciso de pessoas, se não a toda a humanidade, unidas por uma situação de fato e pelo interesse comum de garantir a qualidade de vida no planeta. Ademais, a indivisibilidade do objeto é evidente, pois ainda que seja do interesse de cada membro do grupo, categoria ou classe social a proteção do interesse, a prestação correspondente não pode ser realizada, senão tendo em vista toda a comunidade, sem possibilidade de sua divisão em fração ou quota. Na realidade, os direitos humanos globais são típicos interesses difusos positivados ou direitos difusos. Enquadram-se plenamente nas características gerais comuns a todos os interesses transindividuais, já descritas acima, que constituem uma nova classificação das relações jurídicas, para além do esquema individualista dual, dentro do qual podem caber inúmeros direitos substantivos, desde que as demandas que regulem possuam os mesmos elementos construídos pela doutrina e referendados pela legislação. Igualmente, aqui podem ser vislumbrados os direitos econômicos, sociais e culturais, cujas demandas possuem, ao lado do sentido individual - como condição de exercício dos direitos civis e políticos, no que se afastam dos interesses difusos e coletivos - o de garantir a segmentos vulneráveis prestações que reduzam ou eliminem situações de desigualdade na sociedade. Tais conjuntos de pessoas dificilmente possuem o que o Código de Defesa do Consumidor chama de “relação jurídica base” (art. 81, § único, II), estando vinculadas pelo simples fato de possuírem características comuns. Suas demandas não são individualizáveis e as obrigações estatais decorrentes das normas constitucionais ou dos tratados internacionais são indivisíveis, isto é, não podem, em regra, serem realizadas tendo em vista uma pessoa determinada. Aliás, é a desigualdade material que constitui o dado central identificador do grupo social (que não necessariamente corresponde à realidade de cada um dos seus membros), em razão do que as providências eventualmente adotadas o são em vista da situação do grupo e não do indivíduo, muitas vezes não identificável.” (WEISS, Carlos. *Os direitos humanos e os interesses transindividuais*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/xtese3.htm>>. Acesso em: 13 jun 2016).

fato delituoso e não houvesse outros instrumentos de caráter não penal para a tutela de bens jurídicos difusos e coletivos penais atingidos?

Para isso, cremos que o tema deva ser interpretado à luz da Constituição da República. O art. 129, I define como função institucional do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Todos sabemos que a Constituição da República, quando define competências legislativas, emprega significados diversos às expressões “privativa” e “exclusiva”, atribuindo a primeira um caráter restritivo e à segunda um caráter excludente.

Se nos utilizarmos do mesmo raciocínio constitucional, com olhar para o art. 129, quando a Carta se refere à matéria ou ação “exclusiva”, apenas o órgão ou entidade indicado poderá exercer a parcela de poder que lhe é conferida. Por outro lado, quando há o emprego do termo “privativo”, significa dizer que apenas àquele órgão detém poder, mas impeditivo não há a que o poder possa ser diluído entre outros órgãos por meio de lei<sup>64</sup>.

Sendo a legitimidade do Ministério Público para a ação penal privativa e detendo ele também a missão de defesa da ordem jurídica e dos direitos difusos e coletivos, cremos que a atribuição da Defensoria Pública para o patrocínio de eventual ação penal que verse sobre direito difuso ou coletivo penal deva ocorrer de modo supletivo, em complementação ao art. 5º, LIX da Constituição, que trata da ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública.

Do mesmo modo, torna-se adequado compreender que as pessoas jurídicas de direito público interno, conforme a repartição constitucional de competências (arts. 21, 22 e 23 da CRFB) possam também partilhar de uma ação penal supletiva, ocupando seu polo ativo, em atenção ao papel do Estado em zelar pela defesa dos bens jurídicos. O art. 80 do CDC é expresso nesse sentido, quando outorga aos órgãos da administração pública o encargo de defesa das vítimas consumidoras na seara penal.

Se a migração de polos processuais já é uma realidade aplicada à Fazenda Pública, vide arts. 6º, §3º da Lei n. 4.737/65 (Ação Popular) e 17, caput e §3º da Lei n. 8.429/92 (Improbidade Administrativa), tal como a sua legitimidade para a ação de improbidade administrativa e

---

<sup>64</sup> É a interpretação que se extrai, por exemplo, dos arts. 21 e 22 da CRFB, quando tratam da competência legislativa da União.

demais ações coletivas (art. 5º da Lei n. 7.347/85), razão não há para negar essa atuação em prol dos direitos transindividuais.

Crimes praticados contra as relações de consumo, crimes ambientais e o tráfico ilícito de entorpecentes, por exemplo, poderão ser tutelados pela Fazenda Pública ou pela Defensoria Pública quando evidenciada a omissão do Ministério Público.

Que fique claro, no entanto, que Defensoria Pública e Fazenda Pública só atuarão em caráter supletivo, jamais invadindo as esferas de atribuição do Ministério Público no sistema penal.

O Ministério Público é o representante primário da sociedade na defesa da ordem jurídica e da persecução penal por escolha de nosso constituinte. Ao seu lado erigem-se a Defensoria Pública como uma instituição de defesa de direitos humanos e dos direitos transindividuais e a Fazenda Pública com o papel de salvaguarda de interesses da coletividade, sempre que houver uma proteção deficiente dos bens jurídicos.

## CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo é apenas o de suprir uma importante lacuna criada pelo processo penal brasileiro diante dos inúmeros avanços e reflexões traçadas na doutrina processual e no Direito Penal em matéria de defesa de bens jurídicos penais transindividuais.

Na conclusão desta breve reflexão percebemos que a adequada tutela dos direitos humanos e transindividuais na seara penal passa ao largo da solitária e penosa iniciativa do Ministério Público. Apesar de muitos ainda não enxergarem uma legitimidade supletiva da ação penal pública por parte de outros órgãos e instituições estatais, está ela ali para quem quiser reconhecê-la.

Em matéria de proteção de direitos individuais e coletivos, quanto mais legitimados maior a proteção daqueles direitos – argumento utilizado para ampliação de legitimação para a tutela coletiva<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> “1) O objetivo do Ministério Público ao visar a supressão da legitimidade da Defensoria Pública é o de evitar a concorrência da instituição na tutela coletiva. 2) A Constituição Federal não prevê a exclusividade do Ministério Público para o ajuizamento da Ação Civil Pública, ao que se depreende do art. 129, § 1º, da CRFB. Em verdade, a ampliação do rol de legitimados apenas serve como soma

O Código de Defesa do Consumidor e a legislação nacional da própria Defensoria Pública lhe permitem exercer a iniciativa da ação penal pública em matéria de direitos transindividuais em caso de inércia *parquet*.

