



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O DEPOIMENTO DO COLABORADOR E A JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO
DA AÇÃO PENAL

Álissa Matsutani

Rio de Janeiro
2019

ÁLISSA MATSUTANI

O DEPOIMENTO DO COLABORADOR E A JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO
DA AÇÃO PENAL

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Bernardo Braga e Silva

Coorientadora:

Prof.^a Mônica Cavaliere Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2019

ÁLISSA MATSUTANI

O DEPOIMENTO DO COLABORADOR E A JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO
DA AÇÃO PENAL

Monografia apresentada como exigência de conclusão
de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2019. Grau atribuído: _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Desembargador Claudio Brandão de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidada: Prof.^a Cláudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero - Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Bernardo Braga e Silva – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço à Deus, por iluminar meu caminho sempre.

Agradeço à Escola da Magistratura, pela grande oportunidade de aprendizado com os mais renomados e excepcionais mestres, por nos proporcionar um ambiente de estudos e amadurecimento pessoal e profissional.

Agradeço ao professor e orientador Bernardo Braga e Silva, por enriquecer o meu trabalho respondendo prontamente a todos os questionamentos, pela disponibilidade de seu tempo e pela sua singular orientação, imprescindíveis para a elaboração desse texto.

À professora e coorientadora Mônica Areal, pelo seu empenho em revisar o presente trabalho por diversas vezes, sempre atenta a todos os detalhes.

À Tarsila, pelo seu suporte e paciência.

Agradeço aos meus pais e ao meu irmão, por nunca me deixarem desistir dos meus sonhos.

Agradeço ao meu marido, por todo o seu apoio.

Agradeço aos meus amigos, Gabriel Schmitt, Thais Ciambarella e Camila Gonzalez pelo seu suporte nesta caminhada.

Agradeço a todos os funcionários da Escola, que contribuíram para que eu chegasse até aqui.

SÍNTESE

O instituto da colaboração premiada ganhou relevância na criminalidade moderna como um importante instrumento no dismantelamento de organizações criminosas. Contudo, embora eficaz, sua aplicabilidade gera controvérsias, principalmente no que se refere à sua utilização na ocasião da admissibilidade da peça acusatória pelo magistrado. Desse modo, o presente trabalho procura responder se as declarações do delator possuem capacidade para, por si só, ensejarem na deflagração de uma ação penal. Analisar-se-á de forma minuciosa, a justa causa necessária para que seja iniciada a *persecutio criminis* e se dentro deste conceito é cabível o depoimento do colaborador, buscando observar os princípios constitucionais, principalmente o da presunção de inocência e as recentes decisões dos Tribunais Superiores.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL.....	10
1.1. Conceito de “Justa Causa” no Processo Penal	10
1.2. Condições da Ação.....	13
1.3. Justa Causa e a sua natureza jurídica	19
1.4. Justa causa e o recebimento da peça acusatória.....	25
2. O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	30
2.1. Abordagem histórica	30
2.2. Conceito	34
2.3. Pressupostos de Validade.....	36
2.3.1. Voluntariedade do colaborador	37
2.3.2. Efetividade da colaboração.....	38
2.3.3. Eficácia da colaboração premiada	39
2.3.4. Circunstâncias favoráveis.....	41
2.4. Natureza Jurídica	42
3. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA PEÇA ACUSATÓRIA E O DEPOIMENTO DO COLABORADOR.....	47
3.1. A carga da prova e o reflexo da presunção de inocência na convicção do juiz durante a persecução penal.....	48
3.2. O juízo de admissibilidade da denúncia e o depoimento do colaborador	56
3.3. Os elementos corroborativos válidos	61
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS	69

SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. - Artigo

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

HC – Habeas Corpus

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

MPF – Ministério Público Federal

MPRJ – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Nº – Número

P. – Página

RE – Recurso Extraordinário

Red. – Redator

Rel. – Relator

Res. – Resolução

Resp – Recurso Especial

RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TRF – Tribunal Regional Federal

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo principal discutir o valor probatório do instituto da colaboração premiada, principalmente no que diz respeito à possibilidade de que as declarações do delator sejam capazes de, por si só, ensejarem a deflagração de uma *persecutio criminis*.

