

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

GISLAINE ORTEGA PINEDA

DELAÇÃO PREMIADA

**CURITIBA
2009**

GISLAINE ORTEGA PINEDA

DELAÇÃO PREMIADA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador (a): Prof^a. Suzana Massako Hiram Loreto de Oliveira

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

GISLAINE ORTEGA PINEDA

DELAÇÃO PREMIADA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2009.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha amada e saudosa avó Mônica Svidnitzki (*in memoriam*) e aos meus pais que sempre estão presentes orientando os meus passos na incessante busca pela realização dos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo Dom da vida, pelas oportunidades e sabedoria;
aos meus pais, pelo amor incondicional, pela confiança e apoio;
à minha irmã pela amizade, pelo estímulo e companheirismo;
ao meu namorado por toda compreensão e carinho,
à Dr^a Suzana, pela credibilidade, atenção e apoio na realização deste trabalho.

SUMÁRIO:

RESUMO	7
INTRODUÇÃO	8
1. DA PROVA PENAL:	
1.1. CONCEITO DE PROVA.....	11
1.2. OBJETO, CLASSIFICAÇÃO E MEIOS DE PROVA.....	14
1.3. PRINCÍPIOS ALUSIVOS À PRODUÇÃO DA PROVA PENAL:.....	19
1.3.1. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ.....	19
1.3.2. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	23
1.3.3. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL.....	28
1.3.4. PRINCÍPIO DA AUTO-RESPONSABILIDADE.....	32
1.3.5. PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DAS PROVAS.....	32
1.3.6. PRINCÍPIO DA ORALIDADE.....	33
1.3.7. PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO.....	34
1.3.8. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	35
1.3.9. PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS.....	36
1.4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	40
1.4.1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	43
1.4.2. PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO.....	46
2. ÔNUS DA PROVA:	
2.1. ÔNUS DA ACUSAÇÃO.....	50
2.2. ÔNUS DA DEFESA.....	53
2.3. ATUAÇÃO DO MAGISTRADO.....	56
3. SISTEMA DE AVALIAÇÃO DA PROVA:	
3.1. SISTEMA DA PROVA LEGAL OU PROVA TARIFADA.....	61
3.2. SISTEMA DA LIVRE APRECIÇÃO OU CONVICÇÃO ÍNTIMA DO JUIZ.....	64
3.3. SISTEMA DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA OU PERSUAÇÃO RACIONAL.....	66

4. DELAÇÃO PREMIADA:	
4.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	70
4.2. DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO:.....	73
4.2.1. LEI Nº 8.072/90 - CRIMES HEDIONDOS.....	74
4.2.2. LEI Nº 9.034/95 - CRIME ORGANIZADO.....	75
4.2.3. LEI Nº 7.492/86 - CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.....	77
4.2.4. LEI Nº 8.137/90 - CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	78
4.2.5. LEI Nº 9.613/98 - LAVAGEM DE DINHEIRO.....	78
4.2.6. LEI Nº 9.807/99 - PROTEÇÃO A VÍTIMAS E A TESTEMUNHAS.....	80
4.2.7. LEI Nº 8.884/94 - INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.....	84
4.2.8. LEI Nº 11.343/06 - DROGAS E AFINS.....	85
4.2.9. CÓDIGO PENAL: CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO.....	86
4.3. CARACTERÍSTICAS E MOMENTO DE SUA APLICAÇÃO:.....	88
4.4 VALOR PROBATÓRIO:.....	92
4.5 DELAÇÃO PREMIADA E O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO:.....	95
4.6 EMBATE ENTRE A DELAÇÃO PREMIADA E A MORAL:.....	100
4.7 DIREITO COMPARADO:	
4.7.1. ITÁLIA.....	103
4.7.2. ESTADOS UNIDOS.....	107
4.7.3. ESPANHA.....	108
4.7.4. ALEMANHA.....	110
4.7.5. PORTUGAL.....	111
CONCLUSÃO.....	113
REFERÊNCIAS.....	116
ANEXO-MODELO DE DELAÇÃO PREMIADA.....	128

RESUMO

O presente trabalho tem por desígnio analisar o instituto da delação premiada, mormente no concernente às características, momento de aplicação, valor probatório, utilidade prática no combate ao crime organizado e divergências quanto sua aplicação. Para esse estudo, num primeiro momento, explana-se sobre a prova penal, seu conceito, classificação, objeto, princípios alusivos à sua produção, ônus da prova e sistemas de avaliação. Em seguida discorre-se sobre o instituto em comento, delimitando sua conceituação e natureza jurídica. Posteriormente, faz-se uma abordagem sobre a delação premiada e seus efeitos no direito brasileiro (legislação extravagante e Código Penal). Na seqüência discorre-se sobre as características gerais do direito premial que não foram tratadas quando da análise de sua previsão específica no direito brasileiro e sobre momento de sua aplicação, ressaltando-se a possibilidade de sua utilização na fase de execução. Por fim, faz-se uma explanação acerca do valor probatório da delação premiada, ressaltando-se a discussão sobre a possibilidade ou não de isoladamente ensejar a condenação de natureza penal. Ademais, explana-se sobre a contribuição efetiva do réu colaborador na solução de crimes, praticados em concurso de agentes, de forma eventual ou constante. Frisa-se que a criminalidade está cada vez mais organizada e infiltrada nos mais diversos segmentos sociais o que facilita a sua atuação e dificulta a aplicação do *jus perseguendi* e do *jus puniendi*. Ademais, traz-se o embate existente entre a delação e a moral. Alguns doutrinadores criticam a delação premiada sob o argumento de que avilta a ética ao incentivar a traição, à medida que aquele que delata outros agentes participantes da ação criminosa pode obter benefícios. Ademais ressalta a ineficácia do Estado em combater as ações criminosas. E por derradeiro, exhibi-se a título exemplificativo a delação premiada no direito comparado (Itália, Estados Unidos, Espanha, Alemanha e Portugal).

PALAVRAS-CHAVES: Prova penal, delação premiada, características, aplicação, valor probatório, crime organizado, direito comparado.

INTRODUÇÃO

A palavra "prova" é originária do latim "probatio" que deriva do verbo "probare", com o significado de examinar, persuadir, demonstrar.¹

A prova no processo penal consiste em um conjunto de atos praticado pelas partes, por terceiros e até pelo juiz para atingir a verdade real e formar a convicção da autoria e materialidade do delito.²

Como bem ensina José Frederico Marques:

A demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa é o que constitui a prova. [...] A prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações.³

Os meios probatórios estão disciplinados nos art. 158 a 250 do Código de Processo Penal. Configura-se em um rol exemplificativo posto que existem outras provas diversas das elencadas nos artigos supra mencionados, denominadas de provas inominadas ou anômalas.

As provas anômalas são aceitas pelo ordenamento jurídico brasileiro desde que não sejam ilícitas nem imorais.

Dentre as provas anômalas situa-se a delação premiada que é o objeto do presente trabalho.

O instituto da delação premiada encontra previsão no código penal brasileiro e em algumas leis extravagantes a citar: Leis nº 8.072/90 – Crimes Hediondos e equiparados, 9.034/95 – Organizações Criminosas, 7.492/86 – Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, 8.137/90 – Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo, 9.613/98 – Lavagem de Dinheiro, 9.807/99 – Proteção às Vítimas e Testemunhas, 8.884/94 – Infrações contra a Ordem Econômica e 11.343/06 – Drogas e Afins.

Sua regulação normativa é recente e foi influenciada pelo direito italiano.

¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Volume III- J-P- Companhia Editora Forense, p. 1255.

² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2005, p. 260.

³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 2000, v. II, p. 330.

A delação premiada consiste em um estímulo à cooperação pelo agente que pratica o fato típico, ilícito e culpável em concurso de agentes, de forma eventual ou organizada.

No dizer de Damásio de Jesus :

é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato) Delação premiada” configura aquela incentivada pelo legislador, que *premia* o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.).”⁴

Desta feita, a delação premiada pode beneficiar o acusado com:

- diminuição da pena de 1/3 a 2/3;
- cumprimento da pena em regime semi-aberto;
- substituição por pena restritiva;
- extinção da pena;
- perdão judicial.

Para tanto, exige o preenchimento de determinados requisitos específicos a cada legislação.

É inquestionável a sua importância no combate aos crimes praticados por quadrilha, bando, organizações criminosas ou simplesmente em concurso de agentes.

Sabe-se que a criminalidade está cada vez mais organizada e infiltrada nos mais diversos segmentos sociais o que facilita a sua atuação e dificulta a aplicação do *jus perseguendi* e do *jus puniendi*.

Entretanto, muitos questionam a aplicação do instituto em comento embasados em questões de ordem ética, moral e jurídica.

Por estas razões, trar-se-á à baila uma análise da delação premiada, mormente no que se concerne ao valor probatório.

Para tanto, explanar-se-á sobre a prova penal, seu conceito, classificação, princípios alusivos à sua produção, ônus da prova e sistemas de avaliação. Trar-se-á a definição e a natureza jurídica da delação premiada. Far-se-á uma abordagem sobre o instituto em comento no direito brasileiro. Expor-se-ão suas características e o momento de sua aplicação.

⁴ JESUS, Damásio de. **Estágio atual da delação premiada no direito penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?>. Acesso em: 3/03/09.

A pesquisa prosseguirá com a análise do valor probatório da delação, denotando a sua aptidão ou não a ensejar sentença penal condenatória.

Expor-se-á ainda o conflito existente entre a delação e a moral, ressaltando-se o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Far-se-á uma análise da delação como instrumento eficaz no combate a criminalidade organizada. Serão apresentadas a definição de crime organizado e suas principais características.

Por fim, exibir-se-á de forma sucinta a delação premiada no direito comparado (Itália, Estados Unidos, Espanha, Alemanha e Portugal).

1. DA PROVA PENAL:

1.1. CONCEITO DE PROVA

A palavra "prova" é originária do latim "proba" que deriva do verbo "probare", com o significado de examinar, persuadir, demonstrar. De Plácido e Silva discorre sobre a prova nos seguintes termos:

Do latim proba, de probare (demonstrar, reconhecer, formar juízo de) entende-se, assim, no sentido jurídico, a denominação, que se faz, pelos meios legais da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência do fato ou do ato demonstrado. A prova consiste, pois, na demonstração de existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta.⁵

Tourinho Filho traz a seguinte definição: "Provar é antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade, e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecer-la. Provar é, enfim, demonstrar a certeza do que se diz ou alega."⁶

Eduardo Couture estabelece o conceito de prova, destacando a diferença entre a prova civil e a prova penal:

Em sua acepção comum, a prova é ação e o efeito de provar, e provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a verdade de uma afirmação. A prova é em todo caso, uma experiência, uma operação, um ensaio, dirigido a fazer patente a exatidão ou inexatidão de uma proposição em sentido jurídico, e especificamente em sentido jurídico processual, a prova é ambas as coisas: um método de averiguação e um método de comprovação. A prova penal é normalmente, averiguação, busca, procura de algo. A prova civil é normalmente, comprovação, demonstração, corroboração da verdade ou falsidade das proposições formuladas em juízo. A prova penal se assemelha à prova científica; a prova civil se parece com a prova matemática: uma operação destinada a demonstrar a verdade de outra operação".⁷

⁵ SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Volume III- J-P- Companhia Editora Forense, p. 1255.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 213.

⁷ COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 215.

Tornagui define a prova penal como "reconstrução histórica, o procedimento de prova é realmente uma reconstituição do fato criminoso. Sem ela, ele não chega a seu objetivo: a sentença. Por isso a prova foi chamada alma do processo".⁸

A prova no processo penal consiste em um conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros e até pelo juiz para atingir a verdade real e formar a convicção da autoria e materialidade do delito.⁹

A este respeito, traz-se a lição de José Frederico Marques:

A demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa é o que constitui a prova. [...] A prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações.¹⁰

Para o Estado exercer *o jus puniendi* é imprescindível que o juiz se convença da existência ou inexistência de um fato típico e de sua autoria. Nesse sentido, a prova destina-se a reconstituir os fatos, produzindo este estado de certeza na consciência e mente do juiz.

Na precisa lição de Aury Lopes Junior:

Através essencialmente das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico narrado na peça acusatória.¹¹

Com propriedade, Flamarion Malatesta acrescenta:

É importante ainda observar que o fim supremo do processo judiciário penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva. Todo o processo penal, no que respeita ao conjunto de provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. Qualquer juízo não se pode resolver senão uma condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou de outra forma, a não conquistada certeza do delito, que obriga à absolvição.¹²

⁸ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Direito Processual Penal**. V.1, Ed. Saraiva, SP (1980), p. 272.

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2005, p.260.

¹⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 2000, v. II, p. 330.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, v. 1, p. 490.

¹² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 88.

Como bem ensina Moacyr Amaral Santos “provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa”.¹³

Segundo “as Ordenações Filipinas, a prova “é o farol que deve guiar o juiz na suas decisões (Livro III, Título 63) sobre as questões de fato”.¹⁴.

Quanto às questões de direito, estas, em regra, não dependem de prova, como bem demonstra Rodrigo Pereira de Mello:

a prova sempre se prestará a comprovar um determinado fato, pois pelo princípio do *iura novit cura* e por presunção legal de nosso sistema normativo o direito dispensa ser provado, “*uma vez que a perquirição sobre o direito aplicável escapa ao âmbito da doutrina das provas judiciárias*”.¹⁵

Constitui exceção, a alegação de direito federal, estadual, municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, pois nestes casos o juiz pode determinar que a parte a quem aproveita lhe faça a prova do teor e da vigência.

Guilherme de Souza Nucci esclarece que há pelo menos três sentidos para o termo prova, a saber:

a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.¹⁶

Já para Moacyr Amaral a prova pode ser analisada sob dois sentidos:

No sentido objetivo, prova é aquilo que pode levar ao magistrado o conhecimento da verdade dos fatos alegados em juízo. Em sentido subjetivo, “é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto á verdade desses fatos”¹⁷

Denota-se que o conceito de prova não é unívoco na doutrina, mas de um modo geral todos se referem à finalidade primeira a busca da verdade real e o convencimento do juiz ou dos jurados sobre os fatos controvertidos da causa.

Como bem sintetiza Taruffo, citado por Aury Lopes Junior:

¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2009, 2 v., p. 341.

¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 371.

¹⁵ MELLO, Rodrigo Pereira. **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 63.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 351.

¹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., 343.

Além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para “fazer crer” que o processo penal determina a verdade dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade **isso não** suceda e quiçá porque na realidade esta tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar esta crença.¹⁸

Por derradeiro, cumpre ressaltar que os atos probatórios praticados no curso do processo devem observar o devido processo legal sob pena de não poderem ser considerados na formação do convencimento do juiz a ensejar decisão judicial.

1.2. OBJETO, CLASSIFICAÇÃO E MEIOS DE PROVA

São objetos de prova os fatos principais e secundários capazes de influenciar na responsabilização do réu, na aplicação da pena ou medida de segurança.

A este respeito, leciona Mirabete:

Objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança.¹⁹

Na mesma esteira, depõe José Frederico Marques:

objeto da prova, ou tema probandum, é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deve ser demonstrada no processo (...) como o juiz se presume instruído sobre o direito a aplicar, os atos instrutórios só se referem à prova das “quaestiones facti”, exceção apenas para o direito estadual, municipal, consuetudinário ou alienígena, que deverá ser provado pela parte que o alegue.²⁰

Sobreleva ressaltar que existem fatos que independem de prova, a citar: fatos axiomáticos, fatos notórios, presunções legais e fatos inúteis.

Os fatos axiomáticos são aqueles evidentes por si só, provados pela ciência ou experiência acumulada, por exemplo, não é preciso provar que a pessoa não pode estar em dois lugares ao mesmo tempo.²¹

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury, op. cit., p. 492.

¹⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 250.

²⁰ MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 331.

²¹ MANCIO, Geovanni Dias. **A prova no processo penal militar**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 183. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/textoasp?id=1341>> Acesso em: 5/07/09.

Os notórios, segundo Calamandrei, citado por Amaral Santos, “são aqueles fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de determinada esfera social no tempo em que ocorre a decisão.”²² Cita-se como exemplo o fato de um dia ser feriado.

A este respeito, complementa E. Magalhães de Noronha:

Provar o evidente é algo, não apenas supérfluo, senão estúpido, ao menos para o direito... Se um fato é evidente, não pode o juiz desconhecê-lo, pois sua discricção na valorização da prova se exerce no terreno da dúvida e não se lhe pode admitir no da certeza... Nesse sentido, pode aceitar-se o princípio *notorium non eget probatione* (o notório não necessita de prova), isto é, o mesmo tem valor se a notoriedade coincide, e enquanto coincide, com a evidência.²³

O fato notório não deve ser confundido com o conhecimento do juiz, uma vez que um fato pode ser de conhecimento deste e não ser notório. Não pode ainda ser confundido com o clamor público que se traduz na indignação provocada pela prática do delito.²⁴

Quanto às presunções legais Mirabete assevera que, “presumir é tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando-se em conta aquilo que em geral acontece”.²⁵

A presunção pode ser absoluta (*juris et jure*) que não admite prova em contrário (ex: a incapacidade do menor de 18 anos – a lei presume de forma absoluta a incapacidade- o art.27 do Código Penal) ou relativa (*juris tantum*) que pode ser afastada por prova em contrário (ex.: presunção de violência no crime de estupro cometido contra vítima menor de 14 anos (art.224 “a” do Código Penal Brasileiro).

Quanto ao estupro presumido, leciona Mirabete:

não se caracteriza o crime, quando a menor de 14 anos é destinada a prostituição em logradouros públicos, não tem vida recatada, se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento. Por outro lado persiste o crime ainda quando menor não é mais virgem, é leviana, é fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes.²⁶

²² SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 352..

²³ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 89.

²⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini, op. cit., p. 251.

²⁵ Idem.

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte Especial, arts. 121 a 234 do CP**. Volume 2, 25 ed., 2008, p. 445.

E por fim, os fatos inúteis são aqueles que não influenciam na solução da causa, dispensando a prova até por economia processual.

Todos os demais devem ser provados, inclusive, o aceito ou incontroverso, uma vez que o juiz pelo princípio da busca da verdade real não está obrigado a aceitar como verdadeiro o que é admitido pelas partes.

Como bem acentua José Frederico Marques, “o juiz penal não está obrigado a admitir o que as partes afirmam contestes, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça dúbio ou suspeito”.²⁷

No que tange à classificação das provas, a doutrina estabelece a distinção quanto à sua forma, valor e objeto.

Quanto à forma, a prova pode ser pessoal (testemunhal), documental ou material. A prova pessoal é a que promana da pessoa humana, produzida por meio de depoimentos de testemunhas, da vítima e do próprio acusado.²⁸

Documental é aquela produzida por escrito, por meio de documentos (ex: laudo pericial) e material é aquela que se refere aos objetos (instrumentos do crime, coisas apreendidas, etc.). É obtida por meio químico, físico ou biológico (ex: periciais, vistoria do local do crime, etc).²⁹

Quanto ao valor, pode ser plena quando conduz a um juízo de certeza, traz elementos suficientes a ensejar condenação, ou não plena ou indiciária, quando conduz a um juízo de probabilidade, não sendo suficiente para prolatar decisão condenatória.

Neste sentido, mostra-se a lição de Mirabete:

Em razão de seu efeito ou valor, a prova pode ser plena, completa, convincente (exigida por ex. para condenação) ou não plena, uma probabilidade de procedência da alegação (suficiente para medidas preliminares, como arresto, seqüestro, prisão preventiva, etc). Entre estas últimas destaca-se, a chamada prova *prima facie* “aquilo que deixa desde logo no espírito do juiz a convicção da veracidade de um fato embora possa ser infirmada por outras provas.”³⁰

²⁷ MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 332.

²⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal**. V. 2. São Paulo: Atlas, 1998, p. 209.

²⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 251.

A prova não plena pode servir de base para a decretação da prisão preventiva (art.312 do CPP) ou para prolação da sentença de pronúncia (art.308 do CPP), onde vige o princípio in dúbio pro societate.³¹

Quanto a seu objeto pode ser classificada em direta, quando se refere aos fatos propriamente ditos (ex.: testemunha presencial)³² ou indireta, quando se refere indiretamente ao tema probandu (fatos secundários relacionados com o fato principal. Casos típicos de prova indireta são os indícios (ex. álibi) e as presunções.³³

A este respeito, leciona Fernando Capez:

A prova é chamada de direta quando por si, demonstra o fato, ou seja, refere-se diretamente ao tema probando. A indireta resulta do alcance do "fato principal por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, levando-se em consideração outros fatos de natureza secundária, porém relacionados com o primeiro."³⁴

Quanto ao sujeito, a prova pode ser real ou pessoal, conforme emanar de coisa ou pessoa.³⁵

Há prova real quando os fatos deixam vestígios. Como bem pontua Fernando Capez, "são as provas consistentes em uma coisa externa e distinta da pessoa, e que atestam dada afirmação (ex.: o lugar, o cadáver, a ama etc.)."³⁶

Pode ser direta ou indireta. A prova real direta existe quando a análise recai sobre a própria coisa (ex: carta utilizada para difamar alguém). A prova real indireta há quando se chega ao fato probando por meio de raciocínio lógico.³⁷

Já a prova pessoal tem origem na pessoa humana, exprimem o conhecimento subjetivo e pessoal atribuído a alguém (interrogatório, prova testemunhal, as conclusões dos peritos).³⁸

³¹ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 271.

³² No crime de homicídio, a testemunha presta depoimento sobre o que viu, ou seja, a morte da vítima em face da ação do agente. Neste caso, o depoimento da testemunha é meio de prova sobre o fato (objeto da prova) diretamente. O laudo de exame de corpo de delito também é prova direta do fato descrito na denúncia. A confissão do acusado é prova direta sobre o fato que lhe foi imputado. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 422.

³³ Idem.

³⁴ CAPEZ, Fernando, op.cit., p. 271.

³⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, op. cit., p. 24.

³⁶ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 271.

³⁷ RANGEL, Paulo, op. cit., p. 423.

³⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini, op. cit., p. 252.

Atinente aos meios de provas, trata-se de categoria que disciplina a obtenção dos elementos de prova (dados da realidade objetiva, existentes na dimensão do espaço, referente ao ato, fato, coisa ou pessoa, tal como um cadáver ou um elemento qualquer existente na faticidade)³⁹

São recursos que podem ser utilizados para demonstrar a verdade dos fatos no processo.

Neste sentido, leciona Paulo Rangel:

Meios de prova são todos aqueles que o juiz direta ou indiretamente, utiliza para conhecer a verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam.⁴⁰

O ordenamento jurídico traz de forma exemplificativa os meios de prova nos artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal. Admitem-se as chamadas provas inominadas, ou seja, aquelas não previstas expressamente na legislação.

Vige o princípio da liberdade probatória, ou seja, admitem-se todas as provas para atingir a verdade real, com exceção quanto ao estado das pessoas, em que serão observadas restrições à prova estabelecidas na Lei civil.

A este respeito leciona Júlio Fabbrini Mirabete:

Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei.⁴¹

Contudo este princípio não é absoluto, pois há vedação expressa no ordenamento constitucional quanto à obtenção da prova por meio ilícito.

A este respeito, leciona Rosemiro Pereira Leal:

[...] a busca obsessiva da certeza há de se conter, em Direito, nos limites dos meios de obtenção da prova legalmente permitidos. A existência do elemento de prova, ainda que de certeza inegável, não autoriza, por si mesma, a coleta da prova *contra-legem*.⁴²

³⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo** – Primeiros estudos. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 178.

⁴⁰ RANGEL, Paulo, op. cit., p. 420.

⁴¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini, op. cit., p. 252.

⁴² LEAL, Rosemiro Pereira, op. cit., p. 182.

Como bem pontua Jorge de Figueiredo Dias, “a legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção da prova [...] são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria verdade material.”⁴³

Desta feita, não é qualquer prova que pode ser levada ao crivo do judiciário, mas tão somente as que não sejam vedadas pela Constituição Federal ou pelas leis ordinárias.⁴⁴

Contudo, cumpre mencionar que há na doutrina e jurisprudência corrente que admite a prova ilícita desde que favorável ao réu, pelo princípio da proporcionalidade conforme será oportunamente tratado.

1.3. PRINCÍPIOS ALUSIVOS À PRODUÇÃO DA PROVA PENAL

1.3.1. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Para adequada aplicação do direito o intérprete não pode prescindir a utilização dos princípios. Estes como normas gerais e abstratas irradiam-se por todo ordenamento jurídico, orientando a aplicação e interpretação das demais normas de direito.

De Plácido e Silva, ensina que os princípios “são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica.”⁴⁵

Com propriedade acrescenta Celso Antônio Bandeira de Mello:

princípios são, por definição, mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiros alicerces dele, e ainda disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definirem a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1981, v. I., p. 197.

⁴⁴ SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos: e seus reflexos no âmbito do direito processual penal**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de direito, 1999, p.17.

⁴⁵ SILVA, De Plácido e., op. cit.,p. 1220.

princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que é o sistema jurídico positivo.⁴⁶

No que tange à produção e coleta da prova penal destacam-se os seguintes princípios que servem de base para seu sistema: princípio da imparcialidade do juiz, princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio da verdade real, princípio da auto-responsabilidade, princípio da comunhão das provas, princípio da oralidade, princípio da concentração, princípio da publicidade, princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, princípio da proporcionalidade, princípio da presunção de inocência e princípio da não auto-incriminação.

Pelo princípio da imparcialidade o juiz deve se colocar entre as partes e acima delas, ser imparcial.⁴⁷ É uma característica oriunda da finalidade da jurisdição que é garantir a eficácia do ordenamento jurídico⁴⁸.

Está presente de forma implícita no ordenamento constitucional e expressamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 que dispõe:

toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.⁴⁹

No âmbito internacional destaca-se também ao enaltecer a imparcialidade o Pacto de São José da Costa Rica, que dispõe:

Art. 8. Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz, ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.⁵⁰

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Princípios de processo civil na Constituição Federal**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 10/07/09.

⁴⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 58.

⁴⁸ SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil**. V. I, 5ª. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 40.

⁴⁹ Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-universal-dos-direitos-do-homem](http://www.infopedia.pt/$declaracao-universal-dos-direitos-do-homem)>. Acesso em: 05/07/09.

⁵⁰ Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/.../Tratado%20Internacional%20-%20Convenção%20Americana%20de%20Direitos>>. Acesso em: 05/07/09.

A imparcialidade é um pressuposto para que a relação jurídica seja válida e uma garantia para as partes de que terão o conflito apreciado por um terceiro não envolvido na ação, desprovido de interesse pessoal no resultado do julgamento.

Pode se referir sobre a indiferença do juiz ao objeto da lide (denotando seu sentido objetivo) ou a eqüidistância a respeito das partes (sentido subjetivo).⁵¹

Piero Calamandrei acentua que a qualidade preponderante e inseparável da idéia de juiz, desde o seu surgimento, nos primórdios da civilização, é a imparcialidade. Prossegue o autor:

O juiz é um terceiro estranho no processo, que não partilha dos interesses e dos sentimentos das partes litigantes, com uma postura externa do processo, examina o litígio com serenidade e desapego. O juiz está acima das partes. O motivo que o leva a julgar não é um interesse pessoal e nem é movido pelos sentimentos individuais existentes no conflito, o interesse que o move é um interesse superior de ordem coletiva, para que a contenda se resolva de modo pacífico, a fim de preservar a paz social. Essas são as razões que levam o juiz a manter-se afastado e indiferente às solicitações das partes e ao objeto da lide.⁵²

Para assegurar a imparcialidade a Constituição Federal traz no artigo 95 garantias e vedações aos magistrados, permitindo uma atuação livre, independente, sem ingerência dos demais poderes, órgãos, entidades ou terceiros.

Diz o texto constitucional:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

⁵¹ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁵² CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**, tradução de Hector Fix Zamudio, Buenos Aires: Europa-America, 1960, p. 60.

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.⁵³

Em relação à independência do juiz e a imparcialidade José de Albuquerque Rocha esclarece:

Independência e imparcialidade, embora conceitos conexos, eis que servem ao mesmo valor de objetividade do julgamento, no entanto têm significações diferentes. Enquanto a imparcialidade é um modelo de conduta relacionado ao momento processual, significando que o juiz deve manter uma postura de terceiro em relação às partes e seus interesses, devendo ser apreciada em cada processo, pois, só então é possível conhecer a identidade do juiz e das partes e suas relações, a independência é uma nota configuradora do estatuto dos membros do Poder Judiciário, referente ao exercício da jurisdição em geral, significando ausência de subordinação a outros órgãos.⁵⁴

Outra norma que privilegia a imparcialidade é a vedação constitucional da criação de juízo ou tribunal de exceção e a exigência da motivação das decisões (art. 93, IX da Constituição Federal).

A imparcialidade é garantia de justiça, pois impede que o juiz sofra influências estranhas ao decidir. Esta se projeta para além do processo protegendo não somente as partes, mas também a sociedade.

O nosso ordenamento jurídico refuta a possibilidade de o juiz ser tendencioso, parcial, e para tanto estabelece medidas adequadas para afastá-lo, a citar suspeição e impedimento.

Ressalta-se que não se pretende a neutralidade do juiz, um juiz passivo, indiferente aos fatos e questões que lhe são postas pelas partes.

Neste sentido pontua Cândido Rangel Dinamarco:

O juiz moderno compreende que lhe é exigida a imparcialidade, no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e à recusa em estabelecer distinções em razão das pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não lhe é tolerada, porém, a indiferença.⁵⁵

Há ainda, quem sustente uma nova leitura para o princípio da imparcialidade, diferenciando a parcialidade positiva da parcialidade negativa. Esta é perniciosa para

⁵³ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/.../constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 2/07/09.