A legitimidade *supletiva* tem lugar muito bem delineado, como apontamos neste estudo, e as discussões de caráter corporativo não são capazes de romper o modelo de defesa penal dos bens jurídicos difusos e coletivos.

De igual modo, os órgãos integrantes das pessoas jurídicas de direitos público precisam melhor digerir esse papel de proteção. O Estado deve ser capaz de romper o seu perfil de violador de direitos e exercer o propósito pelo qual foi criado, o de proporcionar a adequada e correta vida em sociedade.

Advirta-se apenas neste momento final que o objetivo deste estudo não é o de tornar ampla a legitimação da ação penal pública. O que pretendemos aqui foi preservar a titularidade da ação penal pública nas mãos do Ministério Público e, ao mesmo tempo, assegurar uma eficaz proteção de bens jurídicos no caso de inércia do *parquet*.

## REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 4. Ed. São Paulo: Método. 2012.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000.

---

de forças, permitindo que outra instituição também possa tutelar os interesses difusos. 3) A ampliação do rol de legitimados é apenas reflexo do movimento de crescente ampliação e facilitação do acesso à justiça. 4) A Constituição Federal no art. 134 não estabeleceu limites às atribuições da Defensoria Pública. A orientação jurídica e defesa dos necessitados é apenas uma das funções, sendo certo que a legislação pode estabelecer outras mais. 5) A interpretação do termo “necessitado” merece nova reflexão de modo a alcançar não apenas os hipossuficientes do ponto de vista econômico. A necessidade também é sinônimo de vulnerabilidade, de estrutura organizacional. 6) Muito antes da alteração da Lei de Ação Civil Pública a Defensoria Pública já atuava na tutela de interesses difusos, diante do permissivo constante do Código de Defesa do Consumidor.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer a respeito da constitucionalidade da Lei nº 11.448/2007, que conferiu legitimidade ampla à Defensoria Pública para a ação civil pública. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. *Uma nova Defensoria Pública pede passagem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 473-491).

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual*. Revista Liberdades. São Paulo: IBCCRIM. N. 01, mai-ago, 2009.

BOSON, Erick Palácio. *A defensoria pública e a tutela jurisdicional da moralidade administrativa*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CADIET, Loïc. Prolégomènes à une théorie générale du procès en droit français. In DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CASSEL, Doug. *International human rights law and security detention*. Disponível em [http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1681&context=law\\_faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1681&context=law_faculty_scholarship). Acesso em 29 set 2016.

COSTA, Renata Tavares da. Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no tribunal do júri. *Livro de Teses e Práticas Exitosas*. ANADEP: Paraná, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A fase preliminar do procedimento da ação de improbidade administrativa*. Disponível em: [https://www.academia.edu/375133/A\\_fase\\_preliminar\\_do\\_procedimento\\_da\\_ação\\_de\\_improbidade\\_administrativa](https://www.academia.edu/375133/A_fase_preliminar_do_procedimento_da_ação_de_improbidade_administrativa). Acesso em: 13 jun 2016.

CARVALHO, Paula Marques. *Manual prático de processo penal*. 8. Ed. Almedina: Coimbra, 2014.

COMPAREID, Carlos Roman; SANTAGATI, Claudio Jesús. *Manual de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 2010.

DANTAS JUNIOR, Genival Torres. *A tutela da vítima pela defensoria pública na persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GARCIA, Emerson. *Ministério público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer a respeito da constitucionalidade da Lei nº 11.448/2007, que conferiu legitimidade ampla à Defensoria Pública para a ação

civil pública. In SOUSA, José Augusto Garcia de. *Uma nova Defensoria Pública pede passagem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. A originalidade como condição para o regular exercício do direito de ação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, vol. 15, n. 15, 2015. <http://dx.doi.org/10.12957/redp.2015.16860>

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

JESUS, Damásio E. Direito Penal. Vol. I. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUNQUEIRA, Gustavo; ZVEIBEL, Daniel G; REIS, Gustavo Augusto Soares. *Comentários à lei da defensoria pública*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria pública*. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. Vol. I.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1997. Vol. I.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. Implicações penais e processuais penais da defensoria pública. In ANTUNES, Maria João *et al.* *Novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 3. Ed. São Paulo: RT, 2013.

PAIVA, Caio. *Prática penal para defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da teoria geral do processo. In CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (Org). *Bases científicas para um renovado direito processual*. Brasília: IBDP, 2008. V. 1.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *A nova formatação constitucional da defensoria pública à luz da emenda constitucional n. 80/14*. <http://www.cursocei.com/reflexos-da-ec-n-80-de-2014/>Acesso em 13 mai. 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Os efeitos do novo código de processo civil no direito processual penal: um feixe de luz para o caminho da sofisticação ou a permanência na escuridão? *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 423, 2016.

SOUSA, José Augusto Garcia de. A nova lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da defensoria pública para ações coletivas. In

SOUSA, José Augusto Garcia de. *A defensoria pública e os processos coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUSA, José Augusto Garcia de. *O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido – sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/2009 – a visão individualista a respeito da instituição? In Uma nova Defensoria Pública pede passagem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. Milano: Giuffrè. 2009.

TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Vol. III.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WEISS, Carlos. *Os direitos humanos e os interesses transindividuais*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/xtese3.htm> Acesso em: 13 jun 2016.

#### Dados do processo editorial

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 12/09/2016
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/09/2016
- Avaliação 1: 16/09/2016
- Avaliação 2: 19/09/2016
- Decisão editorial preliminar: 20/09/2016
- Retorno rodada de correções 1: 09/10/2016
- Decisão editorial final: 10/10/2016

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (AMM)
- Revisores: 2

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SILVA, Franklyn R. A. Legitimação Não Tradicional da Ação Penal – A Tutela de Bens Jurídicos por Outras Instituições Públicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 367-404, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.27>



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional.

# *Crítica Científica*



# ***Crítica científica de “Legitimação não tradicional da ação penal”: Defensoria Pública e a tutela de direitos por meio do direito penal – uma recusa***

*Scientific criticism of “non traditional legitimation for criminal action”: public defender’s office and the custody of rights by means of criminal law – one refuse*

**Patrick Cacicado**

Doutorando e mestre em Direito Penal e Criminologia pela USP.