Em meio à criminalidade moderna, o instituto da colaboração premiada ganhou relevante espaço no combate ao crime organizado, funcionando como instrumento eficaz no Direito Penal brasileiro.

Com efeito, nesse novo contexto no qual os crimes habituais abrem espaço para o crime organizado, a colaboração premiada passou a ser um importante recurso de aquisição de provas processuais no desmantelamento dos chamados crimes “invisíveis”, dos quais são exemplos aqueles praticados por organizações criminosas.

Muito embora a colaboração premiada não seja instituto inédito no ordenamento jurídico brasileiro, fato é que com o advento da Lei nº 12.850/13, houve uma verdadeira revolução no sistema processual penal, tendo em vista que a “Lei das Organizações Criminosas” possibilitou a regulamentação e, conseqüentemente, a utilização de modo efetivo desse instrumento.

No entanto, não obstante a sua revelação como nova estratégia eficaz de obtenção de provas, descobrimento de infrações penais e solução de persecuções, a sua aplicabilidade tem gerado tensões entre os direitos individuais fundamentais dos acusados e os direitos econômicos e sociais fundamentais da coletividade.

Dessa forma, o que se pretende discutir é a relação da colaboração premiada com o juízo de admissibilidade da peça acusatória e se essas declarações podem, de fato, constituir-se como justa causa para o início da ação penal.

Para tanto, o presente trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo se faz de extrema importância para a compreensão do tema, na medida em que se pretende ressaltar a importância e imprescindibilidade da justa causa para a deflagração da ação penal. Desse modo, este capítulo abordará a justa causa de maneira minuciosa, seu conceito, significado, natureza jurídica, e sua relação com o recebimento da peça acusatória.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará do instituto da colaboração premiada, suas características, pressupostos de validade, e a sua natureza jurídica, a fim de entender esse instrumento como meio de obtenção de prova.

O terceiro capítulo será dedicado ao juízo de admissibilidade da peça acusatória, de modo que serão examinados os diferentes níveis de carga probatória exigidos ao longo da persecução penal e, principalmente, na ocasião do recebimento da denúncia. A partir desse estudo, será explorado o valor probatório das declarações prestadas pelo colaborador e a possibilidade de que essas, por si só, sejam capazes, ou não, de ensejarem a deflagração da ação penal. E, por fim, analisar-se-á quais são os elementos corroborativos necessários e válidos para que esta colaboração ostente um suporte probatório mínimo apto a ensejar o início da *peseutio criminis*.

Assim, tendo em vista a extrema relevância atual deste tema, este trabalho tem o propósito de adotar a pesquisa explicativa, buscando-se trazer a lume as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, a fim de se garantir que este trabalho traga reais contribuições para a comunidade científica e para os operadores de direito em geral, sendo certo que o principal objetivo é o de reafirmar e garantir todos os direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

O que se pretende é aplicar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, na medida em que serão expostas proposições que funcionarão como premissas a fim de se alcançar a conclusão para responder ao principal questionamento do trabalho.

A abordagem do objeto desta pesquisa será a qualitativa, na medida em que se pretende buscar toda a bibliografia pertinente sobre o tema, como legislação, doutrina e jurisprudência, de modo a sustentar os argumentos que serão utilizados nesta tese.

1. A JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL

Sendo certo que o presente trabalho tem por escopo a análise do valor probatório do depoimento do colaborador no âmbito do recebimento da denúncia pelo magistrado, isso é, se as palavras do delator possuem força de, por si só, sustentarem a chamada “justa causa” para a deflagração da ação penal, é de extrema importância o estudo acerca desse elemento previsto em diversos tipos penais.