⁵⁴ Apud OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **Garantias da magistratura e independência do Judiciário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 29, mar. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=245>>. Acesso em: 3/07/09.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**, apud MARCATO, Antonio Carlos. **A imparcialidade do juiz e a validade do processo**, São Paulo, Revista Direito Mackenzie, nº 2, ano 1, p.87.

o exercício da atividade estatal e legitima as regras de suspeição e impedimento. Aquela é uma necessidade ética.⁵⁶

Por meio da parcialidade positiva as diferenças sociais, culturais, econômicas, étnicas, raciais etc. deixariam de ser fatores neutros e extra-processuais e passariam a constituir critérios éticos materiais para a consecução de um processo justo.⁵⁷

Seja qual for a denominação, a imparcialidade retratada desde o período romano através da vedação dos olhos da deusa da justiça é um dever para o juiz, representante do Estado, e um direito aos súditos (cidadãos).

Por derradeiro, cumpre mencionar que a participação ativa do juiz na produção das provas não avilta o princípio da imparcialidade, como será oportunamente demonstrado.

1.3.2. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal que dispõe “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

São corolários do princípio do devido processo legal, não havendo entre eles relação de dependência ou derivação.⁵⁸

O princípio do contraditório é um dos princípios mais importantes do sistema acusatório que se fundamenta na separação das funções julgadora e acusadora, na paridade entre acusação e defesa e na publicidade dos atos processuais.

É expressão do exercício democrático do poder uma vez que estabelece condições iguais as partes.

O contraditório consubstancia-se pela ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.⁵⁹

⁵⁶ SOUZA, Artur César de. **Parcialidade Positiva do Juiz**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=4214>>. Acesso em: 7/07/09.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 4ª ed., 2005, p. 267.

Para Ada Pellegrini Grinover contraditório é a informação e a possibilidade de reação.⁶⁰

O direito a informação (a ser cientificado) é “observado por meio dos institutos da citação, intimação e notificação” e o direito a participação consiste “tanto no direito a prova como no direito a atividade de argumentação, de natureza eminentemente retórica, que busca seduzir pelo poder da palavra, oral ou escrita”.⁶¹

No mesmo sentido, leciona Vicente Greco Filho:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.⁶²

Traduz-se em uma garantia de que o processo administrativo ou judicial se desenvolverá de forma justa e eficaz. Possibilita a parte devidamente cientificada, aceitar, discordar ou modificar os fatos e o direito alegado pelo autor, conforme lhe for mais conveniente, influenciando no convencimento do juiz (isto é o que a doutrina alemã chama de poder de influência).

Como bem acentuam Grinover, Scarance e Gomes Filho, "não tem como objetivo a defesa entendida em sentido negativo - como oposição ou resistência -, mas sim principalmente a defesa vista em sua dimensão positiva, como influência, ou seja, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo".⁶³

Corroborando o exposto acima, a lição de Lebre de Freitas citado por Cavalcanti:

[...]como garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factuais, provas, questões de direito) que se

⁵⁹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo. Saraiva. 1937, p. 104.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo*, in *Novas Tendências do direito processual*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 5.

⁶¹ BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. *Princípios constitucionais do processo penal. Questões polêmicas*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 593, 21 fev. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 10/07/09.

⁶² GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º Volume. 11.ª Edição atualizada. Editora Saraiva. São Paulo, 1996, p. 90.

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: RT, 9ª ed., 2006, p. 137.

encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.⁶⁴

Pode ser entendido sob dois aspectos, jurídico e político. O jurídico refere-se a já mencionada ciência bilateral dos atos processuais e a possibilidade de contrariá-los. E o político pode ser definido, nas palavras de Câmara, “como garantia política conferida às partes do processo. Através do contraditório se assegura a legitimidade do exercício do poder, o que se consegue pela participação dos interessados na formação do provimento jurisdicional.”⁶⁵

Júlio Fabbrini Mirabete e Fernando da Costa Tourinho Filho asseveram que do contraditório decorrem a igualdade processual e a liberdade processual.⁶⁶ Contudo Scarance Fernandes discorda deste posicionamento, diferenciando o contraditório da igualdade processual:

O contraditório põe uma parte em confronto com a outra, exigindo que tenha ela ciência dos atos da parte contrária, com possibilidade de contrariá-los. O princípio da igualdade, por outro lado, colocam as duas partes em posição de similitude perante o Estado e, no processo, perante o juiz. Não se confunde com o contraditório, nem o abrange. Apenas se relacionam, pois ao se garantir a ambos os contendores o contraditório também se assegura tratamento igualitário.⁶⁷

Em que pese esta divergência, a doutrina é uníssona ao afirmar a importância do contraditório no desenvolvimento regular e válido do processo. Fato este corroborado pelas recentes alterações efetuadas no Código de Processo Penal pela Lei 11.690/08 que privilegiaram sua aplicação ainda que de forma tênue.

No tocante as provas, de acordo com a nova redação do art. 155 do CPP não será admitida a condenação com base unicamente em provas colhidas na fase policial sem o crivo do contraditório, exceto se tratar-se de provas produzidas antecipadamente, não repetíveis ou cautelares.

Outro dispositivo introduzido pela lei 11.690/08 que reforça a participação das partes no juízo instrutório refere-se à possibilidade de as partes nomearem assistente técnico, formularem quesitos e requererem a oitiva dos peritos em audiência, tal como já acontecia no processo civil. A única diferença é que cabe ao

⁶⁴ CAVALCANTI, Bruno Novaes. Bezerra. **A Garantia constitucional do contraditório**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2218>>. Acesso em: 14/07/09.

⁶⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14ª ed. Rio de Janeiro – RJ: Lúmen Juris, 2006, p. 53.

⁶⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Princípios do Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.leonildo.correa.adv.br/curso/mira3.htm>>. Acesso em: 3/07/09.

⁶⁷ FERNANDES, Antônio Scarance, op. cit., p. 66.

juiz admitir o assistente e isto só ocorrerá após a entrega do laudo pelo perito oficial (art. 159 do CPP).

Há quem sustente que se trata de contraditório diferido dado o momento processual em que se permite a atuação dos assistentes (posteriormente ao laudo).⁶⁸

Estas alterações acentuam a obrigatoriedade de sua observância no processo penal para restringir direito fundamental à liberdade de todo cidadão.

Neste sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal:

É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório.⁶⁹

Com propriedade assevera Mendes de Almeida: a verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado.⁷⁰

Corroborava o exposto acima a lição de Rosemiro Pereira Leal:

ausente o contraditório, (o processo) perderia sua base democrático-jurídico-principlológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida imponderável da liberdade das partes.⁷¹

Quanto ao princípio da ampla defesa, parte da doutrina aduz que é a outra face do princípio do contraditório. Enquanto este último liga-se ao direito de participação, o princípio da ampla defesa impõe a realização efetiva desta participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado.⁷²

⁶⁸ BARROS, Antonio Milton de. **A reforma do CPP sobre provas. Reafirmação do sistema inquisitivo. Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1862, 6 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11571>>. Acesso em: 8/07/09.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. HC 73338 / RJ - RIO DE JANEIRO. Impetrante: Eduardo de Vilhena Toledo e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: José Carlos Martins Filho. Relator: Ministro Celso de Mello, 13 de agosto de 1996. Disponível em: www.stf.jus.br/.../listarJurisprudencia.asp?...HC...73338. Acesso em: 5/07/09.

⁷⁰ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 86.

⁷¹ LEAL, Rosemiro Pereira, op. cit., p. 191.

⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11^a ed. Editora Lumen Juris, RJ, 2009, p. 35.

Assegura às partes a possibilidade de alegar fatos, produzir provas e ainda recorrer das decisões. Abrange, portanto, direito à autodefesa, à defesa técnica e à prova.

O direito à autodefesa atine-se ao direito de a parte atuar junto ao magistrado por meio do interrogatório ou pela presença física aos principais atos processuais.⁷³..

A este respeito, leciona Jorge de Figueiredo Dias:

Deve dar ao argüido a mais ampla possibilidade de tomar posição, a todo o momento, sobre o material que possa ser feito valer processualmente contra si, e ao mesmo tempo garantir-lhe uma relação de imediação com o juiz e as provas.⁷⁴

Já a defesa técnica consiste na obrigatoriedade de que todo acusado deve ser assistido por advogado ou defensor público.

E o direito a prova consiste na possibilidade de usar qualquer meio probatório desde que não seja vedado pelo ordenamento constitucional ou leis ordinárias.

Grinover, Scarance e Gomes Filho acrescentam que "o exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado á efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se das provas".⁷⁵

Cumprе mencionar que, a prova deve ser produzida na presença do juiz e das partes sob o crivo do contraditório, sob pena de ser invalidada.

Vicente Grego Filho assevera que a ampla defesa é constituída a partir dos seguintes fundamentos:

a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial á Administração da Justiça (art. 133 [CF/88]); e e) poder recorrer da decisão desfavorável.⁷⁶

O Estado tem o dever de assegurar ao acusado o pleno exercício do direito de defesa, não podendo haver entraves que dificulte ou impeça o trabalho da parte.

⁷³ FERNANDES, Antônio Scarance, op. cit., p. 294.

⁷⁴ DIAS, José Figueiredo. **Direito Processual Penal**, Coimbra Editora, 1974, p. 432.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, op. cit., p. 137.

⁷⁶ Apud GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. **Os limites constitucionais do poder punitivo do Estado. Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 291, 24 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4994>>. Acesso em: 17/08/09.

Como bem acentua Rui Portanova a ampla defesa "não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático"⁷⁷

Neste diapasão registra Eugênio Pacelli Oliveira:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.⁷⁸

Os princípios do contraditório e da ampla defesa constituem indubitavelmente um norte à atuação dos juízes, das partes e demais participantes do processo.

O Estado no exercício do jus puniendi deve assegurar aos cidadãos garantias de que o processo se desenvolverá de forma regular, legítima, justa e em consonância com espírito do ordenamento jurídico.

1.3.3. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

A verdade pode ser definida como "conformidade com o real", ou a "representação fiel de alguma coisa da natureza."⁷⁹

Diferencia-se a verdade real da verdade formal. Esta é extraída da análise das provas e alegações carreadas aos autos pelas partes, sendo que o juiz pouco participa ou não na produção probatória. É criada por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações e outros institutos jurídicos.⁸⁰ Já aquela, refere-se à verdade "verdadeira", o retrato mais próximo da realidade.

A verdade formal é predominante no processo civil, onde se resolvem, em regra, conflitos sobre direitos disponíveis.

⁷⁷ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 125.

⁷⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, op. cit., p. 34.

⁷⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**, 1998, p. 669.

⁸⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini, op. cit., p. 25.

O princípio da verdade real revela-se a base do processo penal à medida que o *jus puniendi* só poderá ser efetivado contra aquele que praticou o crime e de acordo com sua responsabilidade.

O processo penal visa obter através das provas a verdade real, ou seja, a verdade sobre como os fatos ocorreram, delimitando-se a materialidade, a autoria e o nexo causal.

Como bem acentua Rogério Lauria Tucci, a verdade real pode ser definida como "a reconstrução atingível de fato relevante e metaprocessual, inquisitivamente perquirida para deslinde da causa penal."⁸¹

Predomina no processo penal interesses relevantes e indisponíveis o que justifica a necessidade da verdade real como fundamento da decisão apta a restringir a liberdade do indivíduo.

A busca da verdade real, no dizer de Afrânio Silva Jardim, "é uma decorrência da própria natureza do bem da vida e valores que justificam a existência mesmo do processo penal: o interesse do Estado em tutelar a liberdade individual."⁸²

O processo não deve encontrar limites na forma ou na iniciativa das partes, não podendo o juiz simplesmente admitir como verdadeiro os fatos trazidos aos autos, sem realmente estar convencido, pois estão em jogo direitos fundamentais do indivíduo e a segurança da sociedade.

A este respeito, pontua Fernando Capez:

No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade não se conformando com a verdade formal constante nos autos. Esse princípio é próprio do processo penal, já que no cível o juiz deve conformar-se com a verdade trazida aos autos pelas partes, embora não seja um mero espectador inerte da produção de provas (*vide* art. 130 do CPC.)⁸³

Desta feita, para cumprir tal desiderato o ordenamento jurídico atribui ao juiz poderes, deixando este de ser um mero expectador ou uma figura inerte na relação processual.

Como bem sintetiza Damásio de Jesus:

O processo criminal norteia-se pela busca da verdade real, alicerçando-se em regras como a do artigo 156, 2.º parte, do CPP, que retira o Juiz da posição de expectador inerte da produção da prova para conferir-lhe o

⁸¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e regras orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**, 1986, p. 145.

⁸² JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 200.

⁸³ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 26-27.

ônus de determinar diligências *ex officio*, sempre que necessário para esclarecer ponto relevante do processo.⁸⁴

Contudo a busca pela verdade real encontra limitações, devendo a produção das provas observar os princípios e as normas processuais⁸⁵, sob pena de serem invalidadas, tal como acontece com a prova obtida por meio ilícito.

Neste sentido, lecionam Grinover, Scarance e Magalhães:

Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes. Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um valor de verdade. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia".⁸⁶

Ademais, outros institutos processuais afastam sua aplicação como, por exemplo, a transação, o sursis e a impossibilidade de revisão criminal em prejuízo do réu.

Há ainda quem sustente a impossibilidade de obtenção da verdade real, mas tão somente de uma verdade formal, isto por que seria impossível reconstituir com precisão o iter criminis.

Neste sentido, Fernando Capez pontua que, "é inegável que mesmos nos sistemas em que vigora a livre investigação das provas, a verdade alcançada será sempre formal, porquanto o que não está nos autos não está no mundo."⁸⁷

Com propriedade pontua Rogério Lauria Tucci: "tenha-se presente, para logo, na consecução de tal mister, que, como correntemente asseverado, a verdade, de

⁸⁴ JESUS, Damásio E. de. **Leis dos Juizados Especiais Criminais Anotada**, Editora Saraiva, São Paulo (1997), p. 27/28.

⁸⁵ O Código de Processo Penal traz exceções ao princípio como, por exemplo, os limites para depor de pessoas que, em razão da função, ofício ou profissão devam guardar segredo (art. 207), a recusa de depor de parentes do acusado (art. 206) e as restrições à prova, existentes no juízo cível, aplicáveis ao penal, quanto ao estado de pessoas (art. 155, parágrafo único).

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 146/147.

⁸⁷ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 23.

modo absoluto, objetivamente considerada, não pertence ao homem, mas, tão só, a Deus.”⁸⁸

Aury Lopes Junior corrobora o exposto acima, sustentando que, constitui um gravíssimo erro falar em real quando estamos diante de um fato passado histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado (....).⁸⁹

Outrossim, há limitações ao alcance da verdade real impostas pelo Estado democrático de direito.

Tourinho Filho pondera que o processo deve visar o atingimento da verdade processual, pois há que se considerar as limitações e falibilidades humanas. Prossegue o autor:

por mais que o Juiz procure fazer uma reconstrução histórica do fato objeto do processo, muitas e muitas vezes o material de que ele se vale poderá conduzi-lo a uma "falsa verdade real"; por isso mesmo Ada P. Grinover já anotava que "verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele"⁹⁰ (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, RF, 347/6)

Discute-se também na doutrina se a verdade pode ser tomada como fim ou meio do processo. Prevalece a idéia de que a verdade é um elemento da justiça, considerada esta o fim máximo do processo.

Neste sentido assevera a doutrina:

O acertamento verdadeiro dos fatos é a única forma de explicar racionalmente em que consiste a justiça da decisão. Não tem sentido invocar valores como legalidade, correção e justiça da decisão, se não se reconhece a verdade dos fatos como condição para a correta aplicação da norma.⁹¹

O juiz deve atender a verdade real ao proferir a sentença, e somente excepcionalmente a verdade formal (artigo 386, VI, CPP), pois havendo dúvida deve absolver o réu.

É, portanto, uma garantia ao indivíduo de que será julgado com base restritamente no conjunto probatório.

⁸⁸ TUCCI, Rogério Lauria, op. cit., 1986, p. 142.

⁸⁹ LOPES JUNIOR, Aury, op. cit., p. 524.

⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17.

⁹¹ HENRIQUE, Gustavo; BADARÓ, Righi Ivahy. **Ônus da prova no Processo Penal**. 2003, p. 26/27.

1.3.4. PRINCÍPIO DA AUTO-RESPONSABILIDADE

Pelo princípio da auto-responsabilidade, as partes devem suportar as conseqüências de suas ações ou omissões.

Como bem acentua Fernando Capez, “as partes assumem as conseqüências de sua inatividade, erro ou atos intencionais”.⁹²

Na mesma esteira depõe Adalberto José Q. T de Camargo Aranha:

(..) cada parte assume e suporta as conseqüências de sua inatividade, negligência, erros ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhe compete demonstrar.⁹³

Este princípio está relacionado com o ônus da prova, cabendo a cada parte promover os atos que lhe pareçam necessários, suficientes e adequados.

1.3.5. PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DAS PROVAS

Pelo princípio da comunhão das provas, a prova não pertence às partes, mas ao processo. Pode ser utilizada tanto pela parte que a produziu como pela parte contrária.

A este respeito, leciona Heráclito Antônio Mossin:

com efeito, no campo penal não há prova pertencente a uma das partes, mas o ônus de produzi-la. Toda prova produzida integra um campo unificado, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da justiça.⁹⁴

Com propriedade acrescenta Júlio Fabbrini Mirabete:

por força desse princípio é que a testemunha arrolada por um das partes pode ser inquirida também pela outra; que um documento produzido por qualquer delas pode ser invocado pela adversária; e assim por diante.⁹⁵

Desta feita, não há que se falar em prova da defesa ou da acusação, as provas são do processo e pertencem ao interesse da justiça, o que justifica a

⁹² CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 276.

⁹³ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, op. cit., p. 32/33.

⁹⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio, op. cit., p. 197.

⁹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini, op. cit., p. 250.

necessidade da oitiva da parte quando ocorre a desistência da prova pela outra parte.

Contudo, é necessário ressaltar que, a Lei 11.719/08 excepcionou a prova testemunhal: se o Ministério Público arrola Tício como testemunha, pode desistir de sua oitiva sem o consentimento da parte contrária e vice-versa, salvo o juiz que poderá ouvir a testemunha se quiser (art. 401, parágrafo 2º do CPP).⁹⁶

1.3.6. PRINCÍPIO DA ORALIDADE

O princípio da oralidade, decorrência do sistema acusatório, determina a predominância da palavra oral no processo penal, o que torna mais célere a instrução criminal.

Como bem leciona Marques (1965) apud Mossin, “a oralidade do procedimento é o sistema segundo o qual as declarações frente aos juízes e tribunais só possuem eficácia quando formuladas através da palavra oral”.⁹⁷

O doutrinador Fernando Capez aponta que “deve haver a predominância da palavra falada (depoimentos, debates, alegações); os depoimentos são orais, não podendo haver a substituição por outros meios, como as declarações particulares.”⁹⁸

Desde princípio extraem-se outras noções a citar: imediação, identidade física do juiz e concentração.

A imediação refere-se ao contato direto das partes com o juiz ao produzir o material probatório. As provas e as partes devem estar próximas à percepção do juiz.

A identidade física do juiz determina que o mesmo juiz que inciar o processo irá ao seu final sentenciar. O juiz ao ter contato direto com as partes e testemunhas têm melhores condições de proferir a sentença.

Contudo, segundo a doutrina, a identidade física do juiz não se aplica ao processo penal, salvo analogicamente *in bonam partem*, na forma do art. 132 do Código de Processo Civil.⁹⁹

⁹⁶ RANGEL, Paulo, op. cit., p. 425.

⁹⁷ MOSSIN, Heráclito Antônio, op. cit., p. 199.

⁹⁸ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 277.

E por fim a concentração refere-se ao momento da produção das provas que deve se concentrar na audiência, tal como ocorre, ao menos em tese, no rito sumário dos delitos de tóxicos, previsto na Lei n. 11.343/06 (ouvida de testemunhas, alegações orais e sentença em uma só audiência).

Contudo, há que se ressaltar que de forma geral o processo penal brasileiro não adotou o princípio da oralidade, com exceção dos Juizados Especiais.

1.3.7. PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO

O princípio da concentração é uma decorrência da oralidade e preconiza que a instrução seja realizada em uma única audiência, devendo, por conseguinte, a produção das provas concentrar-se nesta audiência.

Nesse sentido leciona Heráclito Antônio Mossin:

este princípio é um desdobramento do da oralidade. Por ele busca-se concentrar toda a produção de prova na audiência, o que possibilita maior rapidez em sua coleta e produção. (...) quando a instrução é feita somente em uma única audiência ou em poucas, coletando-se oralmente as provas, verifica-se grande economia processual, mesmo porque os atos instrutórios são colhidos de forma mais rápida, proporcionando em breve espaço temporal o encerramento da instrução probatória.¹⁰⁰

Destaca-se nos Juizados Especiais, como bem demonstra o art 81, §1º da lei 9.099/95, que dispõe:

Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.
§ 1.º Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.¹⁰¹

E também no Tribunal do Júri, onde há a concentração das provas em uma única audiência.

⁹⁹ ARAS, Vladimir. **Princípios do Processo Penal. Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2416>>. Acesso em: 10/07/09.

¹⁰⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio, op. cit., p. 199.

¹⁰¹ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9099.htm>>. Acesso em: 3/07/09.

1.3.8. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio da publicidade dos atos e atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado.

Desta forma, está previsto expressamente no art. 93, IX da Constituição Federal que dispõe:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)¹⁰²

Contudo, este princípio não é absoluto, existem ressalvas à sua aplicação no próprio texto constitucional (art. 5º, LX, c/c art. 37, caput, c/c art. 93, todos da Constituição Federal, c/c art. 792 do CPP).¹⁰³

No que tange à produção de provas, esta como ato processual, deve ser pública.

Como bem leciona Adalberto José Q. T. Aranha, “os atos judiciais, conseqüentemente a produção de prova, são públicos, somente admitindo-se o segredo de justiça como exceção restrita”.¹⁰⁴

Corrobora o exposto acima a lição de Heráclito Antônio Mossin:

Diante dos textos ordinário e constitucional, como regra, a produção da prova em audiência é pública, podendo ser assistida por quaisquer pessoas, o que concorrerá não só para justificar o caráter político do princípio, bem como as garantias do direito de defesa e a própria transparência do juízo na coleta de provas.¹⁰⁵

Representa uma garantia ao indivíduo que terá possibilidade de fiscalizar e controlar os atos praticados, impedindo o cometimento de abusos.

Segundo Paulo Rangel, “a publicidade dos atos processuais integra o devido processo legal e representa uma das mais sólidas garantias do direito de defesa,

¹⁰² Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/.../constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 3/07/09.

¹⁰³ RANGEL, Paulo, op. cit., p. 13.

¹⁰⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, op. cit., p. 34.

¹⁰⁵ MOSSIN, Heráclito Antônio, op. cit., p. 201.

pois a própria sociedade tem interesse em presenciar e/ou conhecer a realização da justiça.”¹⁰⁶

A publicidade pode ser dividida em:

- Geral, plena ou popular- os atos podem ser assistidos por qualquer pessoa, não havendo qualquer limitação;
- Especial ou restrita- restringe a publicidade dos atos a algumas pessoas, geralmente às partes ou representantes.

O doutrinador Frederico Marques fala em “publicidade imediata e publicidade mediata. A primeira, quando os atos do procedimento estão ao alcance do público em geral; a segunda, quando os atos processuais só se tornam públicos por meio de informe ou certidão sobre sua realização e seu conteúdo.”¹⁰⁷

O Código de Processo Penal traz situações em que a publicidade sofrerá restrições a citar art. 217 (que trata da retirada do réu da audiência quando a sua presença puder interferir no ânimo da testemunha ou no bom andamento do ato) e art. 792, § 1º (possibilita a restrição da publicidade geral quando a mesma puder ocasionar escândalo, inconveniência ou perigo de perturbação da ordem).

O princípio da publicidade constitui indubitavelmente um instrumento de garantia ao indivíduo, a quem se atribui o cometimento de um delito, e à sociedade que pode controlar a atuação dos Juízes e do Ministério Público.

1.3.9. PRINCÍPIO DA INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS

Em regra, todas as provas são validas para atingir a verdade real, vige, portanto, o princípio da liberdade probatória.

Contudo esta regra não é absoluta, há exceções, uma vez que o nosso ordenamento constitucional veda expressamente no art. 5º, LVI, as provas obtidas por meios ilícitos.

No mesmo sentido, estabelece o Código de Processo Penal:

¹⁰⁶ RANGEL, Paulo, op. cit., p. 13.

¹⁰⁷ Apud RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. rev. e atual. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2008, p. 13.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)¹⁰⁸

O princípio da verdade real, portanto, encontra seu limite no princípio da vedação das provas ilícitas.

Como bem acentua Paulo Rangel, “o princípio da verdade real tem que estar em harmonia com a liberdade da prova e esta encontra limites no campo da admissão das provas obtidas por infringência às normas legais.”¹⁰⁹

A doutrina estabelece a amplitude do conceito de prova proibida, a qual abarca a prova ilícita e a prova ilegítima.

A prova ilícita refere-se àquela produzida com violação ou inobservância do direito material. Já a prova ilegítima atine-se àquela produzida com infringência das normas processuais.

Essa diferenciação decorre do momento em que ocorre a ofensa ao direito, que pode se verificar no momento da coleta da prova, violando regras de direito material, dos costumes, dos princípios gerais de direito e da moral, ou quando a prova é introduzida no processo, violando normas processuais.¹¹⁰

Segundo Celso Ribeiro Bastos quando a Constituição Federal estabeleceu a vedação em comento, visava abranger tanto a prova ilícita (ilicitude extrínseca) como a ilegítima (ilicitude intrínseca).¹¹¹

Paulo Rangel acrescenta a estas classificações a prova irregular:

São irregulares as provas que, não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes. Quer-se dizer, embora a lei processual admita (não proíba) um determinado tipo de prova, ela exige para a sua validade, o cumprimento de determinadas formalidades que não são cumpridas. Ex: a busca e apreensão domiciliar é permitida (cf. art. 5º, XI, da CRFB c/c o art. 240 do CPP), mas o mandado deve conter todos os requisitos legais exigidos no art. 243 do CPP..¹¹²

¹⁰⁸ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/...Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 03/07/09.

¹⁰⁹ RANGEL, Paulo, op. cit., p. 430.

¹¹⁰ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal**. 10. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 224.

¹¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 275.

¹¹² RANGEL, Paulo, op. cit., p. 431.

Cumpra mencionar que há na doutrina algumas correntes que tratam sobre a prova ilícita em sentido estrito, ou seja, aquela que viola o direito material, princípios, costumes e a moral.¹¹³

Uma corrente admite a prova ilícita sob a alegação de que o direito processual e o direito material são autônomos, só havendo estabelecimento de sanção na lei adjetiva.¹¹⁴

As demais refutam esta afirmação, a primeira com estribo na unidade do ordenamento jurídico.¹¹⁵ Como bem, leciona Luciana Fredagolli, “o Direito é um todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irredutíveis. [...] O ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o Direito e não somente partes separadas”.¹¹⁶

A segunda com base no princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado.¹¹⁷ Assim, não é possível admitir que os agentes utilizem meios ilegais para combater a criminalidade.

E a última consigna que a prova ilícita lesa a Constituição Federal, ao desrespeitar direito fundamental.

A este respeito, leciona Paulo Rangel:

O legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial pelo titular da ação penal pública – princípio da verdade real –, porém, esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam à manutenção de um Estado Democrático de Direito.¹¹⁸

Em que pese estas divergências predomina no direito brasileiro a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, por mais relevante e verdadeiro que seja o seu conteúdo.¹¹⁹

¹¹³ NASCIMENTO, José Carlos do. **As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 779, 21 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>>. Acesso em: 11/07/09.

¹¹⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 173; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 73.

¹¹⁵ ARANHA, Adalberto Q. T. de Camargo, op. cit., p. 64.

¹¹⁶ FREDAGOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e à prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 189.

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 46.

¹¹⁸ RANGEL, Paulo, op. cit., p. 428/429.

¹¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, op. cit., p. 225; PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 175.

O Código de Processo Penal não aborda a questão da prova ilícita de maneira exaustiva, há apenas dois dispositivos que tratam do assunto.¹²⁰ Assim, a proibição decorre da interpretação da Constituição Federal (art. 5º, LVI) conjugada com o artigo art. 332 do Código de Processo Civil que dispõe que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificado neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

No que tange à prova ilícita é importante mencionar ainda a prova ilícita por derivação.

Trata-se de prova lícita, mas que foi obtida por uma prova ilícita. Como bem pondera Grinover, "diz respeito àquelas provas em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio da informação obtida por prova ilicitamente colhida."¹²¹

Sobre as provas derivadas das ilícitas o Código de Processo Penal, traz após a reforma encartada pela Lei 11.690/08, as seguintes disposições:

Art. 157 § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Até esta alteração não era pacífico no direito brasileiro se estas provas poderiam produzir efeitos ou se seriam abarcadas pela nulidade. Agora há na verdade uma admissibilidade relativa e condicional.

O rigor da teoria da prova ilícita por derivação, vem sendo atenuado pela aplicação da teoria do descobrimento inevitável e da teoria da fonte independente.¹²²

O direito americano ao tratar do assunto produziu a teoria dos frutos da árvore envenenada a qual determina que os vícios da planta se transmitem para todos os seus frutos.

¹²⁰ Art.233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo. Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário. Art.240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br/CCIVIL/ ...Lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/...Lei/De13689.htm)>. Acesso em: 3/07/09.

¹²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 51.

¹²² Se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada, ou se esta derivar de fonte própria, não fica contaminada (...). LOPES JUNIOR, Aury, op. cit., p. 555.

Assim, consideram-se ilícitas as provas obtidas por meio lícitos, mas que derivarem de prova ilícita.

Ressalte-se que esta posição não é pacífica na jurisprudência americana.¹²³

No direito brasileiro tem prevalecido a orientação de que “a prova colhida em decorrência de uma prova obtida por meio ilícito é inadmissível no processo, pois ilícita por derivação, acarretando a nulidade do processo¹²⁴ com exceção da hipótese elencada no artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal.

Contudo, não há ainda registro de julgamento sobre a aplicação e extensão das teorias.¹²⁵

Ante estas considerações, discute-se se estas vedações comportariam flexibilização com o intuito de evitar erros ou injustiças. Assunto este que será debatido a seguir no tópico princípio da proporcionalidade.

1.4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade não encontra previsão expressa no ordenamento constitucional. Aplica-se quando há no caso concreto valores conflitantes que devem ser sopesados.