Defensor Público do Estado de São Paulo.

patrickcacicado@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/6868425451997606>

 <http://orcid.org/0000-0002-5623-8224>

## **INTRODUÇÃO**

Em “Legitimação não tradicional da ação penal – a tutela de bens jurídicos por outras instituições públicas”, Franklyn Roger Alves Silva examina a questão da legitimidade da ação penal no caso de crimes com sujeito passivo indeterminado e propõe o reconhecimento de uma legitimação supletiva de outras instituições públicas para a promoção da ação penal de tais delitos quando houver inércia do Ministério Público. Trata-se, pois, de estudo sobre a ação penal pública incondicionada em relação aos crimes com bens jurídicos coletivos, cuja “legitimidade da ação penal se restringe ao Ministério Público, não havendo uma válvula de escape apta a persecução destas infrações no caso de inércia de atuação do órgão ministerial.”<sup>1</sup>

Conforme a posição sustentada no artigo, em tais crimes deve haver uma legitimação subsidiária da Defensoria Pública e de outras pessoas jurídicas de direito público, tal qual ocorre nos crimes de ação penal pública in-

---

<sup>1</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Legitimação não tradicional da ação penal, p. 371.

condicionada com sujeito passivo determinado, caso no qual a inércia do Ministério Público dá azo à chamada ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública, prevista no art. 5º, LIX, da Constituição da República. Conforme expressa o autor, “a ação penal de iniciativa privada subsidiária foi construída a partir da legitimação de um ofendido determinado, o que afastaria a sua aplicabilidade da coletividade e de entes despersonalizados”<sup>2</sup>, de modo que propõe uma “reinterpretação do papel da Defensoria Pública e da Fazenda Pública na defesa da coletividade.”<sup>3</sup>

Assim, o artigo sustenta a tese de que a Defensoria Pública deve exercer a iniciativa da ação penal pública em matéria de direitos transindividuais em caso de inércia do Ministério Público. Para tanto, parte de uma premissa fundamental que permeia todo o estudo: a de que o direito penal é mecanismo apto a efetivar a tutela de bens jurídicos. A ideia central do texto, polêmica por si, edifica-se em fundamentos igualmente controversos, tais como a existência de uma teoria geral do processo, bem como de efetivação dos direitos humanos por meio da intervenção penal. Com efeito, a despeito da coerência lógica e da qualidade científica do trabalho, a tese sustentada parte de pressupostos teóricos frágeis e acarreta consequências problemáticas ao sistema penal de um modo amplo, o que fragiliza a possibilidade de seu aceite na dogmática processual penal.

## **1 – A TEORIA DO BEM JURÍDICO ENTRE FUNDAMENTAÇÃO E LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO**

Desde Birnbaum<sup>4</sup>, a teoria do bem jurídico passou por grande desenvolvimento na história da teoria do delito<sup>5</sup>, havendo atualmente intensa produção científica sobre o tema. Embora não seja a temática

---

<sup>2</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Legitimação não tradicional da ação penal, p. 385.

<sup>3</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Legitimação não tradicional da ação penal, p. 386.

<sup>4</sup> BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Traducción de José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F Editorial, 2010.

<sup>5</sup> Sobre a evolução histórica da teoria do bem jurídico, Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Teoria do Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 87 e ss.

central do artigo, que trata de direito processual, a teoria do bem jurídico é determinante para as suas conclusões.

Com efeito, o trabalho se fundamenta em duas das mais importantes obras jurídicas nacionais sobre a temática: a *Teoria do Injusto Penal*, de Juarez Tavares, e o *Bem Jurídico-Penal*, de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara. Todavia, a concepção de bem jurídico apresentada não reflete exatamente aquela defendida pelos autores mencionados.

O artigo afirma que “a proteção de bens jurídicos deve ser adequada e eficaz a ponto de preservar o convívio sadio entre os integrantes da população”, alertando, ainda, que “a inércia do Ministério Público na promoção da apuração do fato criminoso transindividual não deve passar incólume.”<sup>6</sup> Extrai-se do texto uma concepção de bem jurídico notadamente fundamentadora, que trabalha com o referido conceito como forma de legitimação da incriminação, uma vez que acredita na real capacidade de o direito penal proteger os bens jurídicos subjacentes à norma penal incriminadora.

A partir desta concepção de bem jurídico, extrai-se as principais consequências do trabalho aqui analisado: a) se o direito penal protege bens jurídicos, sua intervenção deve ser efetiva e exercida por um maior número de instituições; b) no caso dos crimes com bens jurídicos transindividuais, há um déficit de legitimação para o exercício da ação penal; c) com a expansão desta legitimidade é possível uma maior intervenção penal para proteção dos bens jurídicos e, por consequência, para a efetivação dos direitos humanos.

A despeito de se tratar de um trabalho de direito processual penal, seu fundamento central reside na questão do bem jurídico, de natureza penal. Em outras palavras, o trabalho apresenta estreita coerência e profundidade a partir da visão do autor com relação à legitimidade da intervenção penal. Todavia, referida posição é passível de críticas, mormente a partir de alguns dos próprios autores citados no trabalho.

Com efeito, Juarez Tavares defende uma posição crítica e estritamente limitadora do bem jurídico, definido como “um valor que se incorpora à norma como um objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem re-

---

<sup>6</sup> SILVA, Franklyn Roger Alves. Legitimação não tradicional da ação penal, p. 386.

ferir a ação típica e todos os seus demais componentes.”<sup>7</sup> Para Tavares, o bem jurídico exerce dois papéis fundamentais: condiciona a validade da norma penal incriminadora e subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo.

Nesse sentido, há uma diferença essencial entre fundamentar a incriminação a partir do bem jurídico e condicionar sua validade à existência de um bem jurídico. Justamente sobre esta diferença reside a primeira divergência com as premissas do texto sob crítica, segundo o qual o bem jurídico fundamenta a incriminação, e a obra utilizada como referência, na qual Juarez Tavares condiciona e, portanto, limita a incriminação à existência de um bem jurídico, ou seja, “são inválidas normas incriminadoras sem referência direta a qualquer bem jurídico”<sup>8</sup>.

A outra função exercida pelo bem jurídico é a necessidade de demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo como pressuposto indeclinável do próprio injusto penal, vale dizer, não se admite a incidência da normal penal incriminadora sem um resultado de dano ou de perigo ao bem jurídico.