1.1. Conceito de “Justa Causa” no Processo Penal

O Código de Processo Penal (CPP) brasileiro faz menção à “justa causa” em diferentes momentos. Surge, primeiramente, para o perito nomeado escusar-se do encargo, conforme disposto no art. 277 parágrafo único¹; para não condução do perito que não comparece, nos termos do art. 278² e para a não-condução coercitiva e imposição de multa à testemunha faltosa, na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, assim disposto no art. 458³.

Também encontra-se presente no art. 648 do mesmo diploma, ao dispor sobre o cabimento do habeas corpus; no art. 786⁴, para cumprimento da carta rogatória em prazo superior ao estabelecido inicialmente. Em alguns dispositivos o legislador, no entanto, se vale do termo “motivo justificado”, como no art. 218⁵ ou 367⁶. A expressão “motivo justo” também é utilizada no art. 800 §3⁷.

Por fim, o CPP faz referência à “justa causa” no art. 395, inciso III⁸, incluído pela Lei nº 11.719/2008, ao prever que “a denúncia e a queixa serão rejeitadas quando faltar justa causa para o exercício da ação penal”, determinando-a, assim, como uma condição para a ação penal, a qual será o enfoque do presente trabalho.

O exame do significado de “justa causa” é de extrema relevância para a sua compreensão no campo do Direito Processual Penal. O que seria então a “justa causa”? Segundo os ensinamentos de Maria Thereza Rocha de Assis Moura, no que se refere ao Direito Penal, a justa causa possui uma conotação axiológica, presente em muitos tipos, devendo ser valorado

¹ BRASIL. *Código de Processo Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2019.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

em cada caso concreto pelo julgador. Dessa forma, difícil é a sua conceituação, na medida em que “causa” possui significado vago e ambíguo, ao passo que “justo” constitui um valor.⁹

Tendo em vista essa conotação axiológica é que o conceito de justa causa sofre grande influência da realidade política, na medida em que seu conceito deve ser adequado ao contexto político vivido em determinado momento, e o entendimento que se tenha de justiça nesta época, sob seus aspectos formal e material.¹⁰

Desse modo, a justa causa possui uma função mediadora entre realidade social e a realidade jurídica, “avizinhandose dos ‘conceitos-válvula’, isso é, ‘de parâmetros variáveis que consistem em adequar concretamente a disciplina jurídica às múltiplas exigências que emergem da trama do tecido social’”.¹¹

Assim, justa causa é o que torna um fato legítimo e, segundo a autora, pode ser considerada um “antídoto” do abuso, sendo instrumento necessário para temperar o exercício discricionário dos direitos potestativos.¹²

Segundo os ensinamentos da professora, a justa causa pode ser definida, de modo amplo, em sentido processual penal, como a causa conforme o ordenamento jurídico, ou *secundum ius*, entendendo que cabe ao magistrado a análise de cada caso concreto, a existência ou não da justa causa, seja para a prisão, seja para a ação penal, ou para a condenação.

Dessa forma, justa causa é um ponto de apoio (topos) para toda a estrutura da ação processual penal, constituindo um limite do *ius ut procedatur* ao direito de ação. Trata-se, então, de uma condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar, identificando-se com a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação.¹³

Pode ser, portanto, conceituada como a causa legal; o motivo legal; segundo os preceitos da lei; o motivo legítimo; o impedimento de evidente necessidade; o que está conforme a justiça; a causa que, pelo Direito, bastaria, se ocorresse para a coação; motivo lícito, conforme o Direito; o fato cuja ocorrência torna lícita a coação; aquela sem a qual não tem base em lei a coação; a razão, motivo, para processar ou prender.¹⁴

Dito isso, verifica-se a existência de inúmeras hipóteses de falta de justa causa, devendo ser analisadas no caso concreto. Tratam-se de conceitos históricos, mutáveis no tempo e no espaço e dotados de uma função político-ideológica na sociedade.

⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal - Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v 5). p. 97.

¹⁰ Ibid., p. 99.

¹¹ SANGIORGI apud MOURA, op. cit., p.99

¹² MOURA, op. cit., p.99

¹³ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.194.

¹⁴ MOURA, op. cit., p. 168.

Assim, o conceito processual penal de justa causa pode não ter uma definição absoluta, ficando a critério do magistrado apreciar no caso concreto a injustiça ou justiça da razão determinante da coação, de modo a se considerar a coação legal ou não. Portanto, o conceito amplo de justa causa pode abranger todas as situações em que se tornam lícita a coerção.

Segundo Luiz Flávio Gomes¹⁵, o conceito de justa causa possui relação com a inépcia material da peça acusatória, que não se confunde com a inépcia formal. Enquanto aquela diz respeito à viabilidade, ou seja, a presença de justa causa, de dados probatórios mínimos da ação proposta, esta se relaciona a minuciosidade com que os fatos são narrados pelo promotor.

José Frederico Marques¹⁶, por sua vez, leciona que justa causa é causa “*secundum ius*”, isso é, aquela que a ordem jurídica legitima, a causa lícita. Desse modo, faltará justa causa para a coação quando não houver justificativa na ordem jurídica, sendo a coação considerada *contra ius*. Entretanto, ainda que tenha base em lei, a coação não poderá ser mantida se for injusta e sem fundamento razoável.

Outrossim, observa-se que a justa causa pode ser entendida como o aquilo que dá legitimidade à coação, dito de outro modo, é a causa legítima. Ademais, ressalta-se que a justa causa tem estreita relação com o panorama político vivido em determinado momento, e seu respectivo conceito de justiça.

Portanto, o exame da justa causa, ou causa legítima deve ser realizado pelo magistrado em cada caso concreto, não bastando a análise do seu amparo na ordem jurídica, devendo ir além, de modo que os princípios constitucionais do Direito sejam observados.

Isso significa que não importa que a coação tenha respaldo legal, sendo prevista no texto positivado, ela deve respeitar os princípios gerais, sejam eles previstos na Constituição, ou na legislação ordinária, ou tratados internacionais.

Nessa esteira, Maria Thereza de Assis Moura¹⁷ conclui que a justa causa “pode ser definida, de modo amplo, em sentido processual penal como a causa conforme o ordenamento jurídico, ou ‘*secundum ius*’.

Para a autora, a partir do conceito de justa causa, o julgador deve realizar a análise da coação, de modo a considerar legal ou não o constrangimento. Explica que, de fato, não é possível uma definição absoluta de justa causa. Mas é possível que, a partir de um conceito-

¹⁵ GOMES, Luiz Flavio. Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. n. 6, v. 3, 2002. p. 82.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. V. 4 Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 393.

¹⁷ MOURA, op. cit., p. 172.

limite, o caso concreto seja analisado, devendo ser feita a seguinte pergunta: “Há, segundo a ordem jurídica vigente, causa legítima para a coação processual?” Logo, completa a autora, a base para esse exame será sempre a mesma, sendo a resposta o resultado da verificação de cada situação específica.¹⁸

Em que pese os diversos significados atribuídos ao instituto jurídico da justa causa, o que interessa ao presente trabalho é a sua relação com a deflagração da ação penal, conforme disposto no art. 395, inciso III¹⁹ do CPP.

Portanto, sendo certo que o mesmo tem por objetivo principal entender o valor probatório do depoimento do delator como justa causa para a o início da ação penal, é necessário o estudo aprofundado acerca deste instituto.

Os questionamentos que se fazem, portanto, são: qual será a natureza jurídica da justa causa e qual a sua relação com a ação penal? A doutrina identifica a justa causa para a persecução penal ora com a possibilidade jurídica do pedido, ora com o interesse de agir e, ainda, há quem entenda constituir-se como uma condição autônoma da ação. Por esse motivo, diante desses diferentes posicionamentos, é necessário um breve estudo acerca das condições da ação para melhor entendimento acerca da natureza jurídica da justa causa.