¹²³ KNIJNIK, Danilo. *A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e o Discurso da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93*. Revista da Ajuris nº 66. ano XXIII. Março de 1996. p. 71 e ss. O autor estabelece quatro exceções à aplicabilidade da teoria. A primeira chamada de "Limitação da Fonte Independente" ("*The Independent Source Limitation*") determina que "os fatos obtidos através de uma violação constitucional não seriam, necessariamente, inacessíveis ao tribunal, desde que pudessem ainda ser provados por uma fonte independente". Não se trata de mera possibilidade de se obter a prova por fonte independente, não conexa com a forma ilícita, mas elementos fáticos que possibilitem obter a prova sem a ilicitude. A segunda, chamada de "Limitação da Descoberta Inevitável" ("*The Inevitable Discovery Limitation*"), determina que "a prova decorrente de uma violação constitucional poderia ser admitida, conquanto fosse ela, inevitavelmente, descoberta por meios jurídicos". A terceira, chamada de "Limitação da Descontaminação" ("*The Purged Taint Limitation*"), atine-se aos casos em que embora haja uma prova ilícita "poderá intervir no processo de apropriação um acontecimento capaz de purgar o veneno, imunizando assim os respectivos frutos obtidos". Ocorre a intervenção de um fato independente, rompendo ou tornando secundários os vínculos da prova com a ilicitude original como, por exemplo, a posterior confissão do acusado ou de terceiro, com observância dos direitos fundamentais, colhida lícitamente, e a primeira, obtida de forma ilícita. A quarta, chamada de "Limitação de Boa-Fé" ("*The Good Faith Exception*") determina a exclusão da prova ilícita nos casos em que a autoridade policial crê, sinceramente, que sua atuação está observando os direitos fundamentais do cidadão, como no caso de cumprimento de um mandado que, posteriormente, é invalidado.

¹²⁴ RANGEL, Paulo, op. cit., p. 434.

¹²⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 60.

Atinente à prova penal discute-se na doutrina e na jurisprudência a possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade para permitir as provas obtidas por meios ilícitos.

A este respeito, dispõe César Dario:

A autorização para a utilização da prova obtida por meio ilícito [...] encontra eco na denominada teoria da proporcionalidade ou razoabilidade, desenvolvida na Alemanha Federal, segundo a qual os interesses em litígio são sopesados a fim de ser verificado qual deles deve ponderar.¹²⁶

Assim, considera-se a prova inconstitucional, mas pondera-se o interesse da sociedade em punir o indivíduo e os direitos fundamentais deste.

Ressalta-se que a prova ilícita pode ser usada tanto pela acusação quanto pela defesa, sendo mais aceitável quando utilizada por esta, uma vez que seria absurda a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei.”¹²⁷

Com propriedade, acrescenta Ada Pellegrini Grinover ao dispor que, “quando a prova é colhida ilicitamente pelo acusado para sua defesa “tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.”¹²⁸

Desta feita, o princípio constitucional da vedação das provas ilícitas não tem caráter absoluto, mas relativo.

Neste sentido, leciona Fernando Capez:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais.¹²⁹

¹²⁶ SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos: e seus reflexos no âmbito do direito processual penal**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de direito, 1999, p. 26.

¹²⁷ RANGEL, Paulo, op. cit., p. 439.

¹²⁸ Apud FREDAGOLLI, Luciana, op. cit., p. 194.

¹²⁹ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 33.

A grande dificuldade de aplicação desta teoria atine-se ao estabelecimento dos valores que podem ser sopesados, e ao caráter subjetivo de sua análise.¹³⁰

No entanto, há quem sustente que a teoria da proporcionalidade apresenta critérios objetivos para sua aplicação, a citar: adequação, necessidade e proporcionalidade.¹³¹

Com propriedade dispõe Carnáuba:

Necessidade traduz-se numa situação em que não poderiam ser adotados outros métodos, igualmente eficazes, mas que não limitassem ou limitassem de maneira menos gravosa o direito fundamental. Adequação significa que os meios adotados sejam idôneos para o alcance do objetivo perseguido.¹³²

E por fim, a proporcionalidade consiste em verificar se o meio utilizado (necessário e adequado) guarda proporção com a finalidade almejada.

Os princípios e as normas devem estar em consonância para uma aplicação segura e justa do direito. Como bem pontua César D. M. da Silva:

Pela Teoria ou Princípio da Proporcionalidade as normas constitucionais articulam-se em um sistema, havendo a necessidade de harmonia entre elas. De tal sorte não se faz possível a ocorrência de conflitos insolúveis entre valores constitucionais. Assim o princípio da proporcionalidade é invocado para solucionar esses conflitos, sopesando os valores para saber qual deverá preponderar em determinado caso concreto. Sempre será possível, portanto, o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia constitucional, quando houver preponderância desse último.

Desta feita, a vedação das provas obtidas por meios ilícitos é regra, há exceção quando os valores ou bens em conflitos admitem e reclamam ponderação *pro reo* ou *pro societate*, para resguardar o alcance da justiça e do bom senso na resolução do litígio, cumprindo o direito sua função de obter ordem e paz social.

A este respeito, leciona Alexandre de Moraes:

os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para o afastamento ou diminuição da responsabilidade penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

¹³⁰ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas, interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 70.

¹³¹ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 95.

¹³² Ibidem, p. 94.

Contudo, em que pesem estas considerações, os Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal têm se posicionado pela não aceitação das prova ilícitas e ilícitas por derivação.¹³³

1.4.1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A origem do princípio da presunção de inocência remonta à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que preconizava:

Artigo 9º. Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.¹³⁴

Como bem leciona Antônio Magalhães Gomes Filho, o princípio da presunção de inocência característico do sistema “commow law” foi inserido no artigo 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a partir da reforma efetuada no sistema repressivo, fruto da Revolução Liberal do século XIII.¹³⁵

A presunção de inocência, como direito natural e inalienável, visava a banir o sistema de prova legal e o uso indiscriminado de medidas cruéis contra a pessoa do acusado, buscando-se implantar o sistema da livre apreciação das provas e eliminar o pensamento de que o acusado era quem deveria provar a sua inocência.¹³⁶

Ademais, objetivava impedir a restrição da liberdade do acusado, antes de comprovada sua culpabilidade, salvo em casos de extrema necessidade.

Com propriedade, acrescenta Antônio Magalhães:

¹³³ Prova ilícita é não-prova”, disse o ministro Cezar Peluso, relator do Habeas Corpus (HC 82862). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. HC 82862 / SP - SÃO PAULO. Impetrante: Arnaldo Malheiros Filho e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Walter Luiz Monteiro Cardoso, Marcos Luiz Barreto Montandon Junior e Douglas Munro.. Relator: Ministro Cezar Peluso. 19 de julho de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br/.../listarJurisprudencia.asp?...HC...82862>. Acesso em: 3/07/09.

¹³⁴ Disponível em: <http://www.geocities.com/marceloeva/Declaracao_Direitos_do_Homem.doc> Acesso em: 20/07/2008.

¹³⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (*Pacto de São José da Costa Rica*). Revista do Advogado. AASP, n.º 42, abril de 1994, p. 31.

¹³⁶ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Desconsideração Prévia de Culpabilidade e Presunção de Inocência**. Disponível em: <<http://www.delmanto.com/artigo09.htm>>. Acesso em 10/07/2008.

O apelo a presunção de inocência assumia importante valor emblemático no quadro de uma reforma penal e processual penal que postulava a estrita legalidade das punições e a substituição do procedimento inquisitório e secreto por um processo acusatório público, oral e estruturado para assegurar a igualdade entre acusação e defesa.¹³⁷

Posteriormente, o princípio da presunção de inocência foi incorporado à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 11), ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 2), ao Pacto São José da Costa Rica (art. 8º, nº 2) e às Constituições de diversos países, entre as quais a Constituição Brasileira de 1988 que dispõe no artigo 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”¹³⁸

Integra o rol dos direitos e garantias fundamentais, consagrando-se em um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

O legislador constituinte vislumbrou garantir ao acusado, a supremacia do direito a liberdade sobre o interesse público à repressão penal.

Assim, somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é possível tratar o réu como culpado, fazendo incidir todas as conseqüências jurídicas decorrentes da infração penal.

A este respeito leciona José Afonso da Silva:

A norma constitucional do inciso LVII, agora sob nosso exame, garante a presunção de inocência por meio de um enunciado negativo universal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Usa-se de uma forma negativa para outorgar uma garantia positiva. Na verdade, o texto brasileiro não significa outra coisa senão que fica assegurada a todos a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O trânsito em julgado se dá quando a decisão não comporta mais recurso ordinário, especial ou extraordinário.¹³⁹

Roberto Delmanto Junior explica que:

do ponto de vista extrínseco (formal), destarte, no Brasil, o princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental, é dizer, esta inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa (art. 5º). Do ponto de vista intrínseco (substancial), é um direito de natureza

¹³⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 11.

¹³⁸ PINEDA, Gislaine Ortega: **Prisão Preventiva: Uma Análise das Condições e Pressupostos Autorizadores e da Compatibilidade com o Princípio da Presunção de Inocência**. UCAM-Universidade Cândido Mendes-Praetorium, RJ, 2008, p. 45/47.

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006, p. 155.

predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo probatório das garantias (*garantista*) e de tratamento do acusado.¹⁴⁰

Este princípio constitui-se em princípio reitor do processo penal e impõe regras de tratamento da parte passiva, uma vez que obriga o juiz a ter uma postura positiva, no sentido de tratá-la como inocente.¹⁴¹

Como bem acentua Gomes Filho:

a denominada presunção de inocência constitui princípio informador de todo o processo penal, concebido como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados; fundamentalmente, os valores inerentes à dignidade da pessoa humana; como tal as atividades estatais concernentes à repressão criminal.¹⁴²

Com relação à prova penal, o princípio da presunção de inocência determina que o ônus da prova incumbirá sempre à acusação, não precisando o réu provar sua inocência. Como bem leciona Jardim:

a acusação penal deve alegar não só um fato típico mas também sua ilicitude e reprovabilidade. O réu não manifesta qualquer pretensão própria apenas pode se opor à pretensão punitiva do Estado, procurando afastar o acolhimento do pedido do autor. A tipicidade é tomada tanto no aspecto objetivo como subjetivo.¹⁴³

Ademais, estabelece que em sendo as provas insuficientes para condenação o juiz deve prolatar sentença penal absolutória, atendendo ao princípio *in dubio pro réu*.

Ressalta-se que não basta o arquivamento do feito, posto que é direito fundamental do indivíduo o estado de inocência.

Segundo René Ariel Dotti, o princípio *in dubio pro reo* aplica-se "sempre que se caracterizar uma situação de prova dúbia, pois a dúvida em relação a existência ou não de determinado fato deve ser resolvida em favor do imputado."¹⁴⁴

Exige-se, portanto, um processo que pressuponha o ônus da prova pela acusação, um efetivo contraditório entre as partes, o direito à ampla defesa pelo réu, decisão judicial imparcial e fundamentada, entre outros.¹⁴⁵

¹⁴⁰ DELMANTO JUNIOR, Roberto. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. 2ª ed. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 74.

¹⁴¹ PINEDA, Gislaine Ortega, op. cit., p. 49.

¹⁴² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção..., op. cit., p. 37.

¹⁴³ JARDIM, Afrânio Silva, op. cit., p. 210/212.

¹⁴⁴ *Apud* SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 155.

Com propriedade, leciona Roberto Delmanto Junior:

O direito a presunção de inocência, portanto, afigura-se como uma pilastra de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, abrangendo como referido, não só a questão do ônus da prova, mas também a inadmissibilidade de qualquer tratamento preconceituoso em face da condição de acusado, do direito de resguardo de sua imagem, ao silêncio que não importa em admissão de culpa, a local condigno que lhe seja destinado na sala de audiências e no plenário do júri, ao não uso de algemas, salvo nos casos excepcionalíssimos e, por fim à cautelaridade e excepcionalidade da prisão provisória.¹⁴⁶

Quanto ao alcance do princípio da presunção de inocência, há que se consignar que o princípio em comento deve ser aplicado também na fase do inquérito policial, uma vez que a redação do artigo 5º, inciso LVII estabelece como sujeito “ninguém”, autorizando sua interpretação para além do acusado.¹⁴⁷

1.4.2. PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

A origem do princípio *nemo tenetur se detegere* ou da não incriminação remonta ao período iluminista, onde era tratado como uma garantia relativa do indivíduo no interrogatório.¹⁴⁸

Não configurava uma garantia absoluta, sendo até mesmo controverso, pois determinava o apenamento do acusado que não contribuísse com a Justiça. Nesse sentido, leciona Maria Elizabeth Queijo:

(...) na medida em que sustenta que o dever de dizer a verdade, imposto ao acusado pelo juramento, é antinatural, mas entende que o acusado silente deve ser apenado gravemente, por constituir ofensa à Justiça. Mas foi nesta época que o acusado passou a ser visto não tão só como objeto de prova e que, aos poucos, foi sendo afastada a obrigatoriedade de fornecer prova contra si mesmo¹⁴⁹.

¹⁴⁵ **A presunção de inocência como princípio informador de um modelo de processo penal garantista e justo.** Disponível em: http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0510780_07_cap_03.pdf. Acesso em 20/07/09.

¹⁴⁶ DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidades..., op. cit., p. 67.

¹⁴⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção..., op. cit., p 32.

¹⁴⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saravia, 2003, p. 8.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 9.

Na Idade contemporânea, julgados norte-americanos e ingleses contribuíram definitivamente para a consagração do princípio no direito ocidental.¹⁵⁰

O princípio em comento foi incorporado de forma implícita à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que fez menção à presunção de inocência e a proibição da tortura e de forma expressa no Pacto de São José da Costa Rica (art. 8, parágrafo 2, "g") e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, n.º. 3, "g").¹⁵¹

No ordenamento jurídico brasileiro está previsto no artigo 5º, inciso LXII da Constituição Federal que dispõe: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada à assistência da família e de advogado".

O Brasil aderiu à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 e aos dois Pactos passando a resguardar o princípio em comento por força de expressa disposição legal (artigo 5º, inciso LVII, e art. 186 CPP) e por aderir tratados internacionais (art.5, § 2º da CF).

O princípio da não auto-incriminação reveste-se de conteúdo abrangente, contemplando uma série de prerrogativas ao réu, a citar: o direito de permanecer calado, de mentir, de não participar da reconstituição dos fatos, ou da audiência para reconhecimento, de não exibir documentos e de não fornecer material gráfico ou biológico.¹⁵²

Objetiva proteger o indiciado ou acusado da prática de um delito penal contra os abusos na persecução penal por parte dos representantes do Estado.

Por este princípio, o acusado não é obrigado a contribuir para a formação do convencimento do juiz, uma vez que não é objeto de prova.

¹⁵⁰ MACHADO, Eduardo Muniz. **Delimitação do sentido e alcance do direito ao silêncio. Um estudo sobre a natureza jurídica e aplicabilidade do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal, que garante o direito de permanecer calado. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 548, 6 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6153>>. Acesso em: 15/07/09.

¹⁵¹ Artigo 8º - Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. Art. 14 n. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. Disponível em: <[http:// jusvi.com/artigos/39808](http://jusvi.com/artigos/39808)>. Acesso em: 3/07/09.

¹⁵² GOMES, Luiz Flávio. **Bafômetro, PL 226/06 e o direito de não produzir provas contra si próprio**. Disponível em: <[http:// www.parana-online.com.br/canal/...e.../330314/](http://www.parana-online.com.br/canal/...e.../330314/)>. Acesso em: 3/07/09.

Nos dizeres de Aury Lopes Júnior, “através do princípio do *nemo tenetur se detegere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa.”¹⁵³

Corroborando o exposto acima, a lição de Antônio Magalhães Gomes Filho:

O direito à não auto-incriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional.¹⁵⁴

No entanto, parcela da doutrina entende que o indiciado ou o réu devem ter participação passiva na produção das provas:

(...) o que se pode exigir do acusado é a participação passiva nas provas, como no reconhecimento, a extração de sangue, entre outras. Nessa ótica, o acusado deverá tolerar a produção da prova, desde que não haja ofensa à vida ou à saúde. Mas não se pode exigir, em contrapartida, que ele participe ativamente na produção das provas (como ocorre na reconstituição do fato, no exame grafotécnico ou no etilômetro). Somente neste último caso haveria ofensa ao *nemo tenetur se detegere*, se o acusado fosse compelido a colaborar na produção da prova.¹⁵⁵

O princípio da não auto-incriminação emana do princípio da presunção de inocência e da ampla defesa. Assim, o acusado não pode ser compelido a produzir provas contra si mesmo, presumindo-se inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹⁵⁶

Quanto ao direito de restar silente, expressão do princípio em comento, pontua Carvalho:

¹⁵³ LOPES JUNIOR, Aury, op. cit., p. 513.

¹⁵⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 114.

¹⁵⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth, op. cit., p. 316.

¹⁵⁶ CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DETERMINAÇÃO DO JUÍZO 'A QUO' DOS PACIENTES PRODUZIREM PROVA CONTRA SI MESMOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO – 'NEMO TENETUR SE DETEGERE'. 1. A auto-incriminação não encontra guarida na norma penal brasileira, nem na doutrina, muito menos na jurisprudência, o que legitima a insurgência dos Pacientes contra a determinação da prática de exercício probatório que possa reverter em eventual condenação penal. 2. Através do princípio 'nemo tenetur se detegere', visa-se proteger qualquer pessoa indiciada ou acusada da prática de delito penal, dos excessos e abusos na persecução penal por parte do Estado, preservando-se, na seara dos direitos fundamentais, especialmente neste caso, a liberdade do indivíduo, evitando que o mesmo seja obrigado à compilação de prova contra si mesmo, sob pena de constrangimento ilegal, sanável por 'habeas corpus'. Cuida-se de prerrogativa inserida constitucionalmente nos princípios da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII) e do direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII). (HC 2005.04.01.023325-6/PR, Rel. Des. Federal TADAAQUI HIROSE - TRF/4ª Região). Disponível em: <http://direito.ufpel.edu.br/noticias/decisoes15.06.doc>. Acesso em: 03/07/09.

A consagração de um direito ao silêncio é decorrência da proibição de o acusado depor, contra si mesmo, já vista esparsamente nesta obra, e insculpido no artigo 8º, nº 2, letra g, da Convenção americana sobre Direitos Humanos. São todas regras integrantes dos princípios maiores da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana.¹⁵⁷

Corroborando o exposto acima, a lição de Antonio Magalhães Gomes Filho:

uma exigência inafastável do processo penal informado pela presunção de inocência, pois admitir-se o contrário equivaleria a transformar o acusado em objeto da investigação, quando sua participação só pode ser entendida na perspectiva da defesa, como sujeito processual. Diante disso, evidente que o seu silêncio jamais pode ser interpretado desfavoravelmente, como ainda prevêem certas disposições de lei ordinária (artigos 186 e 198 do CPP).¹⁵⁸

O Código de Processo Penal traz dispositivo retrógrado, incompatível com a nova ordem constitucional ao dispor no art. 198 que “o silêncio do acusado não importará confissão, *mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz*”.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal assentou em vários julgados que o silêncio não pode ser interpretado desfavoravelmente ao réu, restando proibido aos órgãos estatais restringir a esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental, a citar:

[...] Este SUPREMO entende que qualquer pessoa que preste depoimento em qualquer das esferas do Poder Público pode utilizar-se do direito ao silêncio, para evitar a auto-incriminação. Explica CELSO DE MELLO que ‘[...] O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. [...]’ (HC n. 79.812, DJ 16.2.2001). Defiro a liminar. Os PACIENTES não serão obrigados a firmar Termo de Compromisso na condição de testemunhas, assegurando-lhes o direito ao silêncio quando eles, ou seus advogados, assim entenderem que as perguntas possam lhes incriminar. Comunique-se com urgência. Expeça-se salvo-conduto. Publique-se” (STF, HC n. 86.319-1, rel. Min. Marco Aurélio).¹⁵⁹

Desta feita, nenhum acusado pode ser obrigado a cooperar com as autoridades policiais ou judiciais nas investigações, tendo inclusive o direito de permanecer em silêncio, sem que este possa ser interpretado em prejuízo à sua defesa.

¹⁵⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castnho. **Processo Penal e (em face) da Constituição: Princípios Constitucionais do Processo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.169.

¹⁵⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção..., op. cit., p. 31.

¹⁵⁹ SPITZCOVSKY, Celso. **O direito constitucional ao silêncio e suas implicações**. Disponível em: <http://www.escriitoronline.com/.../noticia.php?id>. Acesso em: 2/07/09.

2. ÔNUS DA PROVA:

2.1. ÔNUS DA ACUSAÇÃO

A palavra ônus, vem do latim “*onus*” (carga, peso, obrigação), e na significação técnico-jurídica, entende-se todo encargo, dever, ou obrigação que pesa sobre uma coisa ou pessoa, em virtude do que está obrigada a respeitá-los ou a cumpri-los.”¹⁶⁰

De acordo com Afrânio Silva Jardim, “o ônus processual é gênero do qual o ônus da prova é espécie”. Prossegue o autor: o ônus processual é uma faculdade outorgada pela norma que um sujeito de direito possa agir no sentido de alcançar uma situação favorável no processo”.¹⁶¹

Ônus probandi, é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a veracidade dos fatos, conforme for a distribuição de tal imposição.¹⁶²

A este respeito, leciona Júlio Fabbrini Mirabete:

Numa perspectiva subjetiva, ônus da prova (*onus probandi*) é a faculdade ou encargo que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse, o qual se apresenta como relevante para o julgamento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal.¹⁶³

Com relação ao ônus da prova, o artigo 156 do Código de Processo Penal dispõe que:

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

¹⁶⁰ SILVA, De Plácido e, op. cit.,. 1094.

¹⁶¹ JARDIM, Afrânio Silva, op. cit., p. 201.

¹⁶² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, op. cit., p. 8.

¹⁶³ MIRABETE, Júlio Fabbrini, op. cit., p. 258.

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)¹⁶⁴

Abstrai-se da leitura do dispositivo acima (primeira parte) que em matéria penal há a distribuição do ônus da prova entre acusação e defesa.

Cintra [*et al*], afirma que “a distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória da causa cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente”¹⁶⁵

Contudo, esta não é a posição adotada pela maioria da doutrina e pelos tribunais, os quais assentam que no processo penal o encargo de provar os fatos alegados cabe exclusivamente à própria justiça.

É atribuição da acusação (Ministério Público, ofendido ou representantes) provar a verdade dos fatos alegados e sua autoria.

Grinover [*et al*], sobre ônus da prova no processo penal, no mesmo diapasão, esclarece que “oferecida a denúncia, cabe ao Ministério Público provar o que alega.”¹⁶⁶

Neste sentido, mostra-se a decisão do Supremo Tribunal Federal - STF (*Habeas Corpus* 73338):

(...) O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL. - A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/...Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 02/07/09.

¹⁶⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 373.

¹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *op. cit.*, p. 124.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. HC 73338 / RJ - RIO DE JANEIRO. Impetrante: Eduardo de Vilhena Toledo e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

Esta determinação decorre da adoção do sistema acusatório onde há separação das funções acusadora, julgadora e de defesa, conferindo maiores garantias ao sujeito processual.

A este respeito leciona Afrânio Silva Jardim:

O ônus da prova, na ação penal condenatória é todo da acusação e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado/, afirmado na denúncia ou queixa; conclusão esta que harmoniza a regra do art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal com o salutar princípio *in dubio pro reo*.¹⁶⁸

No mesmo sentido, mostra-se a lição de Nucci:

no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, embora nunca o faça de maneira absoluta. Imagine-se que afirme ter matado a vítima, embora o tenha feito em legítima defesa. É preciso provar a ocorrência da excludente, não sendo a atribuição da acusação fazê-lo... Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, conseqüentemente, do *in dubio pro reo*.¹⁶⁹

Exigir do acusado a prova de sua inocência constitui violação aos princípios da presunção de inocência e do *indubio pro réu*, norteadores do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, colaciona-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas Corpus nº. 27.684 - Relator: Ministro Paulo Medina: (...) O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência.² É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. 3. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência, bem como ignora documento apresentado pela Defesa a teor dos artigos 231 e 400 do Código de Processo Penal." Do voto lê-se: "(...) Estarrecido estou com o teor do decreto condenatório, porquanto o trecho transcrito corresponde à integralidade da fundamentação. Nada mais há; sequer uma só referência à prova produzida pelo órgão ministerial, seja quanto aos fatos objetivamente considerados, seja com relação ao elemento subjetivo do tipo, ou seja, o intuito de fraudar. Não houve qualquer apreciação das provas produzidas pela acusação para firmar o juízo condenatório, mas, ao contrário, afirmou-se que não logrou o acusado provar inverídicos os fatos a ele imputados, numa inaceitável inversão do ônus da prova ao presumir,

Janeiro. Paciente: José Carlos Martins Filho. Relator: Ministro Celso de Mello, 13 de agosto de 1996. Disponível em: www.stf.jus.br/.../listarJurisprudencia.asp?...HC...73338. Acesso em: 5/07/09.

¹⁶⁸ JARDIM, Afrânio Silva, op. cit., p. 214.

¹⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., 2007, p. 363.

juris tantum , como verdadeira a narrativa do Parquet , incumbindo ao réu o dever de desconstituir tal presunção. É notório que o órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório, como retratado no art. 156 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, afirma AFRÂNIO SILVA JARDIM: 'O réu apenas nega os fatos alegados pela acusação. Ou melhor, apenas tem a faculdade de negá-los, pois a não impugnação destes ou mesmo a confissão não leva a presumi-los como verdadeiros, continuando eles como objeto de prova de acusação.Em poucas palavras: a dúvida sobre os chamados fatos da acusação leva à improcedência da pretensão punitiva, independentemente do comportamento processual do réu. (Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: forense, 2000, p. 214).¹⁷⁰

Resta saber se este ônus consiste em uma necessidade ou obrigatoriedade e quais as conseqüências do não cumprimento satisfatório.

Santos acentua que "o ônus da prova trata-se apenas de dever, no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes."¹⁷¹

Chiovenda acrescenta que:

ainda que não se possa falar em um dever de provar, mas apenas em uma necessidade ou ônus, a carência da prova dá origem a uma situação jurídica análoga à que enseja o inadimplemento de um dever, pois a parte a quem incumbia o dever de provar suportará as conseqüências de sua falta (não ter provado).¹⁷²

Assim, se a acusação não cumprir o seu ônus probatório sofrerá as conseqüências que no processo penal significa a absolvição do réu, em homenagem aos princípios da presunção de inocência e in dubio pro réu.

2.2. ÔNUS DA DEFESA

A bipartição do ônus probatório, prevista no art. 156 do Código Penal não enseja um dever ao acusado de provar sua inocência.

O dispositivo supra, deve ser interpretado sob a égide da presunção constitucional de inocência (art. 5º, LVII).

¹⁷⁰ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/.../mudancas_processo_penal_entram_vigor_agosto>. Acesso em: 12/07/09.

¹⁷¹ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 358.

¹⁷² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. V. II 2ª ed. Campinas : Bookseller, 2000, p. 442.

Neste sentido, cabe à defesa provar os fatos que extingam, impeçam ou modifiquem a pretensão punitiva estatal, a citar as excludentes de ilicitudes, de culpabilidade, de punibilidade e as causas de diminuição de pena.

No entanto, não se exige que o réu faça prova plena, assim a prova insuficiente ou incompleta pode demonstrar ser provável a existência de uma excludente e culminar com a absolvição do réu.

Nos dizeres de Américo Taipa de Carvalho:

condenar alguém, havendo dúvida razoável sobre a verificação de um elemento constitutivo de uma causa de justificação (tipo justificador), é, humana e jurídico-penalmente, tão inadmissível e injusto como considerar e dar como provada (e, assim, condenar) a prática do fato típico (tipo legal em sentido estrito), apesar de existir e permanecer dúvida razoável sobre a verificação de um elemento do respectivo tipo legal. Por outras palavras: é tão injusto condenar alguém, havendo dúvida razoável sobre a justificação do fato típico como condenar alguém, havendo dúvida razoável sobre a tipicidade da conduta. Tal como no primeiro caso, também, no segundo, há dúvida sobre a ilicitude do fato; donde que a solução não pode deixar de ser senão a imposta pelo princípio in dubio pro reo" (A Legítima Defesa).¹⁷³

Assim, ante a falta de comprovação do fato impeditivo, modificativo ou extintivo, não está o órgão estatal, representado pelo juiz, autorizado a condenar o acusado.

A este respeito, leciona Manuel Cavaleiro Ferreira:

Os fatos ou elementos impeditivos nada mais são que elementos negativos dos fatos constitutivos ou extintivos. Por isso, a dúvida sobre a existência daqueles é também uma dúvida sobre a existência destes. A dúvida sobre a existência de legítima defesa é também necessariamente uma dúvida sobre o fato penalmente ilícito, sobre a ilicitude.¹⁷⁴ (Processo Penal, 1956, p. 312)

Outrossim, confirmando o disposto acima, há de se atentar às palavras de Figueiredo Dias:

Assim numa sentença, não se pode adotar a seguinte formulação: o réu invocou a legítima defesa, mas não conseguiu fazer a prova de tal; assim, ele é de condenar. A formulação deveria ser: o juízo investigou a questão da legítima defesa invocada pelo réu, mas a questão não se conseguiu esclarecer com segurança, assim, ele é absolvido.¹⁷⁵

¹⁷³ Apud MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. **Qual o efeito jurídico-processual decorrente da falta de comprovação da excludente de legítima defesa alegada pelo réu?** . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1096>>. Acesso em: 03/07/09.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Idem.