Para Juarez Tavares, o bem jurídico na qualidade de valor “cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica”<sup>9</sup>, razão pela qual o bem jurídico não deve se vincular a finalidades políticas de segurança pública, mas apenas na proteção da pessoa humana. A divergência entre a concepção adotada no texto sob crítica e Juarez Tavares, utilizado como referência, pode ser resumida na seguinte colocação do Professor Titular da UERJ: “a noção de bem jurídico não pode ser posta como legitimação da incriminação, mas como sua delimitação.”<sup>10</sup>

A outra autora citada como suporte para a questão do bem jurídico, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, igualmente sustenta uma concepção limitadora do bem jurídico. Para ela, “a teoria do bem jurídico

---

<sup>7</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 198.

<sup>8</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...* p. 198.

<sup>9</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal...* p. 199.

<sup>10</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 202.

oferece, por si mesma, apenas critério negativo de limitação, e não de justificação da intervenção penal.”<sup>11</sup>

A teoria do bem jurídico recebe na obra da autora uma função limitada, sendo apenas um dos critérios críticos na análise da legitimidade da intervenção penal. Toda a obra de Ana Elisa Liberatore Silva Bechara caminha no sentido contrário à utilização da teoria do bem jurídico como forma de fundamentação da intervenção penal, que, preocupada com os deletérios efeitos da irracional incidência do sistema penal no Brasil, alerta: “o rendimento da teoria do bem jurídico na legitimidade da intervenção penal deve ser entendido de forma bastante reduzida, não se podendo cobrar desse instituto efeitos que ele não pode eficazmente assumir.”<sup>12</sup>

Observa-se, portanto, que os autores referenciados no texto sob análise (Juarez Tavares e Ana Elisa Liberatore Silva Bechara) adotam uma concepção de bem jurídico diversa daquela presente no trabalho. Ainda que não tenham sido citados no texto, parece fundamental a referência a Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni, que igualmente trazem uma concepção limitadora de bem jurídico, com especial crítica à ideia de bem jurídico tutelado, presente no texto em análise.

Advertem os autores que não se deve confundir o uso limitativo-redutor do conceito de bem jurídico (defendidos por Juarez Tavares e Ana Elisa Liberatore Silva Bechara) com seu uso legitimante, que acabou cunhando o conceito de “bem jurídico tutelado”. Sobre o equívoco desse conceito, aduzem:

O mito de um bem jurídico protegido ou tutelado, que se racionalizou na teoria imperativista do direito, pressupõe aceitar a eficácia tutelar do poder punitivo consagrada de forma pretensamente *dedutiva*: se uma norma proíbe uma ação que ofende o bem jurídico, é porque o protege (e, portanto, a pena adquire um sentido policial preventivo). Trata-se de conclusão que não se logra extrair da premissa, produzindo um juízo com valor de

---

<sup>11</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Teoria do Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 367.

<sup>12</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Teoria do Bem Jurídico-Penal...* p. 365.

verdade falso (*as normas penais tutelam os bens jurídicos*), como a operatividade real do poder punitivo demonstra.<sup>13</sup>

Para Batista e Zaffaroni, a principal função do bem jurídico é dotar de eficácia o princípio da lesividade<sup>14</sup>, de modo a restringir o poder punitivo do Estado. Em sentido diametralmente oposto, a concepção fundamentadora do bem jurídico “tutelado” leva à legitimação da expansão da intervenção penal. Esta, portanto, é a crítica central ao texto em análise: a despeito das boas intenções, alguns de seus pressupostos legitimam a expansão do poder punitivo, que no Brasil se mostra especialmente problemático.

## 2 – A DEFENSORIA PÚBLICA E A INTERVENÇÃO PUNITIVA

A outra questão que se impõe a partir do texto é o papel da Defensoria Pública no exercício da ação penal. Com efeito, a partir da ordem jurídica posta, é possível o exercício da ação penal pela Defensoria Pública em alguns casos expressamente previstos em lei. Todavia, a discussão nos parece superar os aspectos jurídico-formais e revela uma questão de fundo de maior importância: deve a Defensoria Pública reivindicar a ampliação do exercício da ação penal?

A resposta a esta indagação depende de um juízo de valor sobre a incidência da intervenção jurídico-penal na realidade concreta. Se o direito penal tutela bens jurídicos e com isso pode ser um instrumento efetivo para a defesa de direitos humanos, se a intervenção penal realiza suas funções declaradas de prevenção ao delito e defesa social, de fato, compreende-se que a Defensoria Pública reivindique o exercício da ação penal. A questão de fundo não é de uma mera avaliação de cunho jurídico-processual, mas de expansão ou limitação do poder punitivo do Estado e suas necessárias consequências no plano social concreto.

A defesa do exercício da ação penal pela Defensoria Pública é atualmente impulsionada pela ampliação da atuação da instituição na

---

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro II*, i. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 216.

<sup>14</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro II*, i... p. 215.

defesa dos direitos humanos. Nos últimos anos, a Defensoria Pública tem se notabilizado pela tutela jurídica de direitos humanos pelo exercício de ações coletivas cíveis, por meio das quais são efetivados Tratados Internacionais de Direitos Humanos que por décadas foram interpretados como meras cartas de princípios e boas intenções.

Todavia, a transposição dessa notável atuação institucional para o campo penal com o objetivo de tutela de direitos humanos parece gerar problemas trazidos tanto por uma defesa questionável de uma teoria geral do processo, que não diferencia adequadamente as consequências do exercício da ação civil e penal no plano concreto, quanto pela influência da ideologia da defesa social nos chamados mandados de criminalização previstos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

A ideia de que a intervenção penal é benéfica para a sociedade porque tutela os bens jurídicos mais importantes já foi devidamente refutada tanto no plano dogmático, cuja melhor doutrina afasta a ideia fundamentadora de bem jurídico, quanto no campo criminológico, que desvelou os reais efeitos do violento controle social punitivo.

O processo de criminalização, seja qual for o tipo de bem jurídico, individual ou coletivo, é estruturalmente seletivo, violento e estigmatizante, incidindo sobre o mesmo grupo socialmente vulnerável. Em sociedades especialmente desiguais como a brasileira, o funcionamento do sistema penal traduz-se em uma seleção de pessoas que carregam consigo características sociais, etárias, raciais, estéticas e de gênero específicas<sup>15</sup> que transformam o nosso processo de criminalização em uma ação de criminalização da pobreza<sup>16</sup>, com consequências verdadeiramente destrutivas da dignidade e da própria vida humana<sup>17</sup>, como demonstra nosso sistema carcerário.