1.2. Condições da Ação

Em primeiro lugar, cumpre destacar o papel das condições da ação no campo do Direito Processual Civil. As condições da ação são fruto de uma teoria encabeçada por Liebman²⁰ - a teoria eclética da ação, segundo a qual a existência do direito de ação independe da existência do direito material, mas sim do preenchimento de certos requisitos formais, chamados de condições da ação.

Para essa teoria, adotada pelo Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir não se confundem com o direito material, e quando ausentes, geram uma sentença terminativa sem a formação de coisa julgada material.

Desse modo, o conhecimento e julgamento de certa pretensão estão sujeitos a determinadas exigências, que podem ser ligadas à identidade das partes, ou ao objeto da

¹⁸ Ibid., p. 173.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.151.

relação de direito material a ser debatida, ou à comprovação da efetiva necessidade de atuação jurisdicional.

Assim, como afirma Liebman, as condições da ação atuam como uma mitigação do direito abstratamente assegurado a todos, à provocação da jurisdição, funcionando como uma verdadeira limitação ao exercício da provocação do poder jurisdicional.²¹

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), por sua vez, não faz uso da expressão “condições da ação”. Entretanto, isso não significa que houve extinção dessas. Conforme preleciona o professor Alexandre Freitas Câmara²², o art. 17²³ do CPC/15 traz dois requisitos sem os quais o exercício do direito de ação não será regular, quais sejam, legitimidade e interesse de agir, tendo sido extinta, no entanto, pelo atual Código, a possibilidade jurídica do pedido.

Nas palavras do autor, legitimidade é a aptidão para ocupar uma posição processual ativa, de modo que um ato processual só pode ser praticado para aquele que detém a legitimidade para fazê-lo.²⁴

Nesse sentido, os legitimados são, de um lado, aqueles a quem o ordenamento permite pedir a providência que é objeto da demanda, e de outro lado, aquela que em face do qual o direito invocado em juízo deverá produzir seus efeitos, se acolhido. Portanto, no Direito Processual Civil, a legitimidade ordinária pertence apenas à pessoa que se diz titular do direito subjetivo material cuja tutela é pedida.²⁵

Além disso, há a figura do legitimado extraordinário, que é entendida como a legitimidade atribuída pelo legislador a quem não é sujeito da relação jurídica deduzida no processo, ficando este autorizado a ocupar uma posição processual ativa ou passiva e atuando, portanto, em nome próprio, defendendo, contudo, interesse de outrem.

Sem mais delongas, quanto ao interesse, este pode ser definido como a utilidade da tutela jurisdicional postulada, ou seja, só se pode praticar um ato de exercício do direito de ação quando o resultado que com ele se busca é útil, ou melhor, quando se busca uma melhoria de situação jurídica.

A aferição do interesse agir é composta por dois elementos: a necessidade da tutela jurisdicional (ou interesse-necessidade) e a adequação da via processual (ou interesse-

²¹ LIEBMAN apud OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19.ed.rev.e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p.105.

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.p.37.

²³ BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 mai 2019.

²⁴ CÂMARA, op. cit., p. 37.

²⁵ MOURA, op cit, p.189.

adequação). Haverá necessidade de tutela jurisdicional quando a realização do direito material afirmado pelo demandante não puder se dar independentemente do processo. E, além disso, impõe-se o uso de via processual adequada para que se alcance o resultado postulado.²⁶

Tal como o Direito Processual Civil, o Direito Processual Penal também exige a análise das chamadas condições da ação. Antes de examinar o mérito, ou seja, a *res in iudicium deducta*, o juiz deve observar se, no caso em concreto, encontram-se presentes as condições da ação, para julgar o pedido procedente ou improcedente.²⁷

Desse modo, as condições da ação constituem pressupostos mínimos que deverão estar presentes para que seja possível o julgamento de mérito e, na ausência de uma dessas condições, haverá o abuso do direito.