Há, contudo quem sustente que se o réu alegar uma excludente e não conseguir prová-la satisfatoriamente acabará sendo condenado, conforme preconiza a expressão do Direito Romano: *Reus nin excipiendo fit actor*, significando, segundo a qual aquele que apresenta uma exceção de defesa, incumbe-lhe o dever de fazer prova do evento que lhe seja favorável”¹⁷⁶

O STJ em julgados pretéritos já se posicionou neste sentido, mas hodiernamente não prevalece esta orientação.¹⁷⁷

Outros doutrinadores alegam ser inconcebível a exigência de que o réu faça prova das excludentes de ilicitude ou de culpabilidade:

Embora sejam elementos negativos do delito, as excludente de ilicitude são fatos negativos determinados e definidos, cuja inoccorrência pode ser perfeitamente demonstrada pela comprovação de fatos positivos com eles incompatíveis. Se houver dúvida sobre a ocorrência de qualquer das excludentes, o acusado deve ser absolvido.¹⁷⁸

No mesmo sentido, pondera Afrânio Silva Jardim:

Embora seja aceito por toda a doutrina, não encontramos o indispensável princípio *in dubio pro réu* sendo utilizado de forma integral, num sistema lógico e harmônico sempre encontramos a aceitação expressa do princípio *in dubio pro réu* numa primeira abordagem, para depois ver ele negado de forma implícita, quando do tratamento do ônus da prova. Autores há que atribuem à acusação o ônus de provar tão somente a prática pelo réu de uma conduta típica. Note-se que, para esta parte da doutrina, a tipicidade é composta apenas de elementos descritivos e normativos. Dolo e culpa pertenceriam à culpabilidade. Assim caberia a defesa provar cabalmente a existência de uma excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade (...) Tal posicionamento é o mesmo que negar aplicação ao princípio *in dubio pro réu*, vez que a dúvida somente lhe favoreceria se estivesse relacionado com o fato que deve ser provado pela acusação (...) Ora o princípio *in dubio pro réu* não admite aplicação parcial, sob pena de ser desfigurado.¹⁷⁹

Prossegue o mencionado autor:

O réu apenas nega os fatos alegados pela acusação. Ou melhor, apenas tem a faculdade de negá-los, pois a não impugnação destes ou mesmo a confissão não leva a presumi-los como verdadeiros, continuando eles como objeto de prova de acusação. Em poucas palavras: a dúvida sobre os chamados ‘fatos da acusação’ leva à improcedência da pretensão punitiva, independentemente do comportamento processual do réu.¹⁸⁰

¹⁷⁶ MESSIAS, Irajá Pereira. **Da Prova Penal**. Campinas: Ed. Bookseller, 1999, p. 181.

¹⁷⁷ Apud MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. **Qual o efeito jurídico-processual decorrente da falta de comprovação da excludente de legítima defesa alegada pelo réu? Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1096>>. Acesso em: 03/07/09.

¹⁷⁸ HENRIQUE, Gustavo; BADARÓ, Righi Ivahy, op. cit., p. 463.

¹⁷⁹ JARDIM, Afrânio Silva, op. cit., p. 206.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 212.

No mesmo sentido, leciona Vicente Grecco Filho, o qual relativiza o alcance da norma do art. 156 ônus, ao afirmar que o ônus da prova que compete á defesa é ônus imperfeito. Segundo o autor:

Ao réu incumbe, em princípio, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória, ou seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir aquela pretensão - são desse tipo as excludentes.

O descumprimento desse ônus, contudo, por parte do réu, não acarreta necessariamente a procedência da imputação, porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito ou diminuído, em virtude do princípio *in dubio pro reo*, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à procedência da imputação. Assim, em princípio à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor.¹⁸¹

“O ônus perfeito é aquele que produz uma situação irreversível e o imperfeito é o que mesmo não cumprido, permite ainda a substituição do ato por outro.”¹⁸²

A posição que mais se coaduna com a finalidade do processo penal e os princípios que o regem certamente é a da não atribuição do ônus probatório ao acusado. Como bem acentua Carvalho, “lançar o encargo de o acusado provar a não-autoria de um delito significa indicá-lo como verdadeiro culpado, sendo sua condenação o reflexo imediato na hipótese de não se desincumbir satisfatoriamente de tal ônus.”¹⁸³

E assim, diante da incerteza, reclama-se a aplicação do princípio da presunção de inocência e do princípio *in dubio pro reo* aos fatos incriminadores e às excludentes.

2.3. ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

A redação do já mencionado art. 156 do Código de Processo Penal, prevê a participação do juiz de ofício na produção de provas em duas hipóteses:

¹⁸¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 205/206.

¹⁸² DOURADO, Amanda Fontes. **O ônus da prova no processo penal**. Disponível em: http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_janeiro2005/.../disc_05.doc Acesso em: 2/07/09.

¹⁸³ CARVALHO, Thiago Amorim dos Reis. **Inversão do ônus da prova na ação penal condenatória**. Artigo científico apresentado à Coordenação de Pós-Graduação da Universidade Católica de Goiás e Academia Estadual de Segurança Pública – Gerência de Ensino Policial Civil. Fev. de 2008.

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Com alteração promovida pela Lei nº 11.690/08, passou-se a admitir a produção antecipada de prova de ofício desde que presentes os requisitos da necessidade, adequação, proporcionalidade, urgência e relevância e que a prova seja legal e moralmente admitida.

Exige-se também na antecipação de provas, decisão fundamentada do magistrado.

Neste sentido, traz-se à colação decisão do STF: (HC 93.157):

De acordo com o relator, ministro Ricardo Lewandowski, logo que citou o acusado (foragido) por edital e decretou sua prisão preventiva, o juiz decidiu antecipar a produção de provas, sem justificar. O magistrado só fundamentou sua decisão mais tarde, quando solicitado a dar informações de sua atitude às instâncias superiores que julgaram pedidos de *habeas corpus* ajuizados pela defesa. Na ocasião, o juiz explicou que os fatos criminosos investigados teriam ocorrido há mais de seis anos, e que se corria o risco de as testemunhas esquecerem os detalhes.

Para o ministro Ricardo Lewandowski, mesmo que o Código de Processo Penal permita a produção antecipada de provas, não se pode permitir o automatismo. Assim, por falta de fundamentação específica do juiz a justificar o procedimento, Lewandowski votou pela concessão da ordem para anular os interrogatórios. O ministro fez questão de frisar que seu voto tinha um viés pedagógico, no sentido de alertar os magistrados para que não tornem esse tipo de conduta automatizada.¹⁸⁴

A intenção do legislador foi certamente a de conferir maior celeridade e efetividade ao processo penal. Contudo, a doutrina e a jurisprudência têm ponderado que a autorização conferida ao magistrado de produzir provas ex officio antes do início da ação penal viola garantias constitucionais, mormente o princípio da iniciativa das partes e os princípios do contraditório e da ampla defesa uma vez que estes inexistem na fase pré-processual.

A este respeito leciona Marcos Zilli:

Indesejado, entretanto, é o poder inserto no inciso I do artigo 156 o qual permite a determinação, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, da produção de provas antecipadas. A previsão, se mal conduzida, pode

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. HC 93.157. Impetrante: DPE- SP Daniela Sollberguer Cembranelli. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/.../obterInteiroTeor.asp?id...HC>. Acesso em: 3/07/09.

levar o juiz ao perigoso terreno da atuação investigatória subvertendo-se, assim, o sentido de um processo penal de matriz acusatória.¹⁸⁵

Ademais, parte da doutrina aduz que este dispositivo afronta a distribuição do ônus probatório, uma vez que cabe à acusação provar os fatos articulados no processo.

Em que pese este posicionamento, para Cármen Lúcia Antunes Rocha, em certos casos o magistrado deve agir nesse sentido, para assegurar que se cumpra o dever do Estado.¹⁸⁶

Com relação ao disposto no inciso II do artigo 157 do Código de Processo Penal, trata-se de poder instrutório supletivo para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Como bem pontua Afrânio Silva Jardim:

Assim, o poder instrutório do juiz será sempre supletivo ao atuar probatório dos outros sujeitos do processo, sem que, com isso, precisemos retornar à origem privatística do processo penal.¹⁸⁷

Não significa que o Código de Processo Penal adota o sistema inquisitivo o qual confunde as atividades do juiz e da acusação.

Neste sentido, leciona Grinover:

O processo acusatório e o processo de partes nada têm a ver com a iniciativa probatória do juiz no processo penal, na medida em que não se pode admitir um juiz passivo e refém das partes, como um mero espectador de um duelo judicial de interesses dos litigantes.¹⁸⁸

No mesmo sentido, Auguste Rondin, citado por Marcelo Lessa Bastos, assevera:

O sistema acusatório não pressupõe, necessariamente, as partes como adversárias, livres para competirem segundo suas exclusivas expensas, ficando o juiz numa posição de árbitro, passivo, à deriva da condução que

¹⁸⁵ ZILLI, Marcos. **O pomar e as pragras**. In. *Boletim do IBCCRIM*, ano 16, n. 188, julho 2008

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. HC 93.157. Impetrante: DPE- SP Daniela Sollberguer Cembranelli. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/.../obterInteiroTeor.asp?id...HC>. Acesso em: 3/07/09.

¹⁸⁷ JARDIM, Afrânio Silva, op. cit., p. 45.

¹⁸⁸ Apud BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Os Poderes Instrutórios Do Juiz No Processo Penal: Juiz Espectador Ou Juiz Protagonista?** Disponível em: <<http://www.amab.com.br/site/artigos.php?fazer=det>>. Acesso em: 10/07/09.

as partes resolverem dar aos rumos da demanda, na posição clássica de "O Pensador" (*Le Penseur*).¹⁸⁹

O juiz como destinatário da prova penal deve atuar complementarmente à atividade probatória das partes para sanar eventuais dúvidas e buscar alcançar a verdade real.

Neste sentido, leciona José Frederico Marques:

Não averiguada devidamente a matéria da acusação ou da defesa, e existindo fonte de prova que possa ser explorada, deve o juiz ordenar as diligências instrutórias que se fizerem necessárias. A prudência e cautela que o devem nortear em todo ato jurisdicional mostrarão o momento dessa intervenção e ainda em que amplitude ela deve operar-se, para que, assim, não desça o magistrado, ao terreno instrutório, como se fosse uma das partes em contenda.¹⁹⁰

Devis acrescenta que a previsão legal da obrigação judicial de complementar a prova para dirimir dúvidas relevantes não se trata de quem produz a prova, mas de quem assume o risco do que falta.¹⁹¹

Marcos Zilli, justifica o poder instrutório do juiz como "condição indispensável para a adequada e justa prestação jurisdicional e para a composição dos interesses públicos contrastantes que permeiam o processo penal."¹⁹²

Não há que se falar em princípio dispositivo, previsto no CPC, o qual estabelece na concepção tradicional que cabe às partes a iniciativa probatória. O juiz não é mero espectador da atuação das partes.

No entanto, parte da doutrina sustenta que o ônus da prova pertence à acusação, não podendo ser suprido, ainda que supletivamente pelo juiz. Nesse sentido, assevera Aury Lopes Jr.:

A gestão da prova está vinculada à noção de gestão do fato histórico, deve estar nas mãos das partes. Do contrário, atribuindo-se ao juiz, estamos incorrendo em erro (psicológico) da inquisição de permitir-lhe reconstruir a história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada.¹⁹³

Ademais, afirmam que admitir o contrário é relegar do ordenamento brasileiro o princípio *in dubio pro réu*.

¹⁸⁹ BASTOS, Marcelo Lessa. **Processo penal e gestão da prova. Os novos arts. 155 e 156 do Código reformado (Lei nº 11.690/08)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1880, 24 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11593>>. Acesso em: 04/07/09.

¹⁹⁰ MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 349/350.

¹⁹¹ Apud, JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: revista e atualizada**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 205.

¹⁹² ZILLI, Marcos. **O pomar e as pragras**. In. *Boletim do IBCCRIM*, ano 16, n. 188, julho 2008.

¹⁹³ LOPES JUNIOR, Aury, op. cit., p. 534.

Outra discussão que reside na doutrina refere-se ao poder instrutório do juiz e o princípio da imparcialidade.

A este respeito, é certo que a iniciativa probatória do juiz não fere o princípio em comento. O juiz pode e deve determinar as diligências necessárias para integral apuração dos fatos, sem que configure atuação “parcial”.

Como bem acentua Ada Pellegrini Grinover, “A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção.”¹⁹⁴

Prossegue a autora: “Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão”¹⁹⁵

A atuação judicial, portanto, deve pautar-se pela busca da verdade real, mas não no sentido depreciativo da expressão, tal como originariamente concebida, onde se admitia a tortura e outros meios ilícitos para obter a “verdade”. A verdade concebida como a proximidade da realidade dos fatos e obtida através de um processo regular e justo onde predominem as garantias individuais e a participação das partes e do juiz na busca de um resultado justo do processo.

Neste sentido, Grinover afirma:

O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a par conditio. E não se pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova. (...) é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fato decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário. Ninguém melhor do que o juiz a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação do seu convencimento.¹⁹⁶

¹⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2002/.../A08.htm>>. Acesso em: 20/07/09.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ Idem.

Como bem acentua Marcos Antônio Santos Bandeira, os valores “justiça”, *jus libertatis*, honra e da consciência social de evitar sentença injustas, devem sobrepujar o interesse legalista da acusação ou da defesa.”¹⁹⁷

O juiz deve determinar diligências sobre os fatos carreados ao processo quando persistir dúvida que o impeçam de formar seu convencimento. A final busca-se uma decisão justa.

Assim, munido dos resultados das diligências se ainda não estiver convencido e seguro de sua decisão, deve prolatar sentença absolutória, em observância ao princípio in dubio pro réu.

3. SISTEMA DE AVALIAÇÃO DA PROVA:

3.1. SISTEMA DA PROVA LEGAL OU PROVA TARIFADA

No que tange às provas é necessário analisar os sistemas de valoração que apareceram na história da humanidade

Como bem pontua Greco Filho. "na avaliação das provas, é possível imaginar três sistemas que podem orientar a conclusão do juiz: o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional".¹⁹⁸

Na mesma esteira depõe Danilo Knijnik:

a literatura sobre esse fenômeno – "convencimento judicial" ou "convicção judicial" – converge, já em seu ponto de origem, para setores de pensamento relativamente conhecidos. Costuma-se, a respeito, expor os três modelos históricos atinentes à valoração das provas – íntima convicção, prova legal e persuasão racional – destacando-se, em seguida, a excelência deste último, normalmente associado tanto a eminentes valores democráticos, como a legítimas conexões do processo com o ordenamento jurídico-constitucional.¹⁹⁹

¹⁹⁷ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. **Os Poderes Instrutórios Do Juiz No Processo Penal: Juiz Espectador Ou Juiz Protagonista?** Disponível em: <<http://www.amab.com.br/site/artigos.php?fazer=det>>. Acesso em: 10/07/09.

¹⁹⁸ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 214.

¹⁹⁹ KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle.** Disponível em: <[HTTP://www.abdpc.org.br/.../Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/.../Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 25/07/09.

Cada sistema decorre da predominância de valores sociais, culturais e políticos das sociedades que evidenciam o grau de confiança no julgador.

O sistema da prova legal ou prova tarifada tem origem na época das ordálias do direito germânico.

Era característico de Estados que não possuíam uma estrutura judicial estabelecida marcada pela presença de garantias funcionais. Pelo contrário, na maioria das vezes, a jurisdição era exercida pelo rei, através de agentes ou delegados, ou por integrantes do Clero.²⁰⁰

Segundo este sistema, cada prova possuía um valor certo, fixado pelo legislador, sendo defeso ao magistrado avaliá-las de acordo com critérios pessoais e subjetivos.

Ademais, havia hierarquia entre as provas, ou no dizer de Nilo Bairros Brum “tabela prévia de valoração das provas.”²⁰¹

A lei estabelecia o tipo e a qualidade de provas a serem consideradas pelo juiz para comprovar o fato, atendendo à qualidade do acusado e à natureza do fato.

Neste sentido, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho:

O juiz devia decidir segundo as provas existentes nos autos, e a lei exigia que tais fatos ou quais fatos de provassem dessa ou daquela maneira, sendo que, às vezes, previa-se o valor dos meios probatórios se satisfeitas certas condições ou pressupostos.²⁰²

Tratava-se de regras baseadas na experiência e na vida, consideradas seguras pela sociedade.²⁰³

Assim, o juiz não podia realizar qualquer ponderação ao avaliar a prova, ficando adstrito ao valor e a legitimidade atribuída pela lei. Como bem acentua Mirabete, “a lei impõe ao juiz a observância de certos preceitos, estabelece o valor de cada prova, institui uma hierarquia delas, de forma que não lhe deixa praticamente nenhuma liberdade de apreciação”.²⁰⁴

²⁰⁰ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal Constitucional**. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?isbn=8536220597>>. Acesso em: 7/07/09.

²⁰¹ BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: revista dos Tribunais, 1980, p. 55.

²⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 526.

²⁰³ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 189.

²⁰⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini, op. cit., p. 260.

Hélio Tornagui, pontua que o sistema da prova legal não é inerente ao sistema inquisitivo, mas foi no processo inquisitório medieval que teve mais largo desenvolvimento.²⁰⁵ O que justificava esta prevalência era a desconfiança que se tinha em relação ao julgador que era o gestor da prova.

Gize-se que a desconfiança e o receio de erros judiciais na apreciação das provas advinham do fato de não ser o julgador um técnico.

Este sistema foi aderido por diversos ordenamentos sob o fundamento de que ao retirar do juiz a discricionariedade na avaliação das provas haveria uma menor ocorrência de erros. Transferia-se a avaliação da prova à lei, com vistas a proteger o acusado de abusos e arbitrariedades.

Sobre o assunto Jacinto Nelson de Miranda Coutinho ressalta que “muitas legislações aceitaram a previsão da possibilidade de o juiz incorrer em erro, no momento de valoração dos meios de prova utilizados, razão pela qual se fixou na lei, uma hierarquia de valores referentes a tais meios.”²⁰⁶

Contudo, em que pese sua fundamentação e objetivos, restou comprovado que este sistema foi erroneamente utilizado, admitindo-se inclusive a tortura na obtenção das provas.

Por este sistema, a confissão era considerada a rainha das provas, prova plena. Outro exemplo de tarifação, segundo comenta Ovídio Batista é o fato de que o depoimento de um servo, jamais poderia ter o mesmo valor do depoimento de um nobre, mas o depoimento de dez servos equivalia ao depoimento de um nobre ou senhor feudal. E o Juiz deveria assim considerar ainda que estivesse convencido de que o nobre estivesse mentindo e o servo não.²⁰⁷

O juiz realizava, portanto, uma simples atividade aritmética para aferir a verdade legal, independentemente de seu convencimento.

Neste sentido, leciona Moacyr Amaral Santos:

No sistema da prova legal, a instrução probatória se destinava a produzir a certeza legal. O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constrangido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse. No depoimento de uma só testemunha, por mais idônea e verdadeira, haveria apenas prova semi plena, enquanto no

²⁰⁵ TORNAGUI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1959, p. 215.

²⁰⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito. Curitiba: UFPR, ano 30, n. 30, 1998, p. 196.

²⁰⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da, op. cit., p. 348.

de duas testemunhas, concordes e legalmente idôneas, ainda que absurdos os fatos narrados, resultaria prova plena e, pois, certeza legal.²⁰⁸

E neste aspecto, reside a maior crítica ao sistema da prova legal, como bem acentua Ovídio Baptista, “o juiz, segundo este sistema, deverá decidir rigorosamente com base no que foi alegado e provado pelas partes, embora sua convicção pessoal sobre aquilo que fora provado nos autos lhe indique que a prova produzida não retrata a verdade.”²⁰⁹

Corroborando o exposto acima, a lição de Heráclito Antônio Mossin:

O grave defeito desse sistema é que o juiz não tem liberdade quanto à apreciação da prova, porquanto os critérios normativos utilizados pelo legislador impõem ao magistrado quais as provas que ele pode usar e aquelas das quais não pode valer-se para prolatar sua decisão. Logo, o juiz figura como servo na aplicação da lei, sendo-lhe vedado externar na sentença qualquer motivação de caráter pessoal decorrente de sua convicção quanto ao conjunto de provas produzido no correr da instrução criminal.²¹⁰

Hélio Tornagui, pondera que o problema deste sistema não estava na adoção de regras de avaliação das provas legais, mas na imposição ao juiz. Segundo, o autor, deveriam figurar como regras técnicas não jurídicas.²¹¹

Com relação à vigência deste sistema, não há indicação temporal precisa do seu fim.

3.2. SISTEMA DA LIVRE APRECIÇÃO OU CONVICÇÃO ÍNTIMA DO JUIZ

O sistema da livre convicção ou certeza moral do juiz é o oposto do sistema da prova legal. Por este sistema o juiz possui ampla liberdade para colher e avaliar as provas.

Prevalece o convencimento íntimo do juiz a respeito da “verdade”, não lhe sendo exigido expor os motivos que embasaram sua decisão.

Neste caso, o legislador não mais valora as provas, restando ao juiz a discricionariedade de admiti-las e avaliá-las.

Neste sentido, assevera Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha:

²⁰⁸ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 392..

²⁰⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da, op. cit., p. 349.

²¹⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio, op. cit., p.193.

²¹¹ TORNAGUI, Hélio, Instituições..., op. cit., p. 216.

O juiz é soberano quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas. Age apenas pela sua consciência, não só no tocante à admissibilidade das provas quanto à sua avaliação, seus conhecimentos e impressões pessoais, até contra provas colhidas e, por fim, pode deixar de decidir se não formada a convicção.²¹²

De acordo com Nilo Bairros de Brum, este sistema surgiu após a Revolução Francesa como reação ao sistema da prova legal.²¹³ Já para Hélio Tornagui este era o sistema primitivo dos povos antigos, como por exemplo do povo romano.²¹⁴

A crítica que se faz a este sistema refere-se justamente ao grau de liberdade conferido ao órgão julgador, uma vez que este decide de acordo com sua convicção íntima, suas impressões pessoais, podendo inclusive limitar a produção probatória ao que considerar suficiente e necessário.

Ademais, o juiz não precisa motivar suas decisões, tenha ele prolatado sentença penal condenatória ou absolutória.

Neste sentido, manifesta-se Moacyr Amaral Santos:

O sistema peca por ofender dois princípios fundamentais de justiça: o de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido (ne inauditus condemnatur) e o da sociabilidade do convencimento. Com efeito, se independentemente das provas colhidas, o juiz forma convencimento decorrente do seu próprio testemunho, as partes ficam inibidas de contrariar e debater um tal testemunho, até porque nem mesmo teriam meios para conhece-lo. Por essa forma, com o sacrifício de um dos fatores vitais a eficácia do processo- o contraditório entre as partes(...). Por outro lado, a convicção não pode decorrer apenas de apreciação subjetiva do juiz, mas deve dimanar da apreciação dos fatos e das provas. O convencimento escreve Malatesta “não deve ser, por outros termos, fundado em apreciações subjetivas do seu juízo, deve ser tal, que os fatos e as provas submetidas ao seu juízo, se fossem submetidos a apreciação desinteressada de qualquer outra pessoa razoável, deveriam produzir, também nesta, a mesma convicção que produziram no juiz.”²¹⁵

O juiz pode inclusive convencer-se através de provas não carreadas aos autos, haja vista a desnecessidade de demonstrar os motivos que embasaram sua decisão, o que certamente constitui óbice ao efetivo contraditório.

Este sistema prevalece ainda hoje no Tribunal do Júri, onde os jurados formam seu convencimento e não oferecem os motivos da decisão.

Assim, o veredicto apresentado pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri não observa o disposto no art. 93, IX da Constituição Federal que dispõe: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas

²¹² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, op. cit., p. 80.

²¹³ BRUM, Nilo Bairros de, op. cit., p. 55.

²¹⁴ TORNAGUI, Hélio, Instituições..., op. cit., p. 212.

²¹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 393.

todas as decisões, sob pena de nulidade (...).” Os jurados limitam-se a responder sim ou não aos quesitos formulados sem expressar os motivos de seu convencimento.

Gize-se que por determinação constitucional prevalece no nosso sistema a soberania dos veredictos, de tal forma que, o acusado inconformado com a decisão, ao apelar terá um novo julgamento pelo Tribunal do Júri e não a reforma da decisão de mérito.

Por derradeiro, cumpre mencionar que há doutrinadores que entendem que a decisão do Tribunal do Júri deve ser fundamentada para ser compatível com a Constituição, para afastar de forma efetiva o arbítrio e o despotismo que inspira os regimes autoritários.²¹⁶

3.3. SISTEMA DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA OU PERSUASÃO RACIONAL

O sistema da livre convicção motivada ou da persuasão racional surge como um sistema misto, uma reação à restrição da liberdade do julgador presente no sistema da prova legal e ao despotismo do sistema da livre convicção.

O juiz possui liberdade para colher e avaliar as provas se comparado ao sistema da prova legal. Contudo, a formação de seu convencimento está adstrita às regras jurídicas, da experiência e da lógica.

Ademais, por este sistema o juiz é obrigado a motivar sua decisão.

A este respeito, leciona Fernando Capez:

O juiz tem liberdade para formar a sua convicção, não estando preso a qualquer critério legal de prefixação de valores probatórios. No entanto, essa liberdade não é absoluta, sendo necessário a devida fundamentação. O juiz, portanto, decide livremente de acordo com a sua consciência, devendo, contudo, explicitar motivadamente as razões de sua opção e obedecer a certos balizamentos legais, ainda que flexíveis.²¹⁷

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, “a liberdade de apreciação da prova é, no fundo uma liberdade de acordo com um dever- o dever de perseguir a chamada

²¹⁶ RANGEL, Paulo, op. cit., p. 466.

²¹⁷ CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 276.

verdade material, de tal sorte que a apreciação há de ser, em concreto, reconduzível a critérios objetivos e, portanto em geral, suscetível de motivação e controle.”²¹⁸

Assim, a convicção está condicionada aos fatos nos quais se funda a relação jurídica, às provas destes fatos trazidas aos autos, às regras legais, lógicas e máximas de experiência e à motivação do *decisum*.²¹⁹

Nos dizeres de Tourinho Filho "o livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não está dispensado de motivar sua sentença".²²⁰

Com relação à necessidade de embasar sua convicção com o que está nos autos, Hélio Tornagui, assevera que “a prova não é produzida apenas para o juiz, mas também (e em igual nível) para as partes do processo e para os outros juízes que possam vir a reapreciar a matéria em sede de recurso.”²²¹

Ressalta-se que, a restrição da liberdade que o juiz dispõe para formar seu convencimento não implica em prejuízo à independência do órgão julgador. Pelo contrário, de acordo com Juan Luís Pagés, “não existem controles em prejuízo da independência, mas independência devido a estes controles.”

No que tange à necessidade de motivação, a Constituição Federal dispõe no art. 93, IX que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...).”

Eleva, portanto, a motivação ao status de exigência constitucional, não admitindo flexibilização quanto à sua utilização, exceto quanto às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri.

O sistema da convicção motivada ou da persuasão racional legitima as decisões do julgador.

É o sistema que vige no ordenamento processual penal contemporâneo, a teor do disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, conjugado com o art. 93, IX da Constituição Federal.

²¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 202/203.

²¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Problemas atuais da livre apreciação da prova.** Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir3.htm>>. Acesso em: 6/07/09.

²²⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo..., op. cit., p. 254.

²²¹ TORNAGUI, Hélio, op. cit., p. 217.

Contudo, em que pese a adoção deste sistema, muitos juizes ainda mantêm, em algumas situações, o tarifamento de provas, por meio de escala de valores inerentes ao homem.

Ademais, o próprio ordenamento prevê situações em que há um resquício da prova legal, a citar os artigos 155, parágrafo único e 158 do Código de Processo Penal.

Diz o Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.²²²

Pela leitura do art. 155, parágrafo único do Código de Processo Penal observa-se uma limitação ao princípio da liberdade probatória à medida que a lei estabelece que sejam verificadas quanto ao estado das pessoas as restrições impostas pela lei civil. Assim, por exemplo, a menoridade prova-se pela certidão de nascimento e o casamento pela certidão de registro.

Já o artigo 158 ordena a realização de perícia quando a infração deixar vestígios, sob pena de tornar nulo o processo, a teor do que dispõe o art.564, III, b do CPP. Em não sendo possível sua realização, a falta de perícia só pode ser suprida pela prova testemunhal. (art.167 e 168, parágrafo 3º do CPP).

Sobre o assunto, leciona José Frederico Marques:

Na verdade fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo. Que isso ocorrer-se ao tempo da legislação do Império, ainda se compreende. Mas que ainda se consagre tal baboseira num estatuto legal promulgado em 1941, eis o que se não pode explicar de maneira razoável.²²³

Contudo, tal posição não é pacífica na doutrina, Antônio Magalhães Gomes Filho assevera que:

²²² Disponível e: <[http:// www.planalto.gov.br/CCIVIL/...Lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/...Lei/De13689.htm)>. Acesso em: 2/07/09.

²²³ MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 438.

Tal cautela, não constitui como pareceu a José Frederico Marques, uma baboseira que só encontraria guarida no sistema da prova legal, ou, como afirmado em recente pronunciamento jurisprudencial, cláusula incompatível com o processo penal moderno, mas importante garantia voltada à obtenção da verdade processual, que consubstancia exemplo claro de uma inadmissibilidade do meio de prova, com o objetivo de evitar erros que poderiam resultar na indiscriminada admissão de qualquer prova para demonstração da própria existência do fato que deixou rastros materiais.²²⁴

A presença destes artigos ainda hoje no Código de Processo Penal revela a preocupação em conferir segurança jurídica ao acusado e à sociedade.

Discute-se, ainda, se seria possível estabelecer um controle efetivo à atividade judicial através da motivação. Questiona-se o fato de ser possível ao magistrado formar um juízo anterior a decisão e com base neste buscar a sua fundamentação, invertendo a lógica de julgamento, dando espaço ao arbítrio judicial.²²⁵

Segundo, alguns doutrinadores “o processo de julgamento dificilmente começa com a premissa da qual a conclusão é subsequente retirada. O ato de julgar, na grande maioria das vezes, começa com uma conclusão – mais ou menos vaga – formada, para que, somente após, se busquem as premissas que a fundamentem.”²²⁶

Esta situação foi reconhecida pelo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, quando disse que:” ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística”.²²⁷

Desta feita, somente um processo com desenvolvimento regular e válido, com observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais e outros inerentes ao Estado democrático de Direito, pode ensejar e legitimar restrição na esfera jurídica do indivíduo.

²²⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito..., op. cit., p. 97/98.