---

<sup>15</sup> Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; CACICEDO, Patrick. Sobre la situación carcelaria en Brasil. Observaciones críticas. *Revista General de Derecho Penal*, v. 18, 2012.

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 48.

<sup>17</sup> CACICEDO, Patrick. *Pena e funcionalismo sistêmico: uma análise crítica da prevenção geral positiva*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 142.

Nas últimas décadas, o Brasil vive um verdadeiro processo de encarceramento em massa da pobreza, cuja contribuição da política de drogas tem ocupado um papel de destaque. A defesa da legitimidade subsidiária da Defensoria Pública para o exercício da ação penal em crimes com bens jurídicos coletivos viabilizaria, por exemplo, que a instituição se torne mais uma agência repressora dessa irracional política de guerra às drogas. Inclusive, mesmo o caráter subsidiário da referida legitimidade institucional não retiraria seu papel legitimante do poder punitivo e de todas as suas consequências.

A seletividade penal revela-se também na incapacidade estrutural das agências do sistema penal operacionalizarem toda a programação da lei penal (criminalização primária), o que não significa que exista um déficit de persecução penal no Brasil, como demonstram os números do nosso crescente encarceramento em massa. Eventual inércia persecutória sempre existirá, visto que é própria da estrutura do sistema penal, mas isso não deve levar à expansão de um sistema já esgotado em suas possibilidades repressoras.

Assim, para além da questão jurídico-processual, desenvolvida com profundidade no artigo aqui em análise, trata-se de uma questão político criminal da maior relevância: a instituição constitucionalmente encarregada de garantir os direitos humanos dos vulneráveis deve participar de um processo de criminalização que necessariamente recairá sobre os destinatários do seu serviço?

A outra opção é resistir às tentações do poder punitivo e reconhecer que na seara criminal o papel da Defensoria Pública é seguir ao lado dos desvalidos do mundo e deslegitimar o poder que oprime justamente os destinatários de sua atividade. Neste sentido, o papel da Defensoria Pública na área criminal é descrito de maneira brilhante por Bruno Shimizu e Rafael Folador Strano:

É essa resistência que, embora árdua, difusa e abstrata, possibilita a inserção do Defensor Público no sistema punitivo como agente e sujeito ético, simultaneamente. Longe de fundamentar a identificação do Defensor Público com uma autoridade, em imitação ao modo como normalmente se entendem os órgãos públicos atuantes no sistema de justiça, a criminologia de matriz radical propõe ao Defensor que se veja apenas como mais um sujeito

que, ao lado de militantes, artistas, pensadores, loucos e tantas outras pessoas, pretenda viver de forma ética, exercendo o “cuidado de si” em suas dimensões crítica e de luta. Ao transcender o enfoque meramente processual de sua atuação para se identificar como tensionador da malha de poder, o Defensor Público, assim como todos que lutam e resistem à opressão, percebe que provavelmente jamais tateará o resultado efetivo e acabado de sua resistência. Compreende que sua conduta cotidiana relaciona-se muito mais aos meios do que aos resultados imediatos. Entende, enfim, sem que isso importe em sua opção por resistir como imperativo ético, que a luta é infinita.<sup>18</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise de “Legitimação não tradicional da ação penal – a tutela de bens jurídicos por outras instituições públicas” sob a ótica penal e criminológica possibilita a reflexão sobre as consequências da tese ali sustentada para além de questões jurídico-formais do direito processual penal. A breve análise realizada nesta *crítica científica* revela uma preocupação com os rumos da Defensoria Pública na esfera penal, que, ao se mostrar incapaz de tutelar bens jurídicos por meio do direito penal, pode se tornar mais um agente impulsionador do poder punitivo do Estado, com a consequente reprodução das desigualdades sociais e da violação da vida e dignidade humanas, justamente o reverso da ideia que motivou sua constituição como mecanismo de defesa dos direitos humanos dos vulneráveis.

## REFERÊNCIAS

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Teoria do Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva; CACICEDO, Patrick. Sobre la situación carcelária en Brasil. Observaciones críticas. *Revista General de Derecho Penal*, v. 18, 2012.

---

<sup>18</sup> STRANO, Rafael Folador; SHIMIZU, Bruno. O defensor público e a criminologia: da ‘desalienação’ à resistência. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri (Org.). *Temas aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 394.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Traducción de José Luiz Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F Editorial, 2010.

CACICEDO, Patrick. *Pena e funcionalismo sistêmico: uma análise crítica da prevenção geral positiva*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SILVA, Franklyn R. A. *Legitimação Não Tradicional da Ação Penal – A Tutela de Bens Jurídicos por Outras Instituições Públicas*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 367-404, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.27>

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Vol. II, i. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

#### Dados do processo editorial – crítica científica

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- |  |                                   |
|--|-----------------------------------|
| ▪ Recebido em: 12/09/2016                                | <b>Equipe editorial envolvida</b> |
| ▪ Decisão preliminar e verificação de plágio: 12/12/2016 | ▪ Editor-chefe: 1 (VGV)           |
| ▪ Retorno rodada de correções 1: 13/12/2016              |                                   |
| ▪ Decisão editorial final: 13/12/2016                    |                                   |

#### COMO CITAR ESTE TRABALHO:

CACICEDO, Patrick. *Crítica científica a “Legitimação não tradicional da ação penal”*: Defensoria Pública e a tutela de direitos por meio do direito penal – uma recusa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 407-416, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.35>



# Crítica científica de “A colaboração premiada como instrumento de política criminal” – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal

*Scientific criticism to “the plea bargain as a criminal policy instrument” – one commentary about the essential criminal policy vision of the criminal procedure*

**Gabriel Antinolfi Divan<sup>1</sup>**

Doutor em Ciências Criminais (PUC-RS)

Professor do Programa de Pós-Graduação/Mestrado em Direito (UPF – RS)

divan.gabriel@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/2279996083883727>

 <http://orcid.org/0000-0002-3459-9520>

## INTRODUÇÃO

No texto intitulado “A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador”, Aires e Fernandes trabalham a perspectiva de umas das discussões nucleares do debate político-criminal, a saber, a medida de equilíbrio entre uma teleologia de eficiência (e suas circunstâncias) e a sedimentação de garantias (e suas circunstâncias) frente ao sistema jurídico-penal.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-Graduado (Especialização) em Ciências Penais, pela mesma universidade. Atualmente exerce o cargo de Professor Adjunto da Universidade de Passo Fundo - RS (UPF), credenciado como professor do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito – Mestrado. Lidera o Grupo de Pesquisa *Reclame as Ruas: Direito, Política e Sociedade*, certificado junto ao CNPq. Advogado e pesquisador.