O CPP, diferentemente do CPC/15, consagra expressamente as condições da ação em seu art. 395 inciso II²⁸, reproduzindo o revogado art. 43 inciso III²⁹, o qual dispunha que a denúncia e a queixa seria rejeitada quando fosse manifesta a ilegitimidade da parte ou faltasse condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Renato Brasileiro³⁰ ensina que, diante da exclusão da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação pelo CPC/15, é oportuno o afastamento desta condição no âmbito do processo penal.

Segundo o mestre, assim como no processo civil, o processo penal terá como condições da ação penal tão somente a legitimidade e o interesse de agir, na medida em que a possibilidade jurídica do pedido encontra-se estreitamente relacionada ao mérito.

Sem embargos, necessária se faz a sua abordagem para compreensão do tema. Nas palavras de Afrânio Silva Jardim, “a possibilidade jurídica do pedido diz respeito à possibilidade de o juiz pronunciar, em tese, a decisão invocada pelo autor, tendo em vista o que dispõe a ordem jurídica de forma abstrata.”³¹

O autor cita como exemplo a imputação de crime de roubo qualificado com pedido de pena de morte pelo Ministério Público. Tal pretensão se demonstra inviável, motivo pelo qual deverá a ação ser rejeitada por impossibilidade jurídica do pedido.³²

²⁶ CÂMARA, op cit., p. 39.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, no. 69, v. 15, 2007. p. 181.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 1

²⁹ Ibid.

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 4. ed. Re., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 247

³¹ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública*: princípio da obrigatoriedade. Ed. Forense: Rio de Janeiro: 2001. p. 41.

³² Ibid.

Do mesmo modo, Ada Pellegrini Grinover³³ leciona que a “possibilidade jurídica significa a existência do provimento desejado no ordenamento jurídico: só haveria possibilidade jurídica quando o pedido fosse admitido, em tese, pelo direito objetivo material. ”

Isso significa que o pedido formulado pelo autor na inicial deve se referir a uma providência permitida em abstrato pelo ordenamento jurídico, de modo a se evitar a instauração de um processo, quando se mostrar inviável o atendimento em absoluto da pretensão autoral, devido à ausência de previsão da ordem jurídica nesse sentido, ou devido à sua proibição.

Contudo, ainda nos casos em que há ausência de previsão no ordenamento acerca do pedido formulado pelo autor, haverá possibilidade jurídica do pedido, o que leva à conclusão de que somente faltará a possibilidade jurídica do pedido quando houver, no ordenamento, uma proibição ao exercício do direito de ação. Por esse motivo é que se fala em impossibilidade jurídica do pedido.³⁴

É nesse sentido que explica Maria Thereza de Assis Moura³⁵, ao afirmar que só faltará possibilidade jurídica quando existir proibição do exercício do direito à jurisdição no ordenamento. Caso não haja essa proibição, ainda que a providência requerida não encontre amparo no ordenamento, não haverá falta de possibilidade jurídica.

A professora conclui que, na realidade, se torna desnecessário o exame acerca da possibilidade jurídica do pedido, na medida em que, se o fato narrado na peça acusatória não constituir crime, é evidente que a mesma não poderá ser recebida pelo magistrado, tendo em vista o princípio da legalidade. Portanto, tal questão diz respeito a sua tipicidade.³⁶

Não obstante, fato é que a maior parte da doutrina entende que, assim como no Direito Processual Civil com o advento CPC/15, a possibilidade jurídica do pedido perdeu seu status de condição da ação.