²²⁵ PICININI, Joel. **A avaliação da prova e a formação do convencimento judicial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7621>>. Acesso em: 10/07/09.

²²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 254 e SARMENTO, Daniel. **Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 121.

²²⁷ PICININI, Joel. **A avaliação da prova e a formação do convencimento judicial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7621>>. Acesso em: 10/07/09.

4. DELAÇÃO PREMIADA:

4.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A expressão delação advém de o verbo delatar que significa denunciar o autor do crime, trair.²²⁸

De Plácido e Silva, em sua obra *Vocabulo Jurídico*, ao definir delação assevera que:” originado de delatio, de deferre (na sua acepção de denunciar, delatar, acusar, deferir), é aplicado na linguagem forense mais propriamente para designar a denúncia de um delito [...].”²²⁹

Premiar por sua vez significa “dar prêmio ou galardão a; laurear, galardoar; recompensar; remunerar.”²³⁰

No dizer de Damásio de Jesus:

é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato) Delação premiada” configura aquela incentivada pelo legislador, que *premia* o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.).”²³¹

Fernando Capez define a delação premiada como sendo “a afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia. Além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como comparsa.”²³²

É um instituto utilizado pelo Estado no combate a criminalidade, mormente aos grupos criminosos.

Revela-se um estímulo à verdade processual posto que estabelece benefícios ao agente colaborador que fornecer ao Estado informações que auxiliem a persecução penal, possibilitando a cessão das atividades criminosas.

A este respeito, leciona Otavio Luiz Rodrigues Junior:

²²⁸ BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD:LISA, 1996, p. 184.

²²⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Volume II- D-J- Companhia Editora Forense, p. 448.

²³⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: Dicionário da Língua Portuguesa**. 3 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 629.

²³¹ JESUS, Damásio de. **Estágio atual da delação premiada no direito penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?>. Acesso em: 3/03/09.

²³² CAPEZ, Fernando, op. cit., p. 336.

A institucionalização desse estímulo, em norma ou negócio jurídico, estabelece uma nova proposição jurídica além das existentes. A prestação tem seu “prêmio” em liberar o devedor. A não prestação importa a “pena” de exigir de seu patrimônio, ou, excepcionalmente, de sua liberdade ambulatoria, o ressarcimento. A conduta sobrenormal necessita de um suporte jurídico a sancioná-la, prestigiando-a sob a forma de uma vantagem.²³³

Cezar Roberto Bitencourt aduz que a delação premiada “consiste na redução de pena (que pode chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinqüente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença condenatória, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece.”²³⁴

Na mesma esteira, depõe Guilherme de Souza Nucci:

É a denúncia que tem como objeto narrar às autoridades o cometimento do delito e, quando existente, os co-autores e partícipes, com ou sem resultado concreto, conforme o caso, recebendo em troca, do Estado, um benefício qualquer, consistente em diminuição de pena ou, até mesmo, em perdão judicial.²³⁵

No que tange à natureza jurídica, não se trata de confissão em sentido estrito, a qual consiste na aceitação pelo réu das acusações que lhe são imputadas. Na confissão a declaração é sobre fato pessoal e próprio e a delação exige além da confissão a atribuição do fato a outrem.

Nesse sentido, pontua Aranha:

A delação, ou chamamento do co-réu, consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro como seu comparsa.²³⁶

Gabriel C. Zacarias acrescenta que:

Só se pode falar em delação quando o réu também confessa, porque se negar a autoria, atribuindo-a a outrem, estará escusando-se da prática criminosa, em verdadeiro ato de defesa e, portanto, o valor da assertiva, como prova, será nenhum. Destarte, o elemento subjetivo essencial na delação, para sua credibilidade como prova, é a confissão do delator.²³⁷

²³³ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Considerações sobre a coação como elemento acidental da estrutura da norma jurídica: a idéia de pena e sanção premial**. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, ano 51, nº 190, jul/dez 2006, p. 287-310.

²³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte especial**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 124.

²³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. ver, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 416.

²³⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo, op. cit., p. 132.

²³⁷ INELLAS, Gabriel C. Zacarias de. **Da prova em matéria criminal**. São Paulo: 2000, p. 93.

Tampouco se refere à simples testemunho, pois a testemunha mantém-se equidistante das partes, ao contrário da delação em que o colaborador tem interesse na solução da causa em razão dos benefícios que lhe são oferecidos.

Outro aspecto diferencial é que a testemunha presta o compromisso de dizer a verdade sob pena de incorrer no crime de falso testemunho, ao passo que ao colaborador se atribui o direito de não se auto-incriminar e outros que lhe são decorrentes.

Ademais, a delação premiada diferencia-se da desistência voluntária, do arrependimento eficaz e do arrependimento posterior, previstos nos artigos 15 e 16 do Código Penal, conforme pontuou Alexandre Miguel e Sandra Pequeno:

(...) na desistência voluntária e no arrependimento eficaz, opera-se a atipicidade do fato, que não pode subsistir típico para os outros participantes, enquanto, no arrependimento posterior o sujeito pessoalmente, repara o dano ou restitui o objeto material, circunstâncias objetivas e comunicáveis.²³⁸

Com acerto José Q. T. de Camargo Aranha assevera “não haver semelhança entre a delação e qualquer outra prova nominada. Concluindo tratar-se de prova anômala.”²³⁹

Sobre as provas anômalas ou inominadas, Cordeiro defende a admissão de tudo aquilo que não for vedado, afirmando que é admissível todo signo útil ao juízo histórico contanto que sua aquisição não viole proibições explícitas ou decorrentes dos sistemas de garantia.²⁴⁰

Prova anômala é, portanto, a prova não prevista de forma expressa na legislação processual penal, mas igualmente apta a auxiliar na formação do convencimento do juiz a respeito dos fatos controvertidos no processo.

²³⁸ MIGUEL, Alexandre, SOUZA PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de. **Comentários a Lei de Proteção as vítimas e testemunhas e seus colaboradores**. Revista dos Tribunais, n. 773, São paulo: RT, 2002, p. 436.

²³⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, op. cit., p. 133.

²⁴⁰ CORDERO, Apud, LOPES JUNIOR, Aury, op. cit., p.

4.2. DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO

A origem da delação premiada no direito brasileiro remonta às Ordenações Filipinas, cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830.²⁴¹

Estava prevista mais especificamente no Título VI que definia o crime de “Lesá Majestade” e no Título CXVI que tratava do tema sob a rubrica “Como se perdoará aos malfeitores que derem outros à prisão”. Estabeleciam perdão e prêmio ao indivíduo que apontasse o acusado, abrangendo inclusive criminosos delatores de delitos alheios.²⁴²

Hodiernamente o instituto da delação premiada encontra previsão no Código Penal Brasileiro e em algumas leis extravagantes a citar: Leis nº 8.072/90 – Crimes Hediondos e Equiparados, 9.034/95 – Organizações Criminosas, 7.492/86 – Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, 8.137/90 – Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo, 9.613/98 – Lavagem de Dinheiro, 9.807/99 – Proteção às Vítimas e Testemunhas, 8.884/94 – Infrações contra a Ordem Econômica e 11.343/06 – Drogas e Afins.

Sua regulação normativa após as ordenações é recente e foi influenciada pelo direito italiano.

As leis extravagantes estabelecem regramento próprio para o instituto ocasionando variações no tocante aos requisitos para sua aplicação e aos benefícios concedidos.

Ademais, empregam indistintamente as expressões voluntariedade e espontaneidade dando margem a discussões doutrinárias. Distinguem-se o ato voluntário do ato espontâneo. Este revela que o ato nasceu unicamente da vontade do agente sem qualquer interferência exterior. Já aquele significa que o agente age sem qualquer coação, ou seja, podendo esta idéia ter partido do agente ou não. Contudo, há que se considerar a real intenção do legislador.

Como será visto a delação premiada pode beneficiar o acusado com:

- diminuição da pena de 1/3 a 2/3;

²⁴¹ JESUS, Damásio de. **Estágio atual da delação premiada no direito penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?>. Acesso em: 3/03/09.

²⁴² Idem.

- cumprimento da pena em regime semi-aberto;
- substituição por pena restritiva; extinção da pena;
- perdão judicial.

Para tanto, exige o preenchimento de determinados requisitos que serão apresentados a seguir na análise das legislações que integram o favor premial (delação premiada) em seu texto normativo.

4.2.1. LEI N° 8072/90 - CRIMES HEDIONDOS

A nova abordagem da delação premiada no direito brasileiro após as Ordenações remonta a Lei n.º 8.072, de 26 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, a qual prevê a redução da pena de 01 (um) a 02 (dois) terços para o participante ou associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento (art. 8º, parágrafo único).²⁴³

José Alberto Silva Franco²⁴⁴, conceitua desmantelamento como “ato ou efeito de desmantelar”, ou seja, derrocar, demolir, derrubar, deter, desmanchar, dispensar, desaparelhar.²⁴⁵

Pode gozar deste benefício quem participa eventualmente da associação ou quem está vinculado de forma estável, permanente.

O objeto da lei atine-se à quadrilha ou bando. Quanto à distinção entre quadrilha ou bando, Élio Wanderley de Siqueira Filho pontua que, há uma corrente minoritária que emprega a primeira expressão para designar organizações criminosas, que de modo precário atuam nos rincões mais longínquos deste vasto país. Mas ressalta que a posição majoritária é no sentido de se cuidar de expressões idênticas.²⁴⁶

Aqui reside ainda uma discussão doutrinária quanto ao alcance da lei.

²⁴³ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8072.htm>> Acesso em: 3/07/09.

²⁴⁴ FRANCO, José Alberto Silva. **Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8072/90**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 277.

²⁴⁵ Moraes. **Dicionário de Moraes**: Confluência, 1951, v 3, p. 1057.

²⁴⁶ SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado: inovações da lei 9034/95**, 2 ed., Curitiba: Juruá, 2004, p. 25.

Segundo o jurista Silva Franco e Antônio Lopes Medeiros a quadrilha ou bando deve atuar nos crimes hediondos ou equiparados para fazer jus ao benefício.²⁴⁷

Posição diversa advém dos juristas Geraldo Prado e Willian Douglas que asseveram que o benefício deve ser aplicado a qualquer quadrilha ou bando, uma vez que a lei não estabeleceu qualquer diferenciação.²⁴⁸

Com relação ao quantum de redução, este será fixado de acordo com o grau de ligação entre a delação e o desmantelamento da quadrilha ou bando.

Neste aspecto, questiona-se a necessidade ou não de provocar a interrupção total da atividade da associação criminosa. E também de comprovar tal fato para concessão do benefício.

Quanto ao primeiro questionamento, Alexandre de Moraes entende que “o desmantelamento deve ser interpretado no sentido da necessidade de total interrupção da atividade da associação criminosa.”²⁴⁹

No que tange ao segundo, Renato Marcão pondera que, “o desmantelamento não precisa de comprovação futura no sentido de que a quadrilha ou bando se desfez totalmente, pois “basta que as informações apresentadas sejam aptas à elucidação do emaranhado criminoso investigado, com resultado exitoso em termos de tornar possível a responsabilização penal.”²⁵⁰

Gize-se por fim, que a lei pode ser aplicada retroativamente, beneficiando o réu, a teor do disposto no art. 5º XL da Constituição Federal.

4.2.2. LEI Nº 9.034/95 – CRIME ORGANIZADO

A Lei de repressão de ações praticadas por organizações criminosas (Lei nº 9.034/95) prescreve no art. 6º que, “nos crimes praticados em organização

²⁴⁷ SILVA, Mário Bezerra da. **Desmantelamento na delação. Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1302, 24 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9425>>. Acesso em: 10/07/09.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ MORAES, Alexandre de. **Legislação Penal Especial**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p 79.

²⁵⁰ MARCÃO, Renato. **Delação Premiada**. Disponível em: <<http://www.escritorioonline.com/./noticia.php?id..>> Acesso em: 15/07/09.

criminosa, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”²⁵¹

Denota-se que esta normativa não foi tão enfática quanto a Lei de Crimes Hediondos a qual trouxe a expressão denunciar e não colaborar.

Segundo o jurista Luiz Flávio Gomes, trata-se de "confissão delatatória", ou seja um chamamento, (chamada) de co – réu que deve ser aplicada retroativamente por ser benéfica ao réu.²⁵²

Pondera ainda que, a colaboração deve ser espontânea, sem influência de fatores externos e não simplesmente voluntária. Muito embora, parte da doutrina entenda que a intenção do legislador é no sentido de que atuação seja voluntária. Interpretação esta que pode advir da Lei de proteção às vítimas e testemunhas que traz esta expressão e pode ser aplicada a qualquer espécie de delito.

De acordo com Fernando Capez, constituem requisitos para delação premiada:

- a- crimes praticados pela organização criminosa;
- b- delação espontânea e apenas voluntária;
- c- colaboração eficaz, exigindo-se nexos causal entre ela e o efetivo esclarecimento das infrações penais e sua autoria.²⁵³

Discute-se se a organização criminosa se confunde com o delito de quadrilha ou bando. A este respeito leciona Antonio Carlos Lipinski:

Em primeiro lugar,(...) não é quadrilha ou bando. Em segundo lugar, pelo princípio da especialidade, cada norma tem seu raio de própria ação. O art. 6 da lei 9034/95 em suma (...) não revogou os dispositivos acima mencionados. Temos assim, em vigor no Brasil três formas distintas de delação premiada: uma visa a libertação do seqüestrado (art. 159, parágrafo 4), outro visa ao desmantelamento da quadrilha (art. 8, parágrafo único), e a última à descoberta das infrações e sua autoria. As duas primeiras aplicam-se no caso de quadrilha ou bando, a última só na hipótese do crime organizado. Cada uma tem seu âmbito típico de incidência.²⁵⁴

Na mesma esteira depõe Capez:

essa forma de delação não se confunde com a prevista no art. 159, parágrafo 4º do CP, que visa á libertação do seqüestrado, tampouco com a prevista no art. 8 da lei 8072/90, cuja finalidade é o desmantelamento da

²⁵¹ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9034.htm>>. Acesso em: 3/07/09.

²⁵² Apud SILVA, Mário Bezerra da. **Desmantelamento na delação. Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1302, 24 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9425>>. Acesso em: 10/07/09.

²⁵³ CAPEZ, Fernando. Curso de..., op. cit., p. 256.

²⁵⁴ LIPINSKI, Antônio Carlos. **Crime organizado e a prova penal**. 1ª ed. 2003, 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 95.

quadrilha ou bando, e não o delito praticado pelo bando, ou a dos art. 13 e 14 da Lei 9807/99.²⁵⁵

Geraldo Prado e William Douglas ao contrário do exposto acima entendem que organização criminosa é a mesma coisa que quadrilha ou bando. Por conseguinte, sustentam que foram revogados o parágrafo único do art. 8º da Lei de Crimes Hediondos e o parágrafo 4º do art. 159 do Código Penal.²⁵⁶

Entretanto, a Lei 9034/95 não se confunde com as demais. “Seu âmbito de incidência está bem delimitado pelos crimes praticados em organizações criminosas.”²⁵⁷

Ressalta-se por fim que, a redução de pena ser fixada conforme a rapidez e o grau de colaboração para o esclarecimento da infração penal e sua autoria.

4.2.3. LEI Nº 7.492/86 – CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

A Lei nº 9.080/95 acrescentou um dispositivo à Lei nº 7.492/86 (Lei dos Crimes de Colarinho Branco) estabelecendo a delação premiada às infrações praticadas em co-autoria ou por quadrilha. Esta lei disciplinou a redução da pena de 1 (um) a 2/3 (dois) terços em caso de confissão espontânea.

Diz o art. 25 § 2:

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)²⁵⁸

Com relação à expressão espontânea prevista na lei em comento, Paulo José da Costa Junior, Maria Elizabeth Queijo e Charles Marcildes Machado asseveram que se “pressupõe que o agente venha a admitir a prática do crime, voluntariamente”.²⁵⁹

²⁵⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de..., op. cit., p. 257.

²⁵⁶ LIPINSKI, Antônio Carlos, op. cit., p. 95.

²⁵⁷ Ibidem, p. 94.

²⁵⁸ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L7492.htm>>. Acesso em: 2/07/09.

²⁵⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. **Crimes do colarinho branco**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 165.

Por derradeiro, cumpre mencionar que para obter o benefício não é necessária a eficácia da delação, uma vez que a lei não exige que a confissão impeça o resultado ou os efeitos do crime praticado, mas tão somente que seja revelada a trama delituosa.²⁶⁰

4.2.4. LEI Nº 8.137/90 – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ECONÔMICA E CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

A Lei nº 9.080/95 acrescentou dispositivos à lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional e também à lei que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Diz o art. 16, parágrafo único:

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)²⁶¹

Frize-se que, na hipótese de o delito ser praticado em quadrilha não é necessário o seu desmantelamento para concessão do benefício. E tal como mencionado anteriormente na lei que disciplina os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional não é necessário que a confissão impeça o resultado ou os efeitos dos crimes praticados.

4.2.5. LEI Nº 9.613/98 – LAVAGEM DE DINHEIRO

Outra Lei que disciplina a redução da pena para o “colaborador” é a Lei de lavagem de dinheiro²⁶² (Lei nº 9.613/98), a qual prevê o benefício a quem prestar

²⁶⁰ MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 117.

²⁶¹ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8137.htm>>. Acesso em: 03/07/09.

²⁶² O crime de lavagem de dinheiro constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras para incorporação transitória, ou permanente para economia de cada país de recursos, bens e valores que se originam ou estão ligados a transações ilegais. (Adrienne Ginetti Nelson de Senna).

esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Diz o art. 1º, § 5º:

A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

De acordo com Márcia Monassi Mougénat Bonfim e Edílson Mougénaut Bonfim são requisitos para concessão da delação:

- espontaneidade: aquela que parte do próprio agente;
- prestados a uma autoridade, tanto durante o inquérito policial ou no decorrer do processo até a prolação da sentença;
- relevância das declarações do colaborador: devendo resultar na apuração das infrações penais e de sua autoria, ou na localização dos bens, bens direitos ou valores.²⁶³

A delação só abarca os colaboradores em ações criminais relativas à lavagem de dinheiro, em razão de sua especialidade. Bastando um só elemento (apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.) para caracterizar a colaboração.

Cabe ao juiz decidir sobre o benefício a ser concedido conforme a voluntariedade e eficácia da colaboração. Assim, quando a colaboração for mínima reduz-se a pena, quando for média substitui-se por restritiva de direitos, e quando for máxima, faz o colaborador jus ao perdão judicial.

Gize-se, portanto, que é necessário que sejam fornecidos espontaneamente dados concretos capazes de conduzir à apuração do crime, da autoria ou à localização dos valores, bens e dinheiro.

4.2.6. LEI Nº 9.807/99 – PROTEÇÃO A VÍTIMAS E A TESTEMUNHAS

A legislação que concedeu maior benesse ao réu colaborador foi Lei n.º 9.807/99, a qual estabeleceu a possibilidade de perdão judicial e conseqüentemente a extinção da punibilidade. O seu art. 13 dispõe:

art. 13 - Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

- I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
- II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
- III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.²⁶⁴

David Teixeira de Azevedo traz a definição do perdão judicial como sendo:

medida de política-criminal por meio da qual, reconhecida a existência de todos os pressupostos de existência do delito, e com fundamento na prevenção especial e geral de crimes, considera-se extinta a punibilidade do delito, para o qual a pena se mostra desnecessária e inútil. Trata-se, como adverte Mario Duni, de um desvio lógico do magistério punitivo, que deixará de punir uma conduta que preenche todos os requisitos legais de punição.²⁶⁵

Trata-se de uma regra pela qual o juiz deixa de aplicar a pena ao réu embora tenha sido comprovada a prática do delito, em razão de circunstâncias especiais.

Com relação ao momento da concessão do perdão, José Laurindo de Souza Netto pondera que:

a doutrina e a jurisprudência se inclinam pela impossibilidade da concessão de perdão antes da prolação da sentença penal condenatória. Entretanto, levando-se em consideração os propósitos visados de colaboração, é possível que o perdão seja reconhecido antecipadamente, ensejando o arquivamento do inquérito policial.²⁶⁶

²⁶⁴ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9807.htm>>. Acesso em: 4/07/09.

²⁶⁵ AZEVEDO, David Teixeira de. **A colaboração premiada num direito ético**. São Paulo. In: Boletim IBCCrim n.º 83, dezembro de 1999, p. 6.

²⁶⁶ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Lavagem de dinheiro: Comentário à Lei 9613/98**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 108/109.

O perdão judicial constitui um direito subjetivo do réu delator de caráter pessoal e incomunicável, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos. É causa extintiva de punibilidade, conforme art. 107, IV e 120 do CP.

Nucci refuta esta assertiva com base no fato de que o juiz aprecia os requisitos subjetivos conforme seu prudente arbítrio. Segundo o autor, “o ideal seria revogar o dispositivo (...). Enquanto tal não for feito, o juiz deve ter o máximo de cautela para não frustrar aquele que colaborou efetiva e voluntariamente, para não atingir um dos objetivos descritos nos incisos, embora possa não ter a melhor personalidade ou o crime possa ser considerado grave.”²⁶⁷

Os requisitos objetivos são: colaboração efetiva e voluntária com a investigação e o processo criminal, a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; a localização da vítima com a sua integridade física preservada; a recuperação total ou parcial do produto do crime. Os subjetivos referem-se à primariedade e personalidade do beneficiado, à natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Há divergência na doutrina com relação à necessidade ou não de cumulatividade dos requisitos objetivos. Prevalece a idéia de que os requisitos do art. 13 são alternativos, como bem pontua Antré Stefan Araújo Lima: “os requisitos do art. 13 são alternativos, de modo que não é preciso sempre permitir a identificação dos demais autores, mais a recuperação do produto do crime e mais a libertação da vítima. Fossem cumulativos os requisitos, somente a extorsão mediante seqüestro o admitiria.”²⁶⁸

No mesmo sentido, leciona Damásio, ao sustentar que “basta que o sujeito satisfaça de forma isolada apenas um.” Entender ao contrário importaria restrição à aplicação do perdão somente ao delito de extorsão mediante seqüestro.²⁶⁹

No concernente a voluntariedade, a lei de forma coerente optou por esta expressão ao invés de espontaneidade, permitindo assim que o réu possa ser informado sobre a delação e suas conseqüências.

Com relação ao critério da primariedade, importante mencionar que não se confunde com bons antecedentes. Considera-se réu primário quem não possui

²⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: editora revista dos Tribunais, 2006, p. 679.

²⁶⁸ LIMA, André Estefan Araújo. **Lei de proteção a vítimas e testemunhas - lei 9.807/99**. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: 15/07/09.

²⁶⁹ JESUS, Damásio de. **Perdão Judicial, colaboração premiada, análise do art, 13 da Lei 9807/99**. Primeiras idéias, Boletim do IBCCrim, ano 7, n. 82, set. 94.

sentença condenatória transitada em julgado. Assim, maus antecedentes não impedem a concessão dos benefícios.

Protege-se com primazia a integridade da vítima. Quanto a esta premissa questiona-se se há aplicação do benefício caso a vítima apresente lesão corporal leve. Segundo a doutrina caberá ao juiz decidir, considerando a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso (art. 13, parágrafo único).

Ademais, se houver mais de um sujeito passivo, ou seja concurso de vítimas, a doutrina entende que a localização de apenas uma delas não permite a concessão do perdão judicial.²⁷⁰

Outro aspecto da lei que é debatido atine-se à repercussão social como critério a nortear o juiz. Teme-se a influência provocada pela mídia sensacionalista a qual pode dificultar ou obstar a concessão do benefício.

A lei estabelece, ainda a redução da pena de 1(um) a 2/3 (dois terços), se o réu colaborar com as investigações e com o processo, e resultar a delação na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Dispõe o art. 14 da lei:

O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá a pena reduzida de um a dois terços.²⁷¹

Denota-se da redação do artigo supra que para redução da pena não foram exigidos requisitos subjetivos, tampouco primariedade o que revela desproporcionalidade em relação ao perdão judicial. Ademais não se diferenciou a redução da pena no crime consumado e tentado (art 14, pu), ou na hipótese de arrependimento posterior (art 16).

Assim, se o réu colaborar na investigação voluntariamente, mas sem muito esforço, ou seja, sem o real fornecimento de informações e sem caráter contínuo, a

²⁷⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. **Novíssimas questões criminais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5.

²⁷¹ Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9807.htm)>. Acesso em: 4/07/09.

colaboração não terá efetividade, mas mesmo assim permitirá a redução da reprimenda.²⁷²

Alexandre Miguel e Sandra Maria Nascimento de Souza Pequeno fazem uma crítica à redação do art. 13, para eles o legislador incentivou o concurso de pessoas para a prática de crimes. Pois se o agente praticar sozinho poderá obter atenuante, arrependimento eficaz ou desistência voluntária. Já se for praticado por três ou mais pessoas pode ser beneficiado com o perdão ou redução.²⁷³

Cumprе mencionar ainda que, a lei em comento prevê a aplicação de medidas especiais de segurança e proteção à integridade física do réu colaborador em caso de ameaça ou coação eventual ou efetiva à sua pessoa (Art. 15).²⁷⁴

Contudo, não se trata de ampla proteção como a conferida às vítimas e testemunhas. É limitada por uma série de fatores, a citar precariedade do sistema carcerário, insuficiência de agentes e inclusive à disponibilidade orçamentária.

Estabelece também que, se o colaborador for conduzido ao cárcere em razão de flagrante delito ou decreto de prisão preventiva ou temporária, será custodiado em dependência separada dos demais presos (§ 1º, art. 15).²⁷⁵

A este respeito, leciona José Laurindo de Souza Netto:

Os riscos de uma delação são enormes para o delator, pois, em se tratando de organizações criminosas, é alta a probabilidade de que ocorra a vingança. Evita-se assim, o convívio na prisão entre o colaborador e aqueles a quem tenha denunciado.²⁷⁶

Neste aspecto, reside um grande problema, o sistema penitenciário brasileiro é precário, não dispondo na grande maioria das vezes de alas ou compartimentos para abrigar os presos nestas situações.

Por derradeiro, importante consignar que certamente esta lei, entre todas que prevêem a delação é mais ampla, pois permite sua incidência em relação a qualquer tipo de infração penal.

Nesse sentido, a doutrina acentua que o art 13 da Lei teve por base o crime de extorsão mediante seqüestro, previsto no art, 159, parágrafo 4º em razão de seus

²⁷² AZEVEDO, David Teixeira de. **A colaboração premiada num direito ético**. São Paulo. In: Boletim IBCCrim nº 83, dezembro de 1999, p. 7.

²⁷³ MIGUEL, Alexandre, SOUZA PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de, op. cit., p. 440.

²⁷⁴ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9807.htm>>. Acesso em: 4/07/09.

²⁷⁵ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9807.htm>>. Acesso em: 4/07/09.

²⁷⁶ SOUZA NETTO, José Laurindo de, op. cit., p. 110.

incisos encaixarem-se a este crime, mas não há impedimento à aplicação em outras infrações penais.²⁷⁷

4.2.7. LEI Nº 8.884/94 – INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

A Lei 10.149/00 alterou e acrescentou dispositivos à Lei 8.884/94 que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica . Introduziu o acordo de leniência como dispõe o art. 35 B:

"Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.²⁷⁸

O artigo supra estabelece a possibilidade de acordo entre a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o autor do crime contra a ordem econômica, o que justifica a expressão leniência que significa suavidade ou brandura.

Os requisitos do acordo que deve ser efetuado por ocasião das investigações consistem em: colaboração efetiva com as investigações e o processo administrativo, identificação dos demais co-autores da infração e obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.²⁷⁹

A celebração do acordo acarreta a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia, a teor do que dispõe o art. 35 C:

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.²⁸⁰

²⁷⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral. 8 ed. Niterói-Rj. Impetus, 2007, v I, p. 729.

²⁷⁸ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>>. Acesso em: 3/07/09.

²⁷⁹ JESUS, Damásio de. **Acordo de leniência**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez. 2000. Disponível em: <http://cjdj.damasio.com.br/?page_name=art_002>. Acesso em: 4/07/09.

²⁸⁰ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>>. Acesso em: 3/07/09.

Por derradeiro, é importante consignar que o cumprimento do acordo enseja a extinção de punibilidade conforme prevê o parágrafo único do art. 35 C: “Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.”²⁸¹

4.2.8. LEI N° 11.343/06 – DROGAS E AFINS

A nova Lei de drogas traz a figura da delação premiada no art 41 que dispõe:

O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.²⁸²

De acordo com Guilherme de Souza Nucci os requisitos para delação são:

a)-haver um inquérito, com indiciamento, e ou um processo contra o autor da delação; b)prestação de colaboração voluntária, mas sem a necessidade de se buscar espontaneidade;-c)concurso de pessoas em qualquer dos delitos previstos na Lei 11343/06;d)recuperação total ou parcial do produto do crime, qual seja, a droga e não o lucro ou vantagem.²⁸³

Extrai-se da leitura do artigo supra que o colaborador deve ser ouvido nas duas fases (investigação e processo criminal), corroborando tudo o que disse na primeira fase, pois ao contrário haverá retratação. Além disso, o benefício só será aplicado no caso de condenação.

A nova lei de drogas estabelece a redução obrigatória da pena no caso da colaboração voluntária, por razões de política criminal utilitarista, graduada conforme a efetivação dos resultados.

Contudo, exige-se a cumulação dos requisitos (identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e a recuperação total ou parcial do produto do crime) para a concessão do benefício.

Sobre o assunto, leciona Luiz Flávio Gomes:

²⁸¹ Idem.

²⁸² Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/.../Lei/L11343.htm>> - Acesso em: 3/07/09.

²⁸³ NUCCI. Guilherme de Souza. Leis penais..., op. cit., p. 796.

São incontestáveis as possibilidades de combinação de todos estes fatores: delação de um deles porque o agente não sabe da existência dos outros ou não sabe a identificação dos outros; delação de todos; delação dos co-autores e não delação dos partícipes (porque o agente não sabe quem mais teria participado do crime)etc.