O pano de fundo, ou lente pela qual os autores se debruçam sobre a discussão é, oportunamente, um dos mais controversos e instigantes debates acadêmicos e mesmo forenses da atualidade, na seara: a estrutura legal, doutrinária e (sobretudo) política da ‘colaboração premiada’ – instituto revigorado no arcabouço legislativo pátrio pela Lei n. 12.850/2013, e instrumento de coleta informativa e probatória de destaque frente a uma série de desdobramentos do complexo investigativo/policial e processual/judiciário que emana da já notória “Operação Lava Jato” (que apura uma série vultuosa de fraudes envolvendo substancialmente lavagem de dinheiro, pagamento de ‘propinas’, financiamento eleitoral por recursos não contabilizados e fraudes licitatórias e contratuais envolvendo o poder público em várias esferas).

No âmbito da chamada “Lava Jato”, o número de suspeitos, investigados, indiciados e réus (e, mesmo, de já condenados) que buscou amparo nas premissas legais da “colaboração premiada” para procurar atenuar os resultados penais e punitivos da persecução em vários níveis, contra si, chama a atenção – tanto quanto o número de homologações judiciais das propostas e sessões de depoimentos reiteradas e contínuas – que tornam esse tipo de expediente probatório o centro do debate jurídico-penal atual, e sumamente, tema de importância elevada para a discussão que entrecruza direito processual penal e política-criminal. Mais: inaugura um novo e incontornável exemplo e flanco de debate sobre as aspirações práticas e políticas dos institutos processuais penais em termos de resultados jurídicos e sociais eventualmente buscados ou atingidos.

Aqui, de pronto, percebe-se a tamanha importância da discussão e a felicidade dos autores em promover a reflexão em acertado prisma, e mesmo em abrir flancos de crítica que precisam encorpar os questionamentos em torno do tema.

Essa revisão crítica e analítica dos temas trazidos pelos autores no trabalho estudado procurará se focalizar com muito mais afinco nesse caráter de fundo, que informa e propõe limites e pertinências de conjecturas político-criminais no processo penal, do que em outros aspectos do desenvolvimento do texto, uma vez que se entende não como espécie de contraponto ou antagonismo ao mesmo em todas suas constatações, mas sim de reflexão inclusive dialogal ou iniciada a partir do mesmo.

## 1. PROCESSO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL – A TELEOLOGIA EM DISCUSSÃO

Em nosso sentir, a abordagem relativa à consideração do processo penal como instrumento de política criminal precisa ser levada com cautela. Não se deve aceitar sem maiores questionamentos e restrições a ideia de que o processo penal possa (ou deva) ser utilizado como legítimo instrumento ou parte do sistema jurídico-penal à moda de ser caracterizado, muitas vezes, como um aparelho que simplesmente chancela ou coaduna com o poder punitivo estatal (ainda que no artigo seja – e de forma bem feita - explicitada a necessidade de se ponderar vetores de eficiência com aqueles de garantia, sobre o que falaremos *infra*).

Há muito tempo o debate sobre uma especulada função ou um papel político-criminal do processo penal e uma leitura assim condizente dos seus institutos legais e caracteres dogmáticos ganha tons pertinentes, na própria lição de Fernandes (2001, p. 47-48), que alerta:

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

A proposta relativa a uma visão político-criminal do processo penal e seus *standards* já fora expressamente defendida em outra oportunidade, ao pugnar que sejam incorporadas à discussão e ao estudo dos institutos processuais as “intenções político-criminais que orientam o sistema jurídico penal como um todo” (FERNANDES, 2001, p. 54).

Em um primeiro momento, o tom desta *crítica científica* é de concordância com a referida premissa, uma vez que parece plausível e em tom acertado compatibilizar seu teor com outros ensinamentos e pontos

seguros de análise: Cirino dos Santos (2002, p. 53) faz afirmação importante ao estabelecer as normas incriminadoras (fonte de Direito Penal material) são o centro gravitacional e principal da política criminal – o que coloca o debate básico do direito substancial não como única esfera político-criminal, mas, apenas, como a mais aguda. Com isso, podemos concordar: de fato, o problema da discussão político criminal se perfaz não tanto em considerar o debate primordial das normas incriminadoras como ponto de partida, e sim em estabelecer (ou resumir) a discussão político-criminal sem incluir o debate processual e mesmo teleológico.

Duas constatações que enriquecem a tese ora esboçada aqui:

A primeira diz para com o fato de que é cansativo perceber que muito do que se procura discutir em termos de política-criminal em nossa literatura especializada se resume a uma análise quase quantitativa e catalogar de variações de incriminações ou descriminalizações quanto a determinados temas-objeto de tutela penal, sem propriamente invadir a fronteira de uma genuína discussão sobre finalidades de ordem gerencial, política ou estratégica dos conceitos e instrumentos legislativos. É uma espécie de vício de “enfoque legiferante” que contamina e gerencia as especulações sobre o tema (DIVAN, 2015, p. 54-60).

A segunda informa que uma própria filtragem constitucional que leve em conta a série inafastável de propósitos que procuramos certa vez denominar de “índole constitucional” (Cf. DIVAN, 2012), e o próprio debate em torno das garantias processuais e sua interpretação conforme atinge necessariamente a constatação político-criminal e tangencia a ideia de ingerências sobre uma teleologia da aplicação do direito processual e das posturas científicas sobre o mesmo. Na esteira de Casara e Melchior (2014, p. 32), temos que:

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

Nessa linha, Roxin (2000, p. 22) toma a problemática, já consagrada em termos de Direito Penal, como ponto de partida para elucubração sobre uma possibilidade de admissão funcional de todo o sistema (e poder-se-ia pensar aqui em um encaixe nada forçoso da esfera processual no diálogo).

Enfim: não faltam aportes e miradas para uma conclusão segura – em primeira análise – que, sim: o processo penal e o Direito Processual Penal, em sentido amplo, podem ser vistos como elementos que merecem inclusão numa pauta de debates político-criminais, no sentido de que a) compõem inegavelmente o que se pode traçar como sistema jurídico penal, b) fazem parte do corpo jurídico (jurídico-legislativo, judicial, sua(s) ciência(s) interpretativa(s) correlata(s) e também norma legal que molda e delimita a regularidade de atuação de atores de várias parcelas de tal sistema – ex: atuação policial e procedimentos de execução penal); e, c) são parte de um gerenciamento de governança – *policy* (Cf. SCHMIDT, 2008) - a respeito de questão pública, a saber, o trato com a questão criminal.