Produto do crime significa tudo o que for auferido pela atividade criminosa. O produto pode ser direto (dinheiro obtido com a venda da droga) ou indireta (carro comprado com o dinheiro obtido com a venda da droga) não importa se a recuperação do crime foi total ou parcial. Desde que a colaboração tenha sido efetiva (concreta e produtiva), terá o colaborador algum benefício legal. O fundamental é a efetividade o resultado positivo da colaboração.²⁸⁴

Importante notar, que esta nova regulamentação não possibilita mais, em face de delação premiada, o sobrestamento das investigações nem mesmo o perdão judicial, tal como previsto anteriormente na Lei 10.409/02 (Lei de Tóxicos).

A doutrina considera que houve uma involução, à medida que o Promotor de Justiça não tem por esta nova lei a mesma capacidade legal para o enfrentamento da condução das investigações policiais.²⁸⁵

4.2.9. CÓDIGO PENAL: CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO

No que tange ao Código Penal, o instituto da delação premiada encontra previsão no art. 159 § 4º que trata do crime de extorsão mediante seqüestro, modificado pela Lei nº9269/96, que dispõe sobre a redução da pena quando o crime for cometido em concurso de pessoas e o concorrente denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado.²⁸⁶

Sobre o concurso de agentes, Cezar Roberto Bitencourt, assevera que "a reunião de pessoas no cometimento de uma infração penal dá origem ao chamado 'concursum delinquentium'. A cooperação na realização do fato típico pode ocorrer desde a elaboração intelectual até a consumação do delito."²⁸⁷

²⁸⁴ Art. 41. In: GOMES, Luiz Flávio Gomes (et al) coordenação. **Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo**. Lei 11343/06 de 23/08/06. São Paulo. Editora revista dos Tribunais, 2006, p. 189.

²⁸⁵ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada: crimes e regime processual penal**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 141.

²⁸⁶ Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate. § 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/...Lei/Del2848.htm>.> Acesso em: 2/07/09.

²⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. Volume 1. 8ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2003, p. 377.

Consideram-se autoridades para os fins deste artigo o Ministério Público e o Delegado de Polícia.

A colaboração tem que ser voluntária, podendo as autoridades supra orientar o acusado.

Ressalta-se que se a vítima for libertada por causas diversas da contribuição do concorrente, como pagamento de resgate, não caberá a diminuição da pena. Não caberá igualmente a diminuição se a informação não facilitar sua libertação.²⁸⁸

E no que tange ao quantum de redução, este será determinado conforme a presteza da colaboração na libertação da vítima, em razão do tempo e da efetividade.

Trata-se de causa pessoal de diminuição de pena que não se comunica aos concorrentes que não a efetivarem. E admite-se a sua aplicação retroativa em benefício do réu.

No concernente a delação no crime de extorsão mediante seqüestro a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que se as informações forem eficazes é obrigatória a incidência na pena.²⁸⁹

Cabe mencionar ainda que, na hipótese de não libertação do seqüestrado, poderá o juiz considerar a colaboração do réu como atenuante genérica.²⁹⁰

A este respeito, leciona Alexandre de Moraes:

²⁸⁸ No caso de extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP), não se considera delação premiada (§ 4º do referido artigo) o fato de o paciente, depois de preso, apenas fornecer o número de telefone de seu comparsa, visto que, em nenhum momento, facilitou a resolução do crime ou influenciou a soltura da vítima. Precedente citado: HC 92.922-SP, DJe 10/3/2008. HC 107.916-RJ, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 7/10/2008. Disponível em: <http://www.esmp.mp.se.gov.br/Folhetim/Edicao11.html>. Acesso em: 3/07/09.

²⁸⁹ **DELAÇÃO PREMIADA - Informações eficazes - Incidência obrigatória na pena.** EMENTA: CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. DOSIMETRIA. **DELAÇÃO PREMIADA.** INFORMAÇÕES EFICAZES. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. A "**delação premiada**" prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de *HABEAS CORPUS*, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu - hipótese dos autos. Deve ser concedida a ordem para anular em parte o julgamento da apelação criminal nº 035980134890, a fim de que outro acórdão seja proferido, observando-se a incidência da **delação premiada** também em relação a ADRIANO ROGÉRIO DAMASCENO. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (STJ, *HC 26325/ES*, *HABEAS CORPUS* 2003/0000257-7, Relator: Ministro GILSON DIPP, Órgão Julgador: Quinta Turma, Julgamento: 24/06/2003, Publicação/Fonte: DJ 25.08.2003 p. 337 RT vol. 819 p. 553. Disponível em: http://www.mp.pe.gov.br/uploads/...XQ/Delao_Premiada.doc). Acesso em: 10/07/09.

²⁹⁰ SANTOS, Simone Moraes. **A coerção penal no âmbito da Lei dos Crimes Hediondos.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4690&p=2>. Acesso em: 03/07/09.

a delação deve ser eficaz, permitindo-se efetivamente a libertação da vítima, a teor do que ocorre no arrependimento eficaz do art. 15 do CP, de modo que, na hipótese de o sujeito fornecer à autoridade todas as informações necessárias para a libertação do seqüestrado, não se efetivando esta por qualquer circunstância, não se aplicará o benefício especial, embora possa incidir uma atenuante genérica prevista no art. 65,III, b do CP.²⁹¹

E por fim, resta consignar que os efeitos da delação premiada podem ser aplicados ao réu preso que presta informações relevantes e possibilita a libertação da vítima. Entende-se, pois que sua colaboração foi eficaz e voluntária apesar da prisão.²⁹²

4.3. CARACTERÍSTICAS E MOMENTO DE SUA APLICAÇÃO

Além dos requisitos específicos a cada legislação vistos anteriormente é importante mencionar algumas características da delação.

A delação premiada consiste em um acordo entre o Ministério Público e o acusado visando à obtenção de novas provas para a solução do crime. Ressalte-se que a autoridade policial pode informar o acusado sobre a possibilidade de obter benefícios se colaborar com as investigações.

O réu colaborador presta informações que conduzem à elucidação de crimes.

Gize-se que na delação premiada além da eficácia da colaboração, a obtenção do prêmio se condiciona também ao reconhecimento por parte do colaborador arrependido de sua responsabilidade como autor, co-autor ou partícipe.²⁹³

Não importa a motivação da colaboração, se feita para angariar os benefícios legais ou por arrependimento. Basta que a conduta seja voluntária ou espontânea, assim considerada nas legislações indistintamente como sendo o ato realizado por vontade própria sem coação.

Muito embora estas expressões tenham sido utilizadas como sinônimo, considerando a real intenção do legislador, possuem sentidos opostos. A conduta

²⁹¹ MORAES, Alexandre de. Legislação..., op. cit., p. 77.

²⁹² GOMES, Luiz Flávio. **Seqüestro e delação premiada: exigência de colaboração eficaz.** Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/.../43006/?...EFICAZ>. Acesso em: 3/07/09.

²⁹³ SOUZA NETTO, José Laurindo de, op. cit., p. 109.

espontânea diferente da voluntária, não veda somente a coação, mas também a explicação ou indução por terceiros.

No entanto, a própria Lei n.º. 9.807/99 (Lei de proteção às vítimas e testemunhas) de aplicação subsidiária prevê a expressão colaboração voluntária.²⁹⁴

As informações prestadas pelo réu colaborador serão investigadas e cotejadas pelo magistrado com os demais elementos de prova. E só acarretarão a concessão de benefícios se proporcionarem a obtenção de resultados efetivos, previstos especificadamente em cada lei que trata do instituto da delação.

Assim, em que pese considerar-se a delação como um acordo, caberá ao magistrado apreciar a colaboração e valorá-la se suficiente para a concessão das benesses.

Isto, por que poderia o agente colaborador induzir em erro ou ludibriar os responsáveis pela persecução penal, atribuindo a outras pessoas o cometimento do delito ou identificando parcialmente os demais autores, ou ainda, proporcionando de modo intencional a recuperação de parte do produto do crime, com o simples intuito de ser agraciado pela delação.

Por outro lado, há quem sustente tratar-se de um acordo frágil uma vez que a autoridade policial e o Ministério Público não podem garantir ao réu colaborador que o juiz irá conceder a delação.²⁹⁵ Ademais, muitas vezes não se consigna nos autos a prestação de informações pelo acusado que no final não recebe os benefícios.

Reconhece-se a delação como meio de prova típico, posto que previsto em lei, mas critica-se a falta de regulamentação procedimental.

O procurador da República na Bahia Vladimir Aras assevera que “o problema é que a nossa lei é falha, ela só diz qual o resultado da delação, mas não como se faz.”²⁹⁶ Assim cada juiz adota um modelo próprio com base nas regras da experiência.

²⁹⁴ JESUS, Damásio de. **Estágio atual da delação no direito penal brasileiro**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/18341>>. Acesso em: 3/03/09.

²⁹⁵ MATSUURA, Lílian. **Delação é boa contra o crime, mas faltam regras**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/.../delacao-premiada-boa-crime-ninguem-sabe-aplica-la>>. Acesso em: 4/07/09.

²⁹⁶ CHRISTOFOLETTI, Lílian. **Delação premiada divide juízes e advogados**. Disponível em: <<https://conteudoclipppingmp.planejamento.gov.br/.../delacao-premiada-divide-juizes-e-advogados>>. Acesso em: 3/07/09.

No Paraná adota-se como modelo o contrato. O Ministério Público, responsável pela acusação formal contra os réus, oferece a delação e se compromete, por escrito, a pleitear na Justiça os benefícios.²⁹⁷

Leva-se o acordo ao conhecimento do juiz tão logo possível e então se solicita a homologação. É claro que o juiz não é obrigado aceitá-lo e cumpri-lo. Deverá livremente apreciar e avaliar a colaboração do réu.²⁹⁸

Sobre a homologação pondera Alexandre de Moraes:

Evidentemente que dentro de nosso sistema legal, tal acordo deve ser homologado pela autoridade judicial, uma vez que não conhecemos ao menos por enquanto, a transação penal independentemente da homologação judicial. Nosso sistema adota o princípio da obrigatoriedade mitigada da ação penal, o que nos leva para a verificação judicial dos requisitos exigidos pela lei para a realização do acordo penal.²⁹⁹

Sobreleva ressaltar que o acordo de delação premiada é sigiloso e não pode ser acessado pelo acusado no processo, mesmo sob a alegação de auxiliar na fundamentação da defesa.

Neste sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

O STJ confirmou sentença de primeiro grau e acórdão do TRF-4ª Região. O segredo de justiça é fundamental para resguardar os delatores e garantir o sigilo das investigações. A delação premiada é para crimes graves e não pode ser banalizado, ponderou o ministro Gilson Dipp. O procedimento da delação premiada, previsto em diversas leis, jamais foi questionado quanto à sua constitucionalidade.³⁰⁰

É importante consignar que os delatados não podem ser absolvidos no processo originário, uma vez que a colaboração seria ineficaz.

Quanto ao momento de aplicação, os diplomas legais não estabelecem quando deve ser apresentada a delação premiada.

Em regra esta ocorre na fase do interrogatório do acusado, uma vez que deve vir sempre acompanhada da confissão, mas se admite em qualquer momento da investigação criminal ou da ação penal, ou ainda, após o trânsito em julgado da sentença.

Neste sentido, Gonçalo Farias de Oliveira Júnior assevera que:

²⁹⁷ Idem.

²⁹⁸ Idem.

²⁹⁹ MORAES, Alexandre de. Legislação..., op. cit., p.53.

³⁰⁰ FREITAS, Newton. **Delação premiada**. Disponível: <[http:// www.newton.freitas .nom.br/artigos. asp ?cod=240. >](http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=240.>). Acesso: 11/07/09.

pelo fato das leis regulamentadoras da delação premiada não fixarem qualquer limite temporal para o oferecimento das informações deladoras, a delação pode ser oferecida em qualquer fase da *persecutio*, sendo possível até mesmo posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, estando ou não o condenado submetido à execução penal.³⁰¹

Na mesma esteira, leciona Damásio Evangelista de Jesus:

A análise dos dispositivos referentes à "delação premiada" indica, em uma primeira análise, que o benefício somente poderia ser aplicado até a fase da sentença. Não se pode excluir, todavia, a possibilidade de concessão do prêmio após o trânsito em julgado, mediante *revisão criminal*. Uma das hipóteses de rescisão de coisa julgada no crime é a descoberta de nova prova de "inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena" (art. 621, III, do CPP). Parece-nos sustentável, portanto, que uma colaboração posterior ao trânsito em julgado seja beneficiada com os prêmios relativos à "delação premiada".³⁰²

A falta de previsão do momento específico não pode constituir óbice para utilização da delação após o trânsito em julgado da sentença como pretende alguns doutrinadores. Deve-se admitir a sua aplicação inclusive por analogia in bonam partem por tratar-se de norma não incriminadora.

A este respeito leciona Aníbal Bruno:

A proibição da analogia, que vigora para as normas de incriminação, resulta de um princípio que se insere no próprio contexto da lei penal. A analogia é inadmissível se dela resulta definição de novos crimes ou de novas penas, ou, se, de qualquer modo, se agrava a situação do agente. [...] Nas *normas* não incriminadoras, que escapam ao absoluto rigor desse princípio, e onde não há também que falar em excepcionalidade ou não excepcionalidade, porque essas normas não são exceções às normas incriminadoras, mas expressões, por si mesmas, de princípios gerais que se aplicam à matéria de que elas se ocupam, o processo de integração, por analogia, de possíveis lacunas tem todo cabimento, desde que não conduza a agravar a situação do delinqüente. É a chamada analogia in bonam partem. Não se apóia, portanto, essa aplicada analogia em razões sentimentais, mas em princípios jurídicos, que não podem ser excluídos do Direito Penal, e mediante os quais situações anômalas podem escapar a um excessivo e injusto rigor.³⁰³

A delação na fase executiva pode inclusive ensejar melhores resultados, haja vista o desespero causado ao agente pela sentença penal condenatória.

Antônio Vicente da Costa Júnior com propriedade dispõe:

³⁰¹ OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **O direito premial brasileiro: breve excursus acerca dos seus aspectos dogmáticos**. Presidente Prudente. In: Intertemas: Revista do Curso de Mestrado em Direito v. 2, 2001, 281.

³⁰² JESUS, Damásio E. de. **Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro. Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7551>>. Acesso em: 03/03/09.

³⁰³ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 211.

[...] durante a execução da pena, o abatimento pela ‘derrota’ enseja o momento de verdade. Os elos da cumplicidade são vencidos, os vínculos do solidarismo espúrio são dissolvidos, o temor do revide é desaquecido e, então, a fala da verdade é externada. Escassos serão os casos de colaboração efetiva e voluntária, durante a investigação ou o processo, ainda que insinuantes as compensações. E ainda quando ocorrerem constituirão afronta aos fundamentos da ordem jurídica que repele a impunidade, em troca de um dever de informação, convertido em obséquio à Justiça.³⁰⁴

Gize-se que, a autoridade competente para aplicação deste instituto através de incidente de execução é o juiz da execução, nos termos do art. 66, III, f da Lei de Execuções Penais.

Por derradeiro, muito embora parte da doutrina teça críticas a este instituto em razão da existência de diversidade de regulação, quanto aos requisitos e efeitos, pelo código penal e legislação extravagante e a falta de disciplina processual, a delação premiada como prova anômala merece ser considerada na busca da verdade real.

4.4. VALOR PROBATÓRIO:

No que tange ao seu valor probatório é inquestionável a sua importância no combate à criminalidade organizada. Não possui, todavia, o condão de embasar por si só uma condenação de natureza penal, devendo ser aferida com outras provas.

Neste sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

A delação (premiada) de um concorrente do crime por outro, em sede policial ou em juízo, denominada “chamada de co-réu” ou “confissão delatatória”, embora não tenha o condão de embasar, por si só, uma condenação, adquire força probante suficiente desde que harmônica com as outras provas produzidas sob o crivo do contraditório (STF, HC n. 75.226; STJ, HC n. 11.240 e n. 17.276)

PROVA – DELAÇÃO – VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de co-réus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas.³⁰⁵

³⁰⁴ KOBREN, Juliana Conter Pereira. **Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>>. Acesso em: 10/07/09.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. HC nº 7526. Paciente: Noriel José de Freitas. Impetrante: Manoel Cunha Lacerda. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 12 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiro>>. Acesso em: 7/07/09.

A delação é um importante instrumento de persecução criminal e seu valor probatório ganha legitimidade, pois nenhuma prova é absoluta; ademais, auxilia na busca da verdade real, permitindo que a persecução penal seja efetiva, prevalecendo a justiça sobre qualquer argumento.³⁰⁶

Doutrinadores argüem que o valor da prova obtida pela delação é relativo pelo fato de poder ser posteriormente rebatida.

As declarações de co-imputado beneficiário do instituto premial não podem significar simplesmente notícia crime e tampouco apenas corroborar os fatos demonstrados por outros meios de prova. Primeiro porque assim estar-se-ia esvaziando a finalidade do instituto em comento e segundo porque demonstrar-se-ia absolutamente dispensável.

A doutrina diverge quanto à atribuição de valor probatório às declarações do réu colaborador.

Há quem sustente que a declaração não corroborada de um dos sujeitos do delito, dotada de lógica narrativa e coerência como meio de prova é suficiente para desconstituir a presunção de inocência.³⁰⁷

Entretanto, a maioria só admite a força probatória da delação se estiver em sintonia com os demais elementos de prova.³⁰⁸

A este respeito, Enrico Altavilla sustenta que:

A chamada do co-réu possui força incriminadora, desde que ela esteja vestida, isto é, seja inteiramente concordante com o núcleo central acusatório. A acusação do co-réu não deve ser uma simples afirmação, antes precisa ser enquadrada numa narração completa. Efetivamente não basta dizer que alguém tomou parte do crime, mas é necessário descrever a modalidade desta participação pois o pormenor pode revelar a veracidade ou a falsidade do que se narra.³⁰⁹

A colaboração premiada, portanto, como meio de prova não basta por si só.

³⁰⁶ GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. Franca-SP: Lemos & Cruz: 2006, p. 147.

³⁰⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. **Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)**. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 25, ago. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao025/frederico_pereira.html> Acesso em: 12/07/09.

³⁰⁸ No processo criminal, a imputação do co-réu somente tem valor probatório quando é confirmada por outros elementos de convicção. Não se pode reconhecer como prova plena a imputação isolada de co-réu para suporte de um veredito condenatório porque seria instituir-se a insegurança no julgamento criminal, com possibilidade de erros judiciários (RT 440/316). ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, op. cit., p. 135.

³⁰⁹ ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*, 1953, p. 177 e ss. Apud, ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, op. cit., p. 133/134.

De acordo com Eduardo Araújo esta divergência ocorre pelas seguintes razões:

Tal controvérsia decorre de dois aspectos que devem ser considerados pelo juiz quando da análise desse meio de prova: (a) o acusado não presta o compromisso de falar a verdade em seu interrogatório; (b) está na situação de beneficiário processual e poderá figurar como beneficiário penal. A combinação desses fatores conduz à conclusão de que o co-réu pode colaborar falsamente com a Justiça, incriminando indevidamente os demais acusados em troca de benefícios previstos em lei. (manutenção do sistema de proteção, cumprimento de pena em regime especial, concessão de perdão judicial, diminuição de pena).³¹⁰

Segundo o Ministro do Superior Tribunal Gilson Dipp, “a delação não pode ser banalizada e só se justifica em caso de crimes graves. Ele observou, também, que apenas o depoimento é insuficiente para uma condenação. A punição deve estar respaldada em outras provas. E ainda: que a informação repassada na delação premiada precisa ser útil ao processo. Caso contrário se torna ineficaz.”³¹¹

Assim, deve o magistrado apreciar as declarações do réu colaborador, observando se reúne os requisitos mínimos de veracidade e início de credibilidade; se o relato é ao menos aceitável no aspecto de razoabilidade e de coerência interna, e se as declarações foram corroboradas por dados externos distintos ao colaborador.³¹²

Ademais, alguns sustentam que se faz necessário para atribuir valor probatório às informações prestadas pelo réu colaborador que esse elemento de prova seja submetido ao contraditório. Desta feita, as declarações devem ser carreadas aos autos para que o delatado possa acessá-las e produzir prova em contrário.³¹³

Por conseguinte, o delator deveria ser submetido a questionamentos pela defesa, podendo, contudo, recusar-se a respondê-los. Logo em tese, caberia ao juiz averiguar as circunstâncias do caso concreto e avaliar o valor probatório das declarações do delator.³¹⁴

³¹⁰ SILVA, Eduardo Araujo da, op. cit., p. 142.

³¹¹ Disponível em: http://www.conjur.com.br/.../delacao_premiada_fortalecida_explica_dipp. Acesso em: 4/07/09.

³¹² PEREIRA, Frederico Valdez. **Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)**. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 25, ago. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao025/frederico_pereira.html> Acesso em: 12/07/09.

³¹³ Idem.

³¹⁴ Idem.

Só assim tornar-se-ia possível desconstituir a presunção de inocência que prevalece em relação ao delatado.

Entretanto, em que pese esta orientação ser a mais compatível e adequada com os princípios que regem o processo penal, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de não admitir o acesso pelo delatado ao acordo premial ainda que para fundamentar sua defesa.³¹⁵

4.5. DELAÇÃO PREMIADA E O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

A globalização caracterizada pela maior circulação de mercadorias e evolução tecnológica contribuiu igualmente de forma negativa para ampliação da atuação criminosa de grupos organizados.

Antes o direito penal e processo penal tratavam somente da criminalidade comum que não oferecia alto grau de ofensividade a ordem social e a paz pública. Diferentemente do que ocorre hodiernamente com o crime organizado que possui alto potencial ofensivo, demandando, portanto, novas formas de combate.

A criminalidade está cada vez mais organizada e infiltrada nos mais diversos segmentos sociais o que facilita a sua atuação e dificulta a aplicação do *jus perseguendi* e do *jus puniendi*.

³¹⁵ A Turma concluiu julgamento de habeas corpus em que se discutia a possibilidade de os advogados do paciente terem acesso aos autos de investigação preambular em que estabelecidos acordos de delação premiada, a partir dos quais foram utilizados documentos que subsidiaram as ações penais contra eles instauradas - v. Informativo 480. Conheceu-se em parte da impetração e, na parte conhecida, por maioria, deferiu-se, parcialmente, o writ para determinar que a 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR certifique quais foram as autoridades, judiciárias e do MPF, responsáveis pela propositura e homologação dos acordos de delação premiada firmados em relação a 2 delatores. Salientando que a delação premiada constitui elemento de prova, entendeu-se fundada, à primeira vista, a suspeita da impetração quanto à possível falta de isenção dos subscritores dos acordos de delação premiada, uma vez que os representantes do parquet que subscreveram as denúncias também foram, em tese, vítimas do paciente, sendo razoável supor a hipótese de que eles também firmaram tais acordos, em indesejável coincidência dos papéis de acusador e vítima. Afastou-se, contudo, a pretensão de se conferir publicidade aos citados acordos, cujo sigilo lhe é ínsito, inclusive por força de lei, aduzindo que ao paciente basta saber quem participou da confecção e homologação dos acordos, sendo pública e notória a condição dos delatores. Vencidos os Ministros Marco Aurélio que concedia a ordem em maior extensão, por considerar presente o interesse da defesa em conhecer também o teor da referida delação, e Menezes Direito que a denegava ao fundamento de que tal acordo, como um todo, estaria coberto pelo sigilo. HC 90.688/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 12.2.2008". GOMES, Luiz Flávio. **Acordo de delação premiada e sigilo: preponderância da ampla defesa**. Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em: 19/07/09.

Não há na legislação brasileira uma conceituação de crime organizado. A Lei 9.034/1995, alterada posteriormente pela Lei 10.217/2001 omitiu-se em estabelecer uma definição, isto por que são várias e inúmeras as condutas que o compõe.³¹⁶

Em meados da década passada, Antônio Scarance Fernandes identificou três critérios para a aproximação de um conceito jurídico-penal de crime organizado:

O primeiro parte da noção criminológica de organização criminosa para tentar definir juridicamente o fenômeno do crime organizado, que assim seria aquele praticado pelos membros de determinada organização, o segundo considerava a ideia de crime organizado definindo-o em face de seus elementos essenciais sem especificação de tipos penais, com tendência para a configuração da organização quando houver reunião de no mínimo três destas características, o terceiro utilizava um rol de tipos previstos no sistema e acrescentava outros, considerando-os como crimes organizados, desde que praticados por 3 ou mais pessoas.³¹⁷

Contudo, constatou-se que a adoção isolada destes critérios era insuficiente para estabelecer com segurança um conceito de crime organizado.

Hodiernamente, vários doutrinadores tecem conceitos de crime organizado. Eduardo Araújo da Silva dispõe que:

uma definição de crime organizado, baseada no atual estágio evolutivo da dogmática penal seria aquele praticado por no mínimo três pessoas que, associadas de forma permanente, praticam reiteradamente determinados crimes a serem definidos pelo legislador, conforme as peculiaridades de cada região ou país.³¹⁸

Na mesma esteira depõe Guaracy Mingardi:

Qualquer cometido por pessoas ocupadas em estabelecer em divisão de trabalhos: uma posição designada por delegação para praticar crime que como divisão de tarefas também inclui, em última análise, uma posição para corruptor, um corrompido e uma para um mandante³¹⁹

Segundo Luiz Flávio Gomes o conceito de crime organizado abrange:

(a) a quadrilha ou bando (288), que claramente (com a Lei 10.217/01) recebeu o rótulo de crime organizado, embora seja fenômeno completamente distinto do verdadeiro crime organizado; (b) as associações criminosas já tipificadas no nosso ordenamento jurídico (art. 14 da Lei de Tóxicos, art. 2º da Lei 2.889/56) assim como todas as que porventura vierem a sê-lo e (c) todos os ilícitos delas decorrentes ("delas" significa: da

³¹⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Fernando Alves Martins. **Crime Organizado e Repressão Policial no Estado do Rio de Janeiro: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007, cap. 3, p. 25-38.

³¹⁷ Apud SILVA, Eduardo Araújo da, op. cit., p. 22.

³¹⁸ Idem.

³¹⁹ MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 8, out-dez, 1994, p. 26.

quadrilha ou bando assim como das associações criminosas definidas em lei).³²⁰

Prossegue o autor, afirmando que o referido conceito não abrange:

- (a) a "organização criminosa", por falta de definição legal;
- (b) o concurso de pessoas (os requisitos da estabilidade e permanência levam à conclusão de que associação criminosa ou quadrilha ou bando jamais podem ser confundidos com o mero concurso de pessoas (que é sempre eventual e momentâneo).³²¹

Em regra, tem por objetivo a obtenção de lucro fácil como bem demonstrado pela pesquisa de Eduardo Araujo da Silva, que aduz: "estima-se que o mercado envolvendo todas as espécies de delinquência organizada seja responsável por mais de ¼ (um quarto) do dinheiro em circulação em todo o mundo."³²²

Prossegue o autor:

Pesquisa realizada pelos jornais The Los Angeles Times e O Estado de São Paulo revelou que as organizações transacionais movimentam anualmente cerca de U\$\$ 580 bilhões, quantia considerada superior ao PIB de uma das sete nações mais ricas do mundo. Segundo o relatório divulgado em 2008 pela Agência para Drogas e Crime da Organização das Nações Unidas só a renda obtida com o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes corresponde em média a U\$\$ 322 bilhões por ano.³²³

São características desta forma de criminalidade a estrutura hierárquica piramidal, a impessoalidade externa, a lei do silêncio, o monopólio da violência e o controle territorial.³²⁴

Outra característica comum ao crime organizado refere-se à divisão de tarefas entre os seus membros para elevar a eficácia da prestação dos serviços e dificultar a identificação e apreensão de todos os envolvidos.

Tudo isso obstaculiza a obtenção de provas e o desmantelamento do crime organizado.

³²⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2919>>. Acesso em: 15/07/09.

³²¹ Idem.

³²² SILVA, Eduardo Araujo da, op. cit., p. 15.

³²³ Idem.

³²⁴ MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado. Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 71.

Ademais, outros fatores facilitam sua livre atuação na sociedade, como, por exemplo, a corrupção. Como bem salientou Hassemer, sobre a criminalidade organizada:

Não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da Legislação, da Magistratura, do Ministério Público, da Polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade (...).³²⁵

Ressalta-se que estas características não exauram o crime organizado que se renova e se transforma com grande facilidade.

Como bem leciona Marcelo Batlouni Mendroni, "as organizações criminosas evoluem muito mais rápido do que a capacidade da Justiça em notá-las, percebê-las e combatê-las e no momento em que isso acontecesse, a organização já assumiria outras características".³²⁶

A este respeito, leciona Hassemer:

A "criminalidade organizada" é um fenômeno cambiante por que fica sujeita às necessidades do mercado. Abrange um conjunto de delitos que não atingem vítimas específicas, ou seja, o sujeito passivo é difuso, podendo ser a coletividade ou o Estado. É capaz de provocar danos "invisíveis", como no caso de delitos ecológicos ou do contrabando de armas; não dispensa o uso da intimidação e ameaça aqueles que se encontrarem no seu percurso; normalmente, encontra-se fixada em uma base territorial, sendo capaz de possuir ramificações em outros locais. Por derradeiro, dispõe de meios de disfarce e dissimulação.³²⁷

Assim, ante ao aumento vertiginoso da criminalidade organizada e a dificuldade em efetivar o *jus puniendi*, o legislador brasileiro adotou o instituto da delação premiada que se empregado corretamente auxilia na busca da verdade material acerca das infrações penais.

Rudolf Von Ihering já em tempos pretéritos assinalava que, em face da força do crime organizado e da deficiência dos Estados em contê-los o direito premial seria a solução:

³²⁵ HASSEMER, Winfried. **Segurança pública no Estado de Direito**, apud GRECHI, Fabiana. **A delação premiada no combate ao crime organizado**. Disponível em: <http://cdsat.damasio.com.br/templates/csat/pdf/doc001.pdf>. Acesso em: 24/08/09.

³²⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 11.

³²⁷ HASSEMER, Winfried. **Segurança pública no Estado de Direito**, apud COSTA, Marcos Dangelo da. **Delação Premiada**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.22109>>. Acesso em: 13/08/09.