Contudo, é arriscado anuir para com uma teleologia que coliga essa rubrica de função político-criminal do processo (e, por conseguinte, um de seus instrumentos, em comento) a tipos de finalidades que rompem com o cânone substancial de uma visão de processo como filtro garantidor enfraquecida e mais perfilada com fins político-criminais aqui entendidos como punitivos. Dito de outro modo: pode vir a se tornar bastante problemático falar em uma integração político-criminal de ordem teleológica para com o processo penal e seus instrumentos, uma vez que isso arremessaria uma dita finalidade dos processos/procedimentos penais para o mesmo rumo/vetor do poder punitivo e do espectro de normas penais, campos igualmente (na toada em que estamos tratando o tema) de pertinência de ordem política, mas que são vistos usualmente em uma versão menos alargada de discussão político-criminal. Ou, ainda: vistos usualmente como emblemas de uma visão político-criminal que é menos pautada na discussão do caráter de *policies* e mais calcada na ideia de que as ramificações do sistema são braços chancelares da aplicação do Direito Penal.

Se não se pautar por chaves de leitura (ou *também* por chaves de leitura) que variam da necessária índole tensionada constitucionalmente para o processo e suas diretrizes, quanto, mesmo de uma visão

criminológica como esclarecimento (inclusive politicamente pautado – Cf. ALBRECHT, 2010), a consideração teleológica do processo penal pode desaguar em constatações perigosas.

Dessa maneira, não nos parece haver qualquer óbice processual ou político-criminal para que se busque a implementação e adoção de medidas processuais e procedimentais que visem resultados práticos - e aqui o artigo analisado em nosso sentir acerta, em muito, ao escapar da discussão solipsista e um tanto falaciosa que faz a crítica de instrumentos e práticas consensuais em meio ao processo penal sob o ponto de vista estranho de uma 'ética' a ser 'respeitada' entre os réus ou entre os investigados. A discussão dos termos da voluntariedade ou consensualidade presentes, por exemplo, na colaboração tal e qual vai prevista na Lei n. 12.850/2013 precisa ganhar os aportes que os autores fornecem (discussão sobre o caráter de premiação e consenso que gravitam sobre a cooperação na forma de colaboração), e precisam ser estudados diante das condições legítimas para que se ofereçam, em medidas justas, recompensas e deveres (inclusive com a abdicação do máximo efeito de alguns direitos e fatores de gigantesca importância, como são o direito ao silêncio – grafia usual do gênero *nemo tenetur* – e a própria necessidade de assumir/confessar culpa em certa medida). Os autores não perdem tempo investigando a ideia bastante enviesada de discussão que não raramente se promove em razão do tema, onde a possibilidade de uma colaboração negocial visando (e dificilmente seria diferente) alguma vantagem vai combatida com uma série de bravatas que impõem uma espécie de lealdade jurídica e moral do acusado/suspeito frente a seus pares na suposta ação delituosa. No campo ético pode haver questionamento pessoal sobre isso, mas no campo jurídico, parece que não.

No entanto, o alerta soa quando se insinua o tema em questão como passível de servir de ferramenta teleológica (um problema) para uma visão político-criminal que por vezes se refere ao uso da maquinaria processual puro e simples (outro problema, subsequente e mais agudo).

## **2. A DICOTOMIA ENTRE EFICIÊNCIA E GARANTIA EM BREVES APORTES**

O artigo – e aqui há, ou se aproxima de haver, um ponto de divergência bastante sensível que orienta essa *crítica científica* - refe-

re uma tensão entre eficiência e garantismo no domínio da teleologia político-criminal do processo penal: uma tensão que ganha ares de tendência a embasar ou justificar a premissa teleológica pelos autores predileta. A nós, parece que um genuíno garantismo (e aqui se traduz menos como adjetivo *ferrajoliano* e mais como constatação democrático-constitucional relativa ao ordenamento brasileiro) se coaduna com principiologia constitucional adotada e como filtro e fiscal da profusão do poder punitivo, não necessariamente como barreira monolítica ou vetor oposto ao mesmo. Nessa linha, a necessidade de constatação de que o conteúdo prático e teórico do processo penal seja imantado pela ideia de que há uma postura a ser cobrada constitucionalmente, e ela diz respeito à eleição de uma série de premissas e valores democráticos e de cunho classicamente limitador surge imponente em opinião de literatura de vários matizes disciplinares e ideológicas (Cf. PRADO, 2006, p. 16, FELDENS, 2008 p. 22; SARLET, 2004, p. 142-143), e busca ancoragem nas grandes declarações e tratados para onde convergem as diretrizes de direitos humanos em padrões das democracias ocidentais

Assim, por mais que se quer se deva discutir a respeito da legitimidade constitucional-democrática de uma persecução penal bem manejada e mesmo a indubitável presença de mandados positivos de criminalização (e, por conseguinte, de persecução) no bojo da própria carta constitucional (e aqui se faz remissão clara à própria base de autores supracitada), o debate que dá tons de oposição entre eficiência e garantia é de certo modo perigoso, e em algum limite imprudente – em nosso ver os autores em comento se mantêm de forma elegante e prudente muito mais próximos do primeiro limite, mas é preciso, em nosso ver, o alerta.

Na linha em que pondera sobre a cruzada indiscriminada dessa fronteira, falando sobre tema visivelmente correlato (o ativismo judicial – que muitas vezes é escopo para o ator processual – sumamente jurisdicional – promover por si só o equilíbrio entre eficiência e garantia), Damaška (2000, p. 255, tradução livre) reforça o alarme:

Se o propósito do processo judicial é levar a cabo a política estatal em casos contingentes, as decisões o legitimam em primeiro lugar enquanto resultados concretos que incorporam. Um procedimento correto é aquele que aumenta a probabilidade – ou maximiza a possibilidade – de alcançar um resultado substantivo

acertado, mais do que outro que torne efetivas as noções de justiça ou proteja algum valor substantivo colateral. Neste sentido, então, o direito processual do estado interventor segue o direito substantivo tão fielmente como uma sombra.

Situar a oposição entre *eficiência* e *garantia* é opção ideológica que por vezes termina galvanizando a *garantia* como maior e exclusiva rival da *eficiência* e auxilia na construção de um discurso de que o processo deve pender para o lado de uma política criminal que corrobora a eficiência punitiva e se destacar de sua instrumentalidade. É possível defender uma eficiência tributária de garantias básicas de filtro, bem como garantias que não visam a tornar inoperante a exigência de eficiência e de segurança jurídica.