Um dia, os juristas vão se ocupar do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade ou arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo no interesse superior da coletividade..³²⁸

Paolo Tonini, citado por Eduardo Araújo da Silva, justifica a aplicação da delação:

A impossibilidade de se inferir outras provas, em razão da lei do silêncio que reina nas associações criminosas; a necessidade de combater certas organizações criminosas, minando sua estrutura associativa pela criação de ocasiões para contrastes internos; a urgência de serenar o maior alarma criado pelos delitos cometidos de forma associativa.³²⁹

Em razão desta dificuldade de caracterizar e desmantelar o crime organizado, todo e qualquer meio para se atingir a verdade real e punir os autores dos delitos deve ser considerado, respeitado os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, e outros princípios orientadores do processo penal.

A este respeito, aduz Armando Rodrigues Coelho Neto, presidente da Federação Nacional dos Delegados da Polícia Federal: “Defendo a delação premiada porque ela nos ajuda num mundo em que o crime cada vez se torna mais complexo”, “Sabemos de histórias de policiais que, antes da lei da delação, ofereciam benesses para que o investigado abrisse a boca. A lei da delação acabou com isso e ajuda muito a polícia.”³³⁰

Por derradeiro, cumpre mencionar que a delação premiada revela a ineficácia do poder estatal em reprimir e solucionar a contento os crimes perpetrados por organizações criminosas, bando, quadrilha ou simplesmente em concurso de agentes.

Contudo, não é possível descartar a sua utilização por revelar a fragilidade do Estado em reprimir o crime organizado e conferir segurança aos seus súditos.

³²⁸ Apud, CERQUEIRA, Thales **Tácito Pontes de Pádua. Delação Premiada. Revista Jurídica Consulex.** 15 de setembro de 2005, Ano IX, nº 208, p. 25.

³²⁹ TONINI, Paolo. I **“pentiti” nella “common law”**. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc. 4, p- 1001, out/dez, 1986, apud SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado: Procedimento probatório.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 32.

³³⁰ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006.../delacao_premiada_util_usada_cautela>. Acesso em: 10/07/09.

4.6. EMBATE ENTRE A DELAÇÃO PREMIADA E A MORAL

Muitos questionam a aplicação do instituto da delação premiada embasados em questões de ordem ética, moral e jurídica.

Segundo alguns doutrinadores a delação premiada avilta a ética ao incentivar a traição, à medida que aquele que delata outros agentes participantes da ação criminosa pode obter benefícios.

Assinalam o fato de que a sociedade tem verdadeira repulsa à traição e aos traidores, tal como restou demonstrado pela história.

Judas Iscariotes delatou Jesus por trinta moedas de prata (Mateus, Capítulo XXVI, ver. 15).

Joaquim Silvério dos Reis entregou Tiradentes em troca de vantagem econômica.

E a sociedade até hoje reprova com veemência a conduta dos delatores. Como acentua Moreira “a colaboração premiada é imoral tendo em vista que a traição demonstra fraqueza de caráter.”³³¹

Os doutrinadores contrários ao instituto em comentam sustentam que a sua admissão importa em quebra da harmonia e da ética no sistema jurídico, posto que incentiva a traição.

Neste sentido, dispõe Luiz Flávio Gomes:

(...) O direito para ser duradouro tem que se assentar em vigas éticas firmes. O Direito é um conjunto normativo eminentemente ético e é por isso que é acatado e respeitado. (...). Em determinadas circunstâncias até se compreende o prevailecimento de um valor sobre o outro, mas o que não dá para entender é a transformação do Direito em instrumento de antivalores. Colocar em lei que o traidor merece prêmio é difundir uma cultura antivalorativa. É um equívoco pedagógico enorme. Ainda que o valor perseguido seja o de combater o crime, ainda assim, constitui um preço muito alto tentar alcançar esse fim com um meio tão questionado. O fim, em última instância, está justificando os meios.³³²

Prossegue o autor:

Na base da delação premiada está a traição. A lei, quando a concebe, está dizendo: seja um traidor e receba um prêmio! Nem sequer o "código" dos

³³¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A delação no direito brasileiro**. Disponível em: < <http://www.apoena.adv.br/declaração.htm>>. Acesso em: 3/07/09.

³³² Apud GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. 1. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2006, p. 141.

criminosos admite a traição, por isso, é muito paradoxal e antiético que ela venha a ser valorada positivamente na legislação dos "homens de bem".³³³

Na mesma esteira leciona Damásio de Jesus: "A lei não é didática e não apresenta princípio cívico decente: ensina que trair é bom porque reduz a consequência do pecado penal".³³⁴

Há também receio de que o Estado pelo fato de a delação premiada oferecer resultados com mínimas despesas relegue a segundo plano os demais meios probatórios.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli questiona a moralidade da colaboração premiada, acentuando o perigo dos agentes estatais utilizarem os benefícios para pressionar o réu, influenciando seu livre arbítrio, de modo a transformar as delações na linha mestra dos processos, passando-se a negligenciar as demais modalidades probatórias.³³⁵

Corroborando o exposto acima, a lição de Renato Marcão:

Além das questões éticas, outros problemas podem ser identificados, e dentre eles podemos citar, por exemplo, a possibilidade do instituto gerar "acomodação", a apatia da autoridade incumbida da apuração, passando a contar com a possibilidade de delação, poderá deixar de dedicar-se com mais afinco na realização de seu ofício (...).³³⁶

Ademais, ponderam que o delator não tem interesse em colaborar com a justiça por razões de arrependimento, ou conversão de caráter, mas pelo simples atrativo dos benefícios.

A este respeito, depõe Renato Marcão:

A delação surge não quando o criminoso tem interesse que a justiça seja feita, mas quando há desajuste entre os envolvidos; quando um se sente prejudicado pela persecução penal e desamparado pelo(s) comparsa(s). O que motiva a delação é o desespero e/ou a simples intenção de beneficiar-se. Não há qualquer conversão do espírito e do caráter para o bem; o delator não se preocupa com o que é realmente justo e verdadeiro. Não há motivo de relevante valor moral para a conduta egoísta. Porém, valendo-se dessa conduta e desprezando os valores sociais como a moral e a confiança, dela se vale o Estado na busca da verdade real e dela se utiliza a Justiça na busca de sua finalidade mediata: a paz social.³³⁷

³³³ GOMES, Luiz Flávio. **Seja um traidor e ganhe um prêmio**. Folha de São Paulo, São Paulo, 12 nov. 1994. Disponível em <<http://quexting.di.fc.ul.pt/teste/folha94/FSP.941112.txt>>. Acesso em: 20/07/09.

³³⁴ Apud SILVA, Eduardo Araújo. **Da moralidade da proteção aos réus colaboradores**. São Paulo. In: Boletim IBCCrim n° 85, dezembro de 1999, p. 5.

³³⁵ MARCÃO, Renato. **Delação premiada**. Disponível em: <<http://www.escriptorionline.com/..../noticia.php?id..>> Acesso em: 15/07/09.

³³⁶ Idem.

³³⁷ Idem.

Contudo, em que pesem as críticas feitas, a delação premiada está prevista em diversas legislações nacional e estrangeira que a vêem como instrumento eficaz no combate ao crime organizado.

Há vasta doutrina que sustenta sua aplicação, dentre esta podemos citar a lição de Gilberto Thums e Vilmar Pacheco Filho:

esse benefícios ao gente da criminalidade são embasados em um direito tecnicista, pragmático, preocupado com a eficiência da atividade legal e jurisdicional, sendo totalmente direcionado ao fim e ao resultado alcançado, que pouco se importa com a ética na qual a justiça deve estar solidificada. Isto é facilmente percebido porque mesmo diante das críticas doutrinárias ao fato de que o Estado beneficia o traidor dando crédito à imoralidade (instigando a traição), e demonstrar uma certa fragilidade frente á repressão do rime organizado, podendo até mesmo parecer que quer “comprar” a traição do indiciado, cada vez mais, em busca da efetividade, o Estado premia a colaboração do criminoso arrependido.³³⁸

Valdir Szncki acrescenta que:

Cada vez mais o crime organizado se torna internacional, tendo a tecnologia a seu dispor, por isso, sem a colaboração do participante, fica difícil descobrir toda a ramificação de uma organização criminosa e, mesmo quando se conhece, só parte dela vem à tona, permanecendo os grandes chefes intocáveis, porque desconhecidos; se conhecidos, impossíveis de ser comprovada sua participação por dificuldades na obtenção de provas concretas e palpáveis.³³⁹

E ainda, segundo Marcello Maddalena, “a delação premiada favorece tanto a prevenção geral quanto à repressão dos crimes mais graves, como os ligados às organizações criminosas, facilitando a desagregação destas, que ameaçam a própria essência das instituições democráticas”.³⁴⁰

Como bem dispõe Fabiana Grechi:

A delação premiada tem o poder de minimizar a ignominiosa impunidade, já que é capaz de atingir criminosos que provavelmente escapariam a punição da lei penal por se acobertarem no manto da “lei do silêncio” das organizações criminosas. (...) Se por um lado se concede um prêmio ao delator (perdão judicial ou redução da pena), por outro se desvenda os demais agentes criminosos cominando a eles as penas que lhe são devidas. Convinhável que ela seja usada como ferramenta de promoção da

³³⁸ THUMS, Gilberto, FILHO Vilmar Pacheco. **Lei antitóxicos: crimes, investigação e processo.** Análise comparativa das Leis 6368/76 e 10409/02. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 156.

³³⁹ SZNICK, Valdir. **Crime organizado – comentários.** São Paulo: Livraria e editora universitária de direito, 1997, p. 366.

³⁴⁰ Apud FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos.** 5. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 352.

segurança e da justiça, direitos estes que, de acordo com o preâmbulo da Lei Maior, devem ser assegurados pelo Estado Democrático de Direito.³⁴¹

A delação premiada retrata, portanto, um direito penal mais utilitarista e menos idealista voltado à consecução da paz e ordem social. Como bem acentua Valdir Sznicki, “a delação nada tem de imoral e não se trata de uma “dedo-duragem” ou traição, e sim uma colaboração como uma medida de política criminal do Estado.”³⁴²

Neste sentido, têm se posicionado o Supremo Tribunal Federal que em recente declaração pelo Ministro Gilmar Mendes asseverou ser legítima a delação.³⁴³

4.7. DIREITO COMPARADO

4.7.1. ITÁLIA

O instituto da delação premiada encontra previsão no direito comparado. Assim, para demonstrar a importância deste instituto evidenciei de forma sucinta sua regulamentação na Itália, nos Estados Unidos, na Espanha, na Alemanha e em Portugal.

Na Itália a delação surgiu como uma alternativa para conter a crescente violência no país provocada originariamente pela Máfia e posteriormente por outras organizações criminosas.

A história da máfia italiana é antiga. Há quem afirme que surgiu como movimento de resistência contra o rei de Nápoles, que em 1812 baixou um decreto que abalou a secular estrutura agrária da Sicília, reduzindo os privilégios feudais e limitando os poderes dos príncipes..³⁴⁴

Com o passar dos anos foi se solidificando cada vez mais, abrangendo as administrações locais, a magistratura e os órgãos de segurança.

³⁴¹ GRECHI, Fabiana. **A delação premiada no combate ao crime organizado**. Disponível em: <http://cdsat.damasio.com.br/templates/csat/pdf/doc001.pdf>. Acesso em: 24/08/09.

³⁴² SZNICK, Valdir, op. cit., p. 366.

³⁴³ Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/.../0,,OI3655161-EI5030,00-Presidente+do+STF+afirma+que+delacao+premiada+e+legitima.html>. Acesso em: 10/07/09

³⁴⁴ SILVA, Eduardo Araújo da, op. cit., p. 4.

Possuía uma estrutura paralela ao Estado com leis claras e rígidas.

O auge de sua intensificação foi nos anos 1950 e 1970. Vindo a ser revelada somente na década de 80.³⁴⁵

A Itália passou a desenvolver projetos de lei visando desarticular as associações criminosas. Dentre eles, destaca-se o projeto de dois juízes italianos Giannicola Sinisi e Giovanni Falcone que estimulou a participação dos chamados colaboradores da Justiça, convertendo-se em lei.³⁴⁶

Esta atuação ficou conhecida como “operação mãos limpas”.

Em 1982, foi criada a Lei *misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale* que objetivava dismantelar o crime organizado através do arrependimento, da confissão e da delação.

A este respeito, leciona Eduardo Araújo da Silva:

No direito italiano, as origens históricas do fenômeno dos “colaboradores da Justiça” é de difícil identificação; porém sua adoção foi incentivada nos anos 70 para o combate dos atos de terrorismo, sobretudo a extorsão mediante seqüestro, culminando por atingir seu estágio atual de prestígio nos anos 80, quando se mostrou extremamente eficaz nos processos instaurados para a apuração da criminalidade mafiosa. O denominado pentitismo do tipo mafioso permitiu às autoridades uma visão concreta sobre a capacidade operativa das Máfias, determinando a ampliação de sua previsão legislativa e a criação de uma estrutura administrativa para sua gestão operativa e logística (Setor de Colaboradores da Justiça).³⁴⁷

O caso mais emblemático de colaboração à Justiça Italiana foi a do mafioso Tommaso Buscetta que forneceu informações ao juiz italiano Giovanni Falcone, proporcionando a identificação de 470 mafiosos, em troca de proteção pessoal e à sua família.³⁴⁸

A colaboração na Itália assume três formas: os *pentiti* (arrependidos), os *dissociati* (dissociados) e o colaborador.

Os *pentiti* (arrependidos) são criminosos que, antes da sentença condenatória, retiram-se da associação e fornecem informações acerca da estrutura

³⁴⁵ KOBREN, Juliana Conter Pereira. **Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>>. Acesso em: 10/07/09.

³⁴⁶ Idem.

³⁴⁷ D'AMICO, Silvio. *Il collaboratore della giustizia*. Roma: Laurus Robuffo, 1995, p. 11-16 apud SILVA, Eduardo Araújo da, op. cit., p. 67/68.

³⁴⁸ KOBREN, Juliana Conter Pereira. **Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>>. Acesso em: 10/07/09.

da organização à Justiça, impedindo a execução de crimes para os quais a organização se formou.³⁴⁹

Confirmadas as denúncias os arrependidos obtêm a extinção da punibilidade e, tanto o colaborador quanto seus parentes próximos, passam a receber salário, moradia e plano de saúde do Estado, que se torna responsável por sua integridade física.³⁵⁰

Os *dissociati* são criminosos que se esforçam para, antes da sentença, elidir ou diminuir as conseqüências danosas ou perigosas de crimes, ou para impedir a prática de crimes conexos, logrando a diminuição de um terço da pena.³⁵¹

E por fim, o colaborador é aquele que antes da sentença condenatória, além dos comportamentos acima previstos, ajuda as autoridades policiais e judiciárias na colheita de provas decisivas para a individualização e captura de um ou mais autores dos crimes ou fornece elementos de prova relevantes para a exata reconstituição dos fatos e a descoberta dos autores.³⁵²

Sobre o assunto pontua Eduardo Araújo da Silva citando Silvio Dàmico:

Pela lei, o “arrependido” poderia ser beneficiado com hipóteses de não-punibilidade, atenuantes e com a suspensão condicional da pena; porém, a proteção poderia ser revogada se as declarações fosse mentiras ou reticentes. Por outro lado, a designação dissociado surgiu na Lei nº 34/87, que tratava exclusivamente das organizações e dos movimentos de matriz terrorista ou eversiva. O art. 18 dessa lei nacional previa o “comportamento daquele que, imputado ou condenado por crime como finalidade terrorista ou de eversão ao ordenamento constitucional, admitia as atividades efetivamente desenvolvidas e demonstrava comportamento incompatível com o vínculo associativo e de repúdio à violência como método de luta política”. A diferença entre as duas figuras estava no fato de que, enquanto para os “arrependidos” eram exigidas apenas declarações sobre os fatos e os envolvidos no crime, para o “dissociado”, além dessas informações, exigia-se também sua ruptura com a ideologia política que motivava o seu comportamento criminoso. Por fim, a figura do “colaborador da Justiça” é uma evolução ampliativa dos dois modelos anteriores, prevista primeiramente no art. 10 da Lei nº 82/91, abrangendo aqueles que genericamente colaboraram com a Justiça ou apresentam declarações úteis no curso das investigações, independentemente de serem co-autores ou partícipes dos crimes investigados, testemunhas ou pessoas que colaboraram de alguma forma com as autoridades responsáveis pela

³⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Crime organizado no sistema italiano**. In: Pentead, J. de C. (Coord.) *Justiça Penas, v. 3: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 15 apud GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006, p. 103-104

³⁵⁰ SILVA, Eduardo Araújo. *Da moralidade...*, op. cit., p. 04.

³⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Crime organizado no sistema italiano**. In: Pentead, J. de C. (Coord.) *Justiça Penas, v. 3: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 15 apud GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006, p. 103/104.

³⁵² Idem.

investigação. O sucesso prático alcançado com a delação do coreu causou uma verdadeira ampliação de sua previsão, estando atualmente disciplinada em diversas leis daquele país, o que dificulta a elaboração de uma sistematização sobre o tema.³⁵³

Ressalte-se que a maioria dos benefícios concedidos na Itália aos colaboradores são destinados à prevenção ou repressão de crimes cometidos contra a segurança interior do Estado, e contra a liberdade individual.

Podemos destacar a título de exemplo o artigo 289, §3º, do Código Penal italiano que prevê a redução da pena do colaborador que possibilitar a libertação da vítima. E em caso de morte, estabelece a redução da pena graduada conforme a colaboração.³⁵⁴

Outro exemplo da delação premiada na legislação italiana é tratado no artigo 630, §5º, do Código Penal Italiano que estabelece a substituição da pena de prisão perpétua pela de reclusão de 12 a 20 anos, a diminuição de um a dois terços da pena para o partícipe que evitar as conseqüências do delito ou ajudar na obtenção de provas para a individuação ou captura dos demais co-autores ou partícipes.

A Itália, portanto, dispõe de dispositivos legais destinados a combater com maior eficiência o crime organizado, o qual em época pretérita ameaçou a estabilidade interna do país.

A este respeito, leciona Román Jukio Frondizi e Maria Gabriela Silvina Daudete:

A tendência do processo penal italiano na apuração da criminalidade organizada é o espírito da colaboração por meio de um mecanismo complexo, no qual a cominação da pena, a coerção processual e a execução da condenação formam um continuum dirigido a incentivar o processado ou o condenado a colaborar com a acusação.³⁵⁵

Para atingir tal desiderato, dispõe de sistemas de proteção aos colaboradores da justiça, “instrumento indispensável para descobrir os delitos e as estruturas da organização mafiosa, para derrotar os mitos da lei do silêncio, da impunidade e da

³⁵³ D'AMICO, Silvio. *Il collaboratore della giustizia*. Roma: Laurus Robuffo, 1995, p. 11-16. Apud SILVA, Eduardo Araújo da, *Crime...* op. cit., p. 68.

³⁵⁴ COSTA, Marcos Dangelo da. **Delação Premiada**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.22109>>. Acesso em: 05/08/09.

³⁵⁵ FRONDISI, Román Jukio e DAULETE, Maria Gabriela Silvina. *Garantias y eficiencia en la prueba penal*. Buenos Aires: Platense, 2000, p. 128R9. Apud, SILVA, Eduardo Araújo da, *Crime...*, op. cit, p. 73.

invencibilidade que até poucos anos atrás eram acompanhados com a imagem da máfia.³⁵⁶

4.7.2. ESTADOS UNIDOS

No Direito norte-americano há a *plea bargaining*, a qual se constitui em um instrumento de auto-composição de litígios.

O representante do Ministério Público faz acordos com o acusado e sua defesa, podendo inclusive dispor da ação penal, restando reservado ao juiz a homologação do acordo negociado.³⁵⁷

Assim, cabe ao magistrado antes de homologar o acordo, dirigir-se publicamente ao acusado para verificar a voluntariedade de suas palavras e analisar a sua capacidade de compreensão da proposta do órgão acusador.³⁵⁸

Estimula-se, portanto, a negociação entre a promotoria, a polícia e o réu para atingir a verdade pública.

Por isso, se diz que a verdade no sistema americano é fruto de uma decisão consensual negociada.³⁵⁹

O criminoso que se declara culpado e colabora na elucidação de crimes faz jus a um prêmio, normalmente a redução da pena.

De acordo com Eduardo Araújo da Silva, esta sistemática era resultante da tradição calvinista, na qual confessar publicamente a culpa revelava uma atitude cristã que devia ser valorada pelo direito.³⁶⁰

Ressalta o autor que atualmente, a admissão da culpa não se destina a satisfação da moral pública, podendo resultar em estratégia do Ministério Público para obter a condenação dos chefes do crime organizado.³⁶¹

³⁵⁶ SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha & o crime organizado no Brasil**. Curitiba, Juruá, 2004, p. 38.

³⁵⁷ GUIDI, José Alexandre Marson, op. cit., p. 105

³⁵⁸ SILVA, Eduardo Araújo da, Crime..., op. cit., p. 107.

³⁵⁹ LIMA, Roberto Kant de. **Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público**. São Paulo. In: Revista de Sociologia Política nº 13, novembro de 1999

³⁶⁰ SILVA, Eduardo Araújo da, Crime..., op. cit., p. 67.

³⁶¹ Idem.

A crítica que se faz a esta auto-composição do litígio refere-se á variedade de soluções conferida aos crimes.

Sobre o assunto, leciona Wálter Fanganiello Maierovitch:

[...] é largamente aplicada no Processo Penal norte-americano, com os mais surpreendentes e espantosos acordos (agreement). Inúmeros são os casos de avenças disparadas: admite-se trocar homicídio doloso típico por culposo; tráfico por uso de drogas; roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo por furto simples. Para os críticos mais severos, trata-se de prática lúdica, quando se nota que dez crimes variados são trocados pela declaração de culpabilidade (plea of guilty) de apenas um, que pode ser até o menos grave. A plea bargaining visa, fundamentalmente, a punição, ainda que branda e socialmente injusta. É justificada como poderoso remédio contra a impunidade, diante do elevado número de crimes a exigir colheita de prova indubiosa da autoria, coma conseqüente pleora de feitos e insuportável carga de trabalho do judiciário.³⁶²

Importante consignar por fim que o direito americano estabelece programas de proteção aos colaboradores da justiça americana no combate ao crime organizado e demais atividades criminais significativas.

Inicialmente o programa, destinava-se à proteção de membros do Poder Judiciário e testemunhas de acusação em crimes federais. Mas com crescente criminalidade passou a abranger outros crimes.³⁶³

4.7.3. ESPANHA

Na Espanha encontra-se a figura do arrependimento processual que estabelece a atenuação da pena, nos crimes contra a saúde pública e nos crimes de terrorismo (art. 376 e 579 do Código Penal Espanhol).

Diz o Código Penal Espanhol:

Artículo 376. En los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las

³⁶² MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. **Política criminal e plea bargaining**. São Paulo. In: Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Justiça de São Paulo n° 04, out./nov./dez. de 1989, p. 15.

³⁶³ KOBREN, Juliana Conter Pereira. **Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>>. Acesso em: 10/07/09.

organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.³⁶⁴

Artículo 579. 1. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores.

2. Los responsables de los delitos previstos en esta sección, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, serán también castigados con la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente.

3. En los delitos previstos en esta sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.³⁶⁵

Conforme denotam os artigos supra, para que o colaborador faça jus aos benefícios faz-se mister o preenchimento das seguintes condições: a) abandono das atividades delituosas; b) confissão dos fatos delituosos nos quais tenha participado; e c) ajuda a impedir a produção do delito ou auxiliar na obtenção de provas para a identificação ou captura dos demais, ou, ainda, cooperação eficaz para a consecução de provas que impeçam a atuação ou desenvolvimento das organizações criminosas em que tenha participado.

Trata-se, portanto, de colaboração preventiva e repressiva que importa em benefícios ao colaborador.

³⁶⁴ Nos casos previstos nos artigos 368 a 372, os juízes ou tribunais, justificando na sentença, poderão impor uma pena menor em um ou dois graus a especificada por lei para o delito em questão, desde que o sujeito tenha abandonado voluntariamente suas atividades criminosas e tenha colaborado activamente com as autoridades ou seus agentes para impedir a produção do crime, ou para obter provas para a identificação ou captura de outros funcionários ou prevenir a acção ou o desenvolvimento das organizações ou associações que tenha pertencido ou com os quais tenha trabalhado.

³⁶⁵ Art. 579.1. Provocação, incitamento e conspiração para cometer delitos, nos termos dos artigos 571-578 devem ser punidos com a pena menor por um ou dois graus a que correspondem aos factos nos artigos anteriores. 2. Os responsáveis pelos delitos previstos nesta seção, sem prejuízo de sanções apropriadas previstas nos artigos anteriores, deve também ser punível com pena de inelegibilidade por um período superior entre seis e vinte anos para a duração da pena privativas de liberdade impostas no caso na sentença, atendendo a gravidade do crime, o número de tarefas e as circunstâncias do delito. 3. Nos delitos estabelecidos nesta seção, os Juízes e Tribunais, podem impor uma pena menor a um ou dois graus ao especificado pela lei para o crime em questão, quando o sujeito tenha abandonado voluntariamente as suas atividades criminosas e se apresentado às autoridades confessando os factos em que tenha participado e além disso colabore activamente com eles para impedir a produção do crime ou para obter provas decisivas para a identificação ou detenção de outros autores ou para impedir o desempenho ou o desenvolvimento de bandas armados, organizações ou grupos terroristas que ele tenha pertencido ou com os quais ele está envolvido. Disponível em: <<http://www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm>>. Acesso em: 3/08/09.

Por derradeiro, cumpre mencionar que a Espanha estabelece medidas protetivas no sentido de salvaguardar a vida, a integridade física e o patrimônio dos que colaboram com a justiça. Esta matéria está disciplinada nos art. 2º e 3º da LO 19/94 de 23 de dezembro.³⁶⁶

4.7.4. ALEMANHA

Na Alemanha o direito premial revela-se como um benefício concedido pelo Estado ao colaborador da justiça, tendo como denominação a *Kronzeugenregelung* que significa clemência³⁶⁷.

O Código Penal alemão traz também a figura do arrependimento *post delictum* que estabelece a exclusão da responsabilidade criminal quando o agente através de colaboração eficaz impede que o resultado antijurídico se efetive.³⁶⁸

No caso de a colaboração não impedir a efetivação do resultado, mas diminuir o perigo provocado, ou impedir que a atividade criminosa seja levada a efeito ou sucedida por outra ou ainda contribuir para que a associação criminosa seja extinta concede-se benefícios ao agente.³⁶⁹

Um dos exemplos de direito premial citados pela doutrina refere-se à Lei de 9 de junho de 1989 que prevê a faculdade do Estado abrir mão da persecução penal, quando o acusado prestar informações idôneas para impedir ou esclarecer o delito de terrorismo ou conexo ou capturar seus autores.³⁷⁰

³⁶⁶ SILVA, Eduardo Araújo da, op. cit., p. 132.

³⁶⁷ KOBREN, Juliana Conter Pereira. **Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>>. Acesso em: 10/07/09

³⁶⁸ Idem.

³⁶⁹ VILLAREJO, Julio Díaz-Maroto. Algunos aspectos jurídicos-penales y processuales de la figura del “arrepentido”, *Revista Ibero-Americana de Ciências Criminales*, ano 1, nº 0, maio-agosto, 2000 apud GUIDI, José Alexandre Marson, op. cit., p. 108.

³⁷⁰ Idem.

4.7.5. PORTUGAL

Por fim, a título exemplificativo cumpre mencionar que há também na legislação de Portugal dispositivos que tratam da delação premiada.

Dispõe o Código Penal português:

Artigo 299º - Associação criminosa

1 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

[...]

4 - As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

Artigo 300º - Organizações terroristas

[...]

6 - É correspondentemente aplicável o disposto no nº 4 do artigo 299º.

Artigo 301º - Terrorismo

1 - [...]

2 - A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Há igualmente a previsão do instituto em comento na nova lei anticartel publicada em 2006, a qual estabelece graus diferentes de imunidades às empresas que denunciarem a existência de cartéis ou outros acordos de associação - como fixação de preços, pré-divisão de mercados e acordos em licitações sobre cartel.³⁷¹

Ademais, recentemente o governo português encaminhou ao parlamento projeto de lei que concede perdão judicial para testemunhas que respondam a processo criminal e que denunciarem crimes como os de pedofilia, terrorismo e principalmente os crimes contra o erário público.³⁷²

³⁷¹ A legislação estabelece imunidade total à primeira empresa que denunciar e fornecer provas sobre um cartel que ainda não esteja sendo investigado pela AdC. No caso de o regulador já ter começado a investigação, está prevista uma atenuação de pelo menos 50% da multa para a empresa que colaborar primeiro. Existirá ainda uma redução de até 50% da multa, dada à segunda empresa que ajudar na investigação. A lei prevê também uma atenuação especial, concedida a empresas já condenadas que contribuam com informações sobre o cartel do qual participam. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/economia/.../ult3679u395.jhtm>>. Acesso em: 20/08/09.

³⁷² TOGNOLLI, Cláudio Julio. **DELAÇÃO PREMIADA**- Em Portugal projeto premia testemunha que colaborar. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/salvar.inc.php?idcanal=15498>. Acesso em: 20/08/09.

Em Portugal quem denuncia a corrupção passiva na esfera pública pode ficar livre da pena e obter medidas de segurança.³⁷³

Esta nova medida abarca também crimes fiscais em geral, podendo o colaborador ser premiado com a dilatação do prazo para pagamento das dívidas.

O pacote prevê ainda que correndo processo criminal contra testemunha, se houver fundadas razões para crer que a denúncia ou a instauração do processo teve origem numa situação de abuso de autoridade, denegação de justiça ou prevaricação, o Tribunal pode atenuar a pena ou dispensá-la.³⁷⁴

A nova lei pondera que a criminalidade organizada envolve frequentemente um conjunto de crimes, que não sendo cometidos por quem fizer parte da associação criminosa, ou estando fora da sua finalidade específica, ainda assim apresentam forte danosidade social.³⁷⁵

Prevê medidas protetivas às testemunhas, sendo extensivas aos familiares, às pessoas que com elas convivam em condições análogas ao dos cônjuges e a outras pessoas que lhe sejam próximas, o que inclui ascendentes descendentes e irmãos.³⁷⁶

Há a possibilidade de se manter o sigilo da identidade das testemunhas quando o depoimento for relacionado ao crime de tráfico de pessoa, de associação criminosa, de terrorismo, de terrorismo internacional ou de organizações terroristas ou desde que puníveis com prisão máxima igual ou superior a oito anos, a crimes contra vida, contra a integridade física, contra a liberdade das pessoas, contra a liberdade ou auto-determinação sexual, de corrupção ou cometidos por quem fizer parte de associação criminosa, no âmbito da atividade ou finalidade desta.³⁷⁷

E por fim, o projeto traz a possibilidade de concessão de moratória às testemunhas que não tiverem condições de cumprir suas obrigações pecuniárias para com o Estado ou outras entidades públicas.³⁷⁸

³⁷³ Idem.