Nesse ponto, acredita-se que não seria conveniente constatações que equalizem a patente preocupação em relação a uma prestação/tutela jurídica eficazes (enquanto direito fundamental do cidadão) e qualquer tipo de valoração dita *pro societate* em relação aos instrumentos, procedimentos e mesmo à visão macro do processo penal. No campo da premissa valorativa tanto da judicialização de um caso quanto da análise probatória especificada, só cabe necessariamente uma presunção *pro reo*. A tutela jurídica eficaz – direito cuja confiança social não pode, de fato, ser quebrada – não se exhibe no mesmo plano valorativo: vencida pelos indícios informativos e acusatórios e pelas provas e argumentos processuais posteriores, a presunção de inocência dá lugar à afirmação jurídica da culpa. Substitui-se a presunção (mecanismo de escolha axiológica e pragmática para orientar o tratamento dado ao acusado(a) em situação inicial/anterior e os efeitos que sobre ele podem recair) pela certeza (em seu nível cabível) jurídica pós-processo e procedimento (necessários). Assim, não nos parece possível justificar essa atuação e/ou leitura político-criminal de um instituto ou conceito processual visando à eficiência, se valendo de qualquer resquício de lógica tributária de uma inversão do *in dubio* constitucionalmente decorrente (*pro reo*) para aquele que não é constitucionalmente adequado (*pro societate*).

Do mesmo modo, cabe sempre salientar, seria uma medida anti-eficiência processual e tutelar (e por isso, igualmente ilógica e inconstitucional em último plano) defender que o *in dubio pro reo* decantado

da presunção constitucional de inocência fosse também combativo no plano do resultado processual de modo a ser visto como algo que não deve. Em outras palavras: a presunção de inocência pode até se apresentar contrária a um eficientismo quando esse se mascarar e mesclar a uma noção punitivista de atuação jurídico-penal do sistema. Mas, na mesma toada, ela é um critério democrático de trato apriorístico em relação à dúvida jurídica, e não um salvo-conduto ou remédio meritório que coliga a constitucionalidade ou prudência de uma decisão a um só conteúdo ou lado da contenda. Por isso, a discussão em torno dos critérios presunção de inocência, eficiência e necessidade da tutela e notas *pro societate* engloba um debate que não se focaliza sempre no mesmo plano ou linha de diálogo, e costuma dramatizar ainda mais a questão da discussão – quase sempre fazendo das garantias e seus predicados um espectro que militaria em contrariedade à eficiência.

## CONCLUSÃO

Se poderia mais uma vez exultar a ideia e o caráter ousado que o texto em comento procura aclarar – e, fundamentalmente, reiterar que é necessário e que se concorda (rompendo com tradições já caducas em torno do sentido teórico comum na temática) com a premissa de que podem (e devem) ser possibilitados prognósticos de natureza político criminal na própria estrutura do processo penal (conforme os autores referem expressamente). Nisso, há que se deixar claro, está o maior ganho nuclear do trabalho e é onde a tese exposta periga angariar o maior número de críticas errôneas. O que essa *crítica científica* procurou salientar é que é preciso e possível (e foi o que se mostrou de fato) a discordância sobre quais os vetores e fatores que podem contribuir e prevalecer para que esse legítimo influxo político em meio ao processo floresça. No entanto, convém deixar claro que estamos de pleno acordo com o texto em a) constatar que as normas e conceitos processuais sofrem esse influxo; b) a ocorrência disso não é perversa, ‘impura’ ou descabida em se tratando de processo penal; c) a ocorrência disso não macula a ciência processual – e, pelo contrário, lhe hidrata de prognóstico prático que por vezes falta frente à análise científica tradicional.

Mas é preciso que se diga – em opinião que é pura especulação crítica frente ao texto que vem a lume, que d) o pragmatismo em excesso teleológico (ex: medidas diferenciadas para a dita ‘criminalidade grave’) pode enevoar a visão político-criminal do processo e seus instrumentos para um utilitarismo baixo e de ocasião; e) o empenho funcionalista em conectar política, estratégias, gestão, objetivos e resultados não pode simplesmente se instalar e sobrepor onde há uma série de valores e padrões em que, alguns, inclusive, são talhados para uma imposição ou contra imposição (ex: eficiência vs. garantia) e, por fim, f) a complementariedade funcional entre o desenrolar do processo e suas possibilidades aplicativas e interpretativas com outros ramos jurídicos (máxime as normas de direito penal e sua axiologia) não podem pressupor um processo político-criminalmente orientado que se transforma em estrutura-fantoches do poder punitivo sob argumentos convincentes.

O rico trabalho ofertado pelos autores não foge – à luz de nossas ponderações (e que podem ser eminentemente especulações particulares) – de uma série de pontos conflitivos, mas, inegavelmente, ajuda a construir e a solidificar um campo de discussão negligenciado perante o interesse que ele deveria inspirar. O debate político-criminal do processo, ou mesmo um debate político-processual, a partir de funcionalismos e de estratégias de gestão e resultados precisa irromper uma barreira dogmática excessivamente tradicionalista e avessa a viragens por vezes necessárias. Eis aqui a inegável contribuição do trabalho – tecnicamente bem fundamentado, independentemente de críticas que possa suscitar: propõe discussão mais do que bem-vinda e uma inspiração sobre o tema que foge à trivialidade reacionária.

## REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a compatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>

ALBRECHT, Peter Alexis. *Criminologia – Uma Fundamentação Para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2010.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos Sediciosos*. Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, jul./dez., 2002.

DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder de lo Estado*. Análisis comparado del proceso legal. Trad. Andréa Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Poderes Instrutórios do julgador do ponto de vista político-processual: índole e instrumentalidade. *Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da Justa Causa para a Ação Penal*. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, 2004.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.). *Direitos Sociais: desafios contemporâneos e políticas públicas*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 2310-2311.

### Dados do processo editorial – crítica científica

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Recebido em: 09/02/2017
- Decisão preliminar e verificação de plágio: 12/02/2017
- Retorno rodada de correções 1: 12/02/2017
- Decisão editorial final: 13/02/2017

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)

### COMO CITAR ESTE TRABALHO:

DIVAN, Gabriel A. Crítica científica de “A colaboração premiada como instrumento de política criminal” – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 417-428, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.55>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.