³⁷⁴ Idem.

³⁷⁵ Idem.

³⁷⁶ Idem.

³⁷⁷ Idem.

³⁷⁸ Idem.

CONCLUSÃO

O instituto da delação premiada tem sido amplamente discutido por diversos segmentos da sociedade brasileira haja vista sua repercussão em relação à criminalidade organizada que assola o país.

Está previsto no direito nacional, em leis extravagantes e no Código Penal e no direito estrangeiro.

A delação premiada é uma prova anômala que se corretamente utilizada propicia a elucidação de crimes praticados em concurso de agentes, de forma eventual ou constante.

Consiste na incriminação de terceiro realizada por um suspeito no bojo de seu interrogatório ou em outro ato³⁷⁹ em troca de algum benefício.

Ocorre que, estudiosos, aplicadores do direito e a imprensa efetuam uma distorção quanto a sua utilização e finalidade.

Critica-se a aplicação do direito premial com base em alegações de ordem moral e ética. Há quem sustente que a delação incentiva à traição e revela a ineficácia do Estado em reprimir e combater o crime organizado pelos meios usuais de investigação.

Em que pese mencionado posicionamento, a delação é um poderoso instrumento no combate ao crime. Contribui sobremaneira para que o Estado promova o bem comum, assegurando a convivência pacífica dos homens em sociedade.

Pode ser utilizada em qualquer fase do inquérito ou do processo penal, sendo, todavia, mais comum no interrogatório, pois é exigência deste instituto a confissão do réu como co-autor ou partícipe. Admite-se inclusive que a delação ocorra na fase executiva.

Com relação ao valor probatório do favor premial discute-se se é suficiente para ensejar sentença penal condenatória.

O posicionamento majoritário é no sentido de que as informações prestadas por réu colaborador devem ser cotejadas com outros elementos de prova.

³⁷⁹ JESUS, Damásio de. **Estágio atual da delação premiada no direito penal brasileiro Estágio atual da delação premiada no direito penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?>. Acesso em: 3/03/09.

Além disto, o colaborador só fará jus aos benefícios se estas informações forem úteis à investigação criminal ou ao processo penal.

Assim, cabe ao magistrado apreciar as declarações do réu colaborador, observando se reúnem os requisitos mínimos de veracidade e de credibilidade; se o relato é ao menos razoável e coerente, e se as declarações foram corroboradas por outras provas.

Não há, portanto, garantia ao delator de que a sua contribuição será recompensada, uma vez que decisão da concessão ou não dos benefícios é atribuída exclusivamente ao juiz.

Outra discussão que permeia este instituto refere-se ao fato de o acordo de delação ser sigiloso, não podendo o acusado acessá-lo nem mesmo para fundamentar sua defesa.

A orientação mais adequada e compatível com os princípios que regem a prova penal repousa na possibilidade de submeter esse elemento de prova ao contraditório para só assim desconstituir a presunção de inocência que prevalece em relação ao acusado.

Entretanto, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de não admitir o acesso pelo delatado ao acordo premial ainda que para fundamentar sua defesa.

O instituto da delação carece de regulação procedimental, não possuindo critérios e requisitos uniformes às diversas leis que o prevêm o que gera outras discussões sobre sua aplicação, como, por exemplo, a voluntariedade ou espontaneidade da colaboração e o momento de sua aplicação.

Nestes casos, cabe ao intérprete e ao aplicador do direito considerar a real intenção do legislador quando da criação do instituto em comento.

É certo que se corretamente utilizada, a delação aproxima-se da verdade real, permitindo a persecução penal com relação ao crime organizado, com vista à reclamada aplicação dos preceitos básicos da legislação penal e processual penal, figuras básicas da legalidade e da democracia.³⁸⁰

Desta feita, devem as autoridades agir com cautela, coerência e proporcionalidade na sua utilização, sob pena de retirar a credibilidade da delação.

Por derradeiro, ressalta-se que ante ao aumento vertiginoso da criminalidade organizada e a dificuldade em efetivar o *jus puniendi*, todo e qualquer meio para se

³⁸⁰ GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006, p. 147.

atingir a verdade material acerca das infrações penais deve ser considerado, respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e outros princípios orientadores do processo penal.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.

_____. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAS, Vladimir. **Princípios do Processo Penal. Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2416>>. Acesso em: 10/07/09.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AZEVEDO, David Teixeira de. **A colaboração premiada num direito ético**. São Paulo. In: Boletim IBCCrim nº 83, dezembro de 1999.

BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Os Poderes Instrutórios Do Juiz No Processo Penal: Juiz Espectador Ou Juiz Protagonista?** Disponível em: <<http://www.amab.com.br/site/artigos.php?fazer=det>>. Acesso em: 10/07/09.

BARROS, Antonio Milton de. **A reforma do CPP sobre provas. Reafirmação do sistema inquisitivo. Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1862, 6 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11571>>. Acesso em: 8/07/09.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários á Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Processo penal e gestão da prova. Os novos arts. 155 e 156 do Código reformado (Lei nº 11.690/08). Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1880, 24 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11593>>. Acesso em: 4/07/09.

BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. **Princípios constitucionais do processo penal. Questões polêmicas. Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 593, 21 fev. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 10/07/09.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte especial**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

BONFIM, Márcia Monassi Mougenat, BONFIM, Edílson Mougenaut. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FTD:LISA, 1996.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/.../constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2/07/09.

_____. **Código Penal**. Disponível em:// www.planalto.gov.br/CCIVIL/... Lei/Del 2848 .htm .> Acesso em: 2/07/09.

_____. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 3/07/09.

_____. **Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Acesso em: 2/07/09.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 3/07/09.

_____. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8137.htm>. Acesso em: 3/07/09.

_____. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>. Acesso em: 3/03/09.

_____. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em: 3/07/09.

_____. **Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995**. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9080.htm>. Acesso em: 4/07/09.

_____. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9613.htm>. Acesso em:

_____ **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.** Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br /CCIVIL/leis /L9807 .htm>>. Acesso em: 4/07/09.

_____ **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 3/07/09.

_____ Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. HC 73338 / RJ - RIO DE JANEIRO. Impetrante: Eduardo de Vilhena Toledo e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: José Carlos Martins Filho. Relator: Ministro Celso de Mello, 13 de agosto de 1996. Disponível em: www.stf.jus.br/.../listarJurisprudencia.asp?...HC...73338. Acesso em: 5/07/09.

_____ Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. HC 82862 / SP - SÃO PAULO. Impetrante: Arnaldo Malheiros Filho e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Walter Luiz Monteiro Cardoso, Marcos Luiz Barreto Montandon Junior e Douglas Munro.. Relator: Ministro Cezar Peluso. 19 de julho de 2008. Disponível em: www.stf.jus.br/.../listarJurisprudencia.asp?...HC...82862. Acesso em: 3/07/09.

_____ Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. HC 93.157. Impetrante: DPE- SP- Daniela Sollberguer Cembranelli. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/.../obterInteiroTeor.asp?id...HC>. Acesso em: 3/07/09.

_____ Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. HC nº 7526. Paciente: Noriel José de Freitas. Impetrante: Manoel Cunha Lacerda. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 12 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiro>>. Acesso em: 7/07/09.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal.** São Paulo: revista dos Tribunais, 1980.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia,** tradução de Hector Fix Zamudio, Buenos Aires: Europa-America, 1960.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** 14ª ed. Rio de Janeiro – RJ: Lúmen Juris, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **Processo Penal e (em face) da Constituição: Princípios Constitucionais do Processo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Thiago Amorim dos Reis. **Inversão do ônus da prova na ação penal condenatória**. Artigo científico apresentado à Coordenação de Pós-Graduação da Universidade Católica de Goiás e Academia Estadual de Segurança Pública – Gerência de Ensino Policial Civil. Fev. de 2008.

CAVALCANTI, Bruno Novaes. Bezerra. **A Garantia constitucional do contraditório. Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2218>>. Acesso em: 14/07/09.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes de Pádua. **Delação Premiada**. *Revista Jurídica Consulex*. 15 de setembro de 2005, Ano IX, nº 208.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. V. II 2ª ed. Campinas : Bookseller, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito. Curitiba: UFPR, ano 30, n. 30, 1998.

COSTA JUNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. **Crimes do colarinho branco**. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHRISTOFOLETTI, Lílian. **Delação premiada divide juízes e advogados**. Disponível em: <<http://https://conteudoclipingmp.planejamento.gov.br/.../delacao-premiada-divide-juizes-e-advogados>>. Acesso em: 3/07/09.

COSTA, Marcos Dangelo da. **Delação Premiada**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.22109>>. Acesso em: 5/08/09.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-universal-dos-direitos-do-homem](http://www.infopedia.pt/$declaracao-universal-dos-direitos-do-homem)>. Acesso em: 05/07/09.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Desconsideração Prévia de Culpabilidade e Presunção de Inocência**. Disponível em: <<http://www.delmanto.com/artigo09.htm>>. Acesso em: 10/07/09.

_____. **As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração**. 2ª ed. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1981, v. I.

DOURADO, Amanda Fontes. **O ônus da prova no processo penal**. Disponível em: http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_janeiro2005/.../disc_05.doc. Acesso em: 2/07/09.

ESPANHA. Código Penal Espanhol. <<http://www.jhbayo.com/abogado/framescp.htm>>. Acesso em: 3/08/09

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: RT, 4ª ed., 2005.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

FRANCO, José Alberto Silva. **Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8072/90**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FREDAGOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e à prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Os limites constitucionais do poder punitivo do Estado. Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 291, 24 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4994>>. Acesso em: 17/08/09.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Revista do Advogado. AASP, n.º 42, abril de 1994.

_____. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 11.

_____. **Direito à Prova no Processo Penal**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2919>>. Acesso em: 15/07/09.

_____. **Acordo de delação premiada e sigilo: preponderância da ampla defesa**. Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br>. Acesso em: 19/07/09.

_____ **Bafômetro, PL 226/06 e o direito de não produzir provas contra si próprio.** Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/...e.../330314/>>. Acesso em: 3/07/09.

_____ **Art. 41. Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo.** Lei 11343/06 de 23/08/06. São Paulo. Editora revista dos Tribunais, 2006.

_____ **Seja um traidor e ganhe um prêmio.** Folha de São Paulo, São Paulo, 12 nov. 1994. Disponível em <<http://quexting.di.fc.ul.pt/teste/folha94/FSP.941112.txt>>. Acesso em: 20/07/09.

_____ **Seqüestro e delação premiada: exigência de colaboração eficaz.** Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/.../43006/?...EFICAZ>. Acesso em: 3/07/09

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas Comentada: crimes e regime processual penal.** Curitiba: Juruá, 2006.

GRECHI, Fabiana. **A delação premiada no combate ao crime organizado.** Disponível em: <http://cdsat.damasio.com.br/templates/csat/pdf/doc001.pdf>. Acesso em: 24/08/09.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 5.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral.** 8 ed., ver. amp. Niterói-Rj. Impetus, 2007, v I.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do processo,** in *Novas Tendências do direito processual*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2002/A08.htm>>. Acesso em: 20/07/09.

GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** São Paulo: RT, 9ª ed., 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 46.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado.** Franca-SP: Lemos & Cruz: 2006.

HASSEMER, Winfried. **Segurança pública no estado de direito.** Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Janeiro/março de 1994, nº 5, p. 63.

HENRIQUE, Gustavo; BADARÓ, Righi Ivahy. **Ônus da prova no Processo Penal.** 2003.

INELLAS, Gabriel C. Zacarias de. **Da prova em matéria criminal**. São Paulo: 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002.

JESUS, Damásio de. **Acordo de leniência**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, dez. 2000. Disponível em: <http://cjdj.damasio.com.br/?page_name=art_002>. Acesso em: 4/07/09.

_____. **Estágio atual da delação premiada no direito penal brasileiro**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?>. Acesso em: 3/03/09.

_____. **Leis dos Juizados Especiais Criminais Anotada**, Editora Saraiva, São Paulo (1997).

_____. **Perdão Judicial, colaboração premiada, análise do art, 13 da Lei 9807/99**. Primeiras idéias, Boletim do IBCCrim, ano 7, n. 82, set. 94.

_____. **Novíssimas questões criminais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KOBREN, Juliana Conter Pereira. **Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro . Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>>. Acesso em: 10/07/09.

KNIJNIK, Danilo. *A Doutrina dos Frutos da Árvore Venenosa e o Discurso da Suprema Corte na Decisão de 16-12-93*. Revista da Ajuris nº 66. ano XXIII. Março de 1996.

_____. **Os standars do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/.../Danilo %20K_nij_nik%20%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/.../Danilo_%20K_nij_nik%20%20formatado.pdf)>. Acesso em: 25/07/09.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo** – Primeiros estudos. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LIMA, André Estefan Araújo. **Lei de proteção a vítimas e testemunhas - lei 9.807/99**. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br>>. Acesso em: 15/07/09.

LIMA, Roberto Kant de. **Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público**. São Paulo. In: Revista de Sociologia Política nº 13, novembro de 1999.

LIPINSKI, Antônio Carlos. **Crime organizado e a prova penal**. 1^a ed. 2003, 2^a tir. Curitiba: Juruá, 2004.

MACHADO, Eduardo Muniz. **Delimitação do sentido e alcance do direito ao silêncio. Um estudo sobre a natureza jurídica e aplicabilidade do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal, que garante o direito de permanecer calado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 548. Acesso em: 15/07/09.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. **Política criminal e plea bargaining**. São Paulo. In: Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Justiça de São Paulo n° 04, out./nov./dez. de 1989.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MANCIO, Geovanni Dias. **A prova no processo penal militar**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, n° 183. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/textoasp?id=1341>>. Acesso em: 5/07/09.

MARCÃO, Renato. **Delação Premiada**. Disponível em: <<http://www.escriitorioonline.com/..../noticia.php?id..>>. Acesso em: 15/07/09.

MARCATO, Antonio Carlos. , **A imparcialidade do juiz e a validade do processo**, São Paulo, Revista Direito Mackenzie, n° 2, ano 1.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 2000, v. II.

MATSUURA, Lílian. **Delação é boa contra o crime, mas faltam regras**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/.../delacao-premiada-boa-crime-ninguem-sabe-aplicar>>. Acesso em: 4/07/09.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Princípios de processo civil na Constituição Federal**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 10/07/09.

MELLO, Rodrigo Pereira. **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da Prova Penal**. Campinas: Ed. Bookseller, 1999.

MIGUEL, Alexandre, SOUZA PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de. **Comentários a Lei de Proteção as vítimas e testemunhas e seus colaboradores**. Revista dos Tribunais, n. 773, São Paulo: RT, 2002.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 8, out-dez, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Especial, arts. 121 a 234 do CP. Volume 2, 25 Edição, 2008.

_____. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Princípios do Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.leonildo.correa.adv.br/curso/mira3.htm>>. Acesso em: 3/07/09.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado. Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Legislação Penal Especial.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. **Qual o efeito jurídico-processual decorrente da falta de comprovação da excludente de legítima defesa alegada pelo réu? . Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1096>. Acesso em: 3/07/09.

Morais. **Dicionário de Moraes:** Confluência, 1951, v 3, p. 1057.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de processo penal.** V. 2. São Paulo: Atlas, 1998.

NASCIMENTO, José Carlos do. **As provas produzidas por meios ilícitos e sua admissibilidade no Processo Penal. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 779, 21 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7180>. Acesso em: 11/07/09.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso Completo de Processo Penal.** 10. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1996.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal.** 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 6. ed. ver, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas.** São Paulo: editora revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Manual de Processo penal e Execução Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Problemas atuais da livre apreciação da prova.** Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir3.htm>. Acesso em: 6/07/09.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 11^a ed. Editora Lumen Juris, RJ, 2009.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. **Garantias da magistratura e independência do Judiciário. Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 29, mar. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=245>. Acesso em: 3/07/09.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. **O direito premial brasileiro: breve excursus acerca dos seus aspectos dogmáticos.** Presidente Prudente. In: Intertemas: Revista do Curso de Mestrado em Direito v. 2, 2001, 281.

Pacto São José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.justica.sp.gov.br/.../Tratado%20Internacional%20-%20Convenção20Americana%20de%20Direitos>>. Acesso em: 05/07/09.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/39808>>. Acesso em: 3/07/09.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova Penal.** Rio de Janeiro: Aide, 1994.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Valor probatório da colaboração processual (delação premiada).** *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 25, ago. 2008. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao025frederico_pereira.html>. Acesso em: 12/07/09.

PICININI, Joel. **A avaliação da prova e a formação do convencimento judicial . Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7621>>. Acesso em: 10/07/09.

PINEDA, Gislaine Ortega: **Prisão Preventiva: Uma Análise das Condições e Pressupostos Autorizadores e da Compatibilidade com o Princípio da Presunção de Inocência.** UCAM- Universidade Cândido Mendes-Praetorium, RJ.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** 4ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saravia, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Considerações sobre a coação como elemento acidental da estrutura da norma jurídica: a idéia de pena e sanção premial.** Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, ano 51, nº 190, jul/dez 2006, p. 287-310.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2009, 2v.

SANTOS, Simone Moraes. **A coerção penal no âmbito da Lei dos Crimes Hediondos.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4690&p=2>. Acesso em: 3/07/09.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

SILVA, César Dario Mariano da. **Das provas obtidas por meios ilícitos: e seus reflexos no âmbito do direito processual penal**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de direito, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Volume III- J-P- Companhia Editora Forense.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Da moralidade da proteção aos réus colaboradores**. São Paulo. In: Boletim IBCCrim nº 85, dezembro de 1999.

SILVA, Mário Bezerra da. **Desmantelamento na delação. Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1302, 24 jan. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9425>. Acesso em: 10/07/09.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2006, p. 155.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 5 ed., 2ª tiragem, 2001.

SILVEIRA, José Braz da. **A proteção à testemunha & o crime organizado no Brasil**. Curitiba, Juruá, 2004.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado: inovações da lei 9034/95**, 2 ed., Curitiba: Juruá, 2004.

SPITZCOVSKY, Celso. **O direito constitucional ao silêncio e suas implicações**. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/.../noticia.php?id>. Acesso em: 2/07/09.

SOUZA, Artur César de. **Parcialidade Positiva do Juiz**. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/Materia.aspx?id=4214>. Acesso em: 7/07/09.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal Constitucional**. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?isbn=8536220597>. Acesso em: 7/07/09.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. **Lavagem de dinheiro: Comentário à Lei 9613/98**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 108/109.

SZNICK, Valdir. **Crime organizado – comentários**. São Paulo: Livraria e editora universitária de direito, 1997.

TOGNOLLI, Cláudio Julio. **DELAÇÃO PREMIADA**- Em Portugal projeto premia testemunha que colaborar. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/salvar.inc.php?idcanal=15498>>. Acesso em: 20/08/09.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____ **Processo penal**. 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TORNAGUI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1959.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e regras orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro**, 1986.

THUMS, Gilberto, FILHO Vilmar Pacheco. **Lei antitóxicos: crimes, investigação e processo. Análise comparativa das Leis 6.368/76 e 10.409/02**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ZILLI, Marcos. **O pomar e as pragras**. In. *Boletim do IBCCRIM*, ano 16, n. 188, julho 2008.

ANEXO

MODELO DE ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, apresentado pelo Procurador Regional da República com atuação perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e pelos Procuradores da República integrantes da Força-Tarefa "CC-5", no exercício das atribuições constitucionais e legais, nos autos de xxxxxx, em trâmite perante a xxxxxxxxxxxxxxxx, vem propor ao acusado xxxxxxxxxxxxxxxx a formalização de ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA, nos seguintes termos.

I - BASE JURÍDICA

O presente ACORDO funda-se no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, nos artigos 13 a 15 da Lei n. 9.807/99, bem como no artigo 32, §§ 2º e 3º, e no artigo 37, inciso IV, da Lei n. 10.409/2002, estes aplicados analogicamente, à luz do artigo 3º do CPP. Tais dispositivos conferem ao MINISTÉRIO PÚBLICO o poder discricionário de propor ao acusado ACORDO de redução da pena privativa de liberdade de 1/3 a 2/3, ou o perdão judicial.

O interesse público é atendido com a presente proposta tendo em vista a necessidade de conferir efetividade à persecução criminal de outros suspeitos e réus, bem como de ampliar e aprofundar, em todo o País, as investigações em torno de crimes contra a Administração Pública, contra o Sistema Financeiro Nacional, contra a Ordem Tributária e de delitos de Lavagem de Dinheiro, ligados ou não ao esquema "CC-5", inclusive no que diz respeito à repercussão desses ilícitos penais na esfera cível (atos de improbidade administrativa), tributária e disciplinar.

II - DO OBJETO DO ACORDO - DOS CRIMES ABRANGIDOS

O presente ACORDO versa sobre fatos tipificados criminalmente nos arts. nos artigos 4º, *caput*, 6º e 22 da Lei 7.492/86, artigo 1º da Lei 8.137/90, bem como os artigos 288, 299 e 304 do Código Penal, na forma do artigo 69 desse diploma legal, em virtude das irregularidades cometidas por xxxxxxxxxxxx.

Em virtude desses fatos o acusado foi condenado pelo Juízo da xxxxxxxxxxxxxxxx a pena de xxxxxxxxxxxx, em regime semi-aberto, e xxx dias-multa, no valor de xxxx salário mínimo à época dos fatos, pelos crimes descritos nos artigos xxº e xx da Lei xxxx e artigo 288 do Código Penal.

III - PROPOSTA DO MINISTÉRIO PUBLICO FEDERAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL oferece ao acusado xxxxxxxxx, brasileiro, qualificação, os seguintes benefícios legais:

A) A redução da pena privativa de liberdade de xxxxxxxxxx, em metade, quedando-se em xxx anos, xxxx meses e xxxxx dias de reclusão, em regime aberto;

B) A substituição, pelo período de xxxxx anos, xxxx meses e xxxx dias, da pena privativa de liberdade, definida no item anterior por duas penas restritivas de direitos, a saber:

B.1) interdição de fim de semana, consistente na permanência na residência do acusado das 20:00 horas às 08:00 horas nos sábados e domingos;

B.2) prestação de serviços à comunidade, consistente no auxílio na implantação de rotinas e aulas de informática aos servidores da instituição xxxxx, por duas horas semanais.

C) o sobrestamento, até a prescrição da pretensão punitiva em abstrato, no que diz respeito ao indiciado xxxxxxxxxxxxx, de todos os procedimentos investigativos em curso vinculados à xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, no que concerne especificamente ao seu envolvimento com xxxxxxxxxxxxx, tão-somente no que diz respeito a fatos ocorridos até a data da celebração do presente ACORDO;

D) A observância do artigo 20 do Código de Processo Penal e art. 7º , IV, da lei nº 9.807/99, com a observância pelo Poder Judiciário e autoridades policiais, da emissão de certidão negativa de antecedentes criminais, durante a vigência deste acordo, limitado aos fatos nele abrangidos, salvo através de requisição judicial.

III - CONDIÇÕES DA PROPOSTA

Para que do ACORDO proposto pelo MPF possam derivar os benefícios elencados na cláusula II, a colaboração do acusado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx deve ser voluntária, ampla, efetiva, eficaz, obrigando-se, sem malícia ou reservas mentais, a:

a) entregar de todo o material relativo a transações de dólar-cabo envolvendo xxxxxxxxxx, e outros dados relacionados a evasão de divisas, que sejam ou que venham a ser de seu conhecimento;

b) falar a verdade, incondicionalmente, em todas as ações penais e inquéritos policiais, inquéritos civis e ações cíveis e processos administrativos disciplinares, em que, doravante, venha a ser chamado a depor na condição de testemunha ou interrogado, nos limites deste ACORDO;

c) indicar pessoas que possam prestar depoimento sobre os fatos em investigação, nos limites deste ACORDO, propiciando as informações necessárias à localização de tais depoentes;

d) cooperar sempre que solicitado, mediante comparecimento pessoal a qualquer das sedes do MPF ou da Polícia Federal, para analisar documentos e provas, reconhecer pessoas, prestar depoimentos e auxiliar peritos do INC na análise de registros bancários e transações financeiras, eletrônicas ou não;

e) entregar todos os documentos, papéis, escritos, fotografias, bancos de dados, arquivos eletrônicos, etc., de que disponha, estejam em seu poder ou sob a guarda de terceiros, e que possam contribuir, a juízo do MPF, para a elucidação de crimes contra a Administração Pública, contra a Ordem Tributária, contra o Sistema Financeiro Nacional ou de crimes de Lavagem de Dinheiro, em qualquer comarca ou subseção judiciária federal do País;

f) cooperar com o MPF apontando os nomes e endereços dos banqueiros, donos de casas de câmbio, doleiros e operadores de câmbio, brasileiros ou estrangeiros, que concorreram para a evasão de divisas nacionais, esclarecendo onde mantêm suas operações, depósitos e seu patrimônio;

g) não impugnar, por qualquer meio, o ACORDO DE DELAÇÃO, em qualquer dos inquéritos policiais ou procedimentos investigativos nos quais esteja envolvido, no Brasil ou no exterior, salvo por fato superveniente à homologação judicial, em função de descumprimento do ACORDO pelo MPF ou pelo juízo.

IV - VALIDADE DA PROVA

A prova obtida mediante a presente avença de delação premiada poderá ser utilizada, validamente, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO para a instrução de inquéritos policiais, procedimentos administrativos criminais, ações penais, ações cíveis e de improbidade administrativa e inquéritos civis, podendo ser emprestada também à Receita Federal e à Procuradoria da Fazenda Nacional e ao Banco Central do Brasil, para a instrução de procedimentos e ações fiscais, bem como a qualquer outro órgão público para a instauração de processo administrativo disciplinar.

V - GARANTIA CONTRA A AUTO-INCRIMINACAO

Ao assinar o ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA, o acusado xxxxxxxxxxxxxxxx está ciente do direito constitucional ao silêncio e da garantia contra a auto-incriminação, renunciando

expressamente a ambos, estritamente no que tange aos depoimentos necessários ao alcance dos fins da presente avença.

VI - IMPRESCINDIBILIDADE DA DEFESA TÉCNICA

O ACORDO DE DELAÇÃO somente terá validade se aceito, integralmente, sem ressalvas, pelo acusado xxxxxxxxxxxxxxxx.

VII - CLAUSULA DE SIGILO

Nos termos do artigo 5º, inciso XXXIII, e artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, combinados com o artigo 7º, inciso VIII, da Lei n. 9.807/99, e com o artigo 20 do CPP, as partes comprometem-se a preservar o sigilo sobre a presente proposta e o ACORDO dela decorrente.

VIII - HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

Para ter eficácia, a proposta será submetida à homologação judicial, cabendo à autoridade judiciária preservar o sigilo do ACORDO.

A avença será submetida à homologação, tão logo seja assinada pelas partes, e produzirá efeitos de imediato.

IX - CONTROLE JUDICIAL

O presente ACORDO de delação premiada tramitará perante a xxxxxxxxxxxxx como procedimento criminal diverso (PCD) sigiloso, não apenso mas vinculado à apelação mencionada, sem referência explícita nos autos principais e sem menção de tema e partes no sistema informático.

O controle da efetividade da colaboração será feito mediante a apresentação de relatórios circunstanciados e periódicos à autoridade judicial, com prévio pronunciamento do MPF.

Os relatórios deverão ser apresentados ao juízo pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ou pela Polícia Federal e serão encartados no PCD.

A eficácia do ACORDO poderá ser sustada, com prévia oitiva das partes, mediante ato judicial fundamentado.

X – RESCISÃO

O ACORDO perderá efeito, considerando-se rescindido, *ipsó facto*:

A) se o acusado descumprir, injustificadamente, qualquer das cláusulas em relação às quais se obrigou;

B) se o acusado sonegar a verdade ou mentir em relação a fatos em apuração, em relação aos quais se obrigou a cooperar;

C) se vier a recusar-se a prestar qualquer informação de que tenha conhecimento;

D) se recusar-se a entregar documento ou prova que tenha em seu poder ou sob a guarda de pessoa de suas relações ou sujeita a sua autoridade ou influência;

E) se ficar provado que o acusado sonegou, adulterou, destruiu ou suprimiu provas que tinha em seu poder ou sob sua disponibilidade;

F) se o acusado vier a praticar outro crime doloso, seja crime objeto deste acordo, bem como os crimes antecedentes da Lavagem de Dinheiro, elencados no art. 1º da Lei 9.613/998, após a homologação judicial da avença;

G) se o acusado fugir ou tentar furtar-se à ação da Justiça Criminal;

H) se o sigilo a respeito deste ACORDO for quebrado por qualquer das partes ou pela autoridade judiciária, ressalvada a possibilidade de utilização dos depoimentos obtidos em todos os inquéritos policiais, ações penais, inquéritos civis, ações de improbidade, execuções fiscais e processos administrativos disciplinares que tenham relação com o objeto do presente ACORDO.

Em caso de rescisão do ACORDO, o acusado xxxxxxxxxxxx perderá automaticamente o direito aos benefícios que lhe forem concedidos em virtude da cooperação com o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

Se a rescisão for imputável ao MPF ou ao Juízo Federal, o acusado poderá, a seu critério, cessar a cooperação, ressalvado o artigo 342 do CP.

E, por estarem concordes, firmam as partes o presente ACORDO de delação premiada, em três vias, de igual teor e forma.

Local, Data.

Pelo MPF:

XXXXXXXXXXXX
PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA

XXXXXXXXXXXX
PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA

Pela defesa:

XXXXXXXXXXXX
ACUSADO

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
ADVOGADO

Fonte: http://folio.mp.pr.gov.br/downloads/criminal/cep_delacao.rtf. Acesso em 09/07/2009.