Desse modo, Renato Brasileiro subdivide as condições da ação no âmbito do processo penal em condições genéricas, ou seja, aquelas que deverão estar presentes em qualquer ação penal e condições específicas (de procedibilidade), as quais deverão estar presentes em determinadas infrações penais, certos acusados ou em situações específicas, previstas em lei.³⁷

³³ GRINOVER, op cit., 186.

³⁴ Ibid.

³⁵ MOURA, op. cit., p. 182.

³⁶ Ibid., p. 188.

³⁷ LIMA, op. cit., p.249.

No que tange à legitimidade para agir, essa é essencial, uma vez que a sua ausência leva à rejeição da denúncia ou da queixa e, ainda, é elencada como causa de nulidade absoluta, nos termos do art. 564³⁸ inciso II do CPP.

Nesse sentido, quem detém a legitimidade ativa na ação penal é somente o Estado-Administração, sendo o único titular do *ius puniendi*. De modo excepcional, nas ações penais privadas, o legislador outorga o exercício do direito de ação ao ofendido, tratando-se, nesse caso, de legitimação extraordinária, na medida em que é permitido à vítima demandar em nome próprio na defesa do interesse do Estado.³⁹

Dessa forma, na condição de órgão do Estado-Administração, cabe ao Ministério Público promover a ação penal pública, ostentando, portando, legitimidade ativa processual. Diferentemente do processo civil, o Ministério Público não pode ser considerado como titular da relação de direito material, uma vez que é o Estado o tutor da ação penal.

Nos casos de ação penal privada, por sua vez, o ofendido possui legitimidade extraordinária, e nos casos de ação penal privada subsidiária, o ofendido possui legitimidade extraordinária e sucessiva, tendo em vista que se encontra condicionada à inércia do daquele órgão.

Quanto à legitimidade passiva, na ação penal, deve figurar como acusado somente aquele em face de quem o pedido é feito. Há quem entenda, ainda, que os menores de dezoito anos não possuem legitimidade passiva *ad causam* pois não são suscetíveis de sanção penal. Entretanto, há quem sustente, como Renato Brasileiro⁴⁰, que esse caso não se trata de ilegitimidade *ad causam*, mas sim de ilegitimidade *ad processum*, pois aquela só corre quando a pessoa não foi parte na relação jurídico-material.

No que tange ao interesse de agir, há divergência quanto a sua existência como condição de ação no processo penal, visto que o CPP não fez referência expressa a esse. Há quem entenda, segundo Assis Moura,⁴¹ que o interesse de agir está sempre implícito em toda acusação, na medida em que a ação penal e o devido processo legal são imprescindíveis para a imposição de pena ao acusado. Ou seja, o Estado não pode impor uma pena a não ser mediante uma sentença penal condenatória.

³⁸ BRASIL, op cit., nota 1.

³⁹ Ibid, p. 191.

⁴⁰ LIMA, op cit., p.251.

⁴¹ MOURA, op. cit., p.198.

Entretanto, outra parte da doutrina afirma que esse entendimento leva em consideração somente o interesse-necessidade, não observando, no entanto, o interesse-adequação, sem o qual não estaria caracterizado o interesse de agir no processo penal.⁴²

O interesse de agir está intimamente ligado à utilidade da prestação jurisdicional, ou seja, verifica-se se, para o autor obter o que pretende, é efetivamente necessária a providencia jurisdicional pleiteada. Dentro desse exame não se encontra a discussão se o autor faz jus ou não ao direito que alega possuir, mas somente a real necessidade do provimento jurisdicional, atestando-se que o autor não poderia obter o mesmo resultado por outro meio extraprocessual.⁴³

Do mesmo modo que o processo civil, há quem defenda que o interesse de agir deve ser analisado sob os aspectos da necessidade e adequação, e um terceiro, que se trata da utilidade. Quanto à necessidade, no processo penal, segundo Renato Brasileiro, esta é implícita na ação penal condenatória, tendo em vista que nenhuma sanção penal será aplicada sem o devido processo legal, em virtude do princípio do *nulla poena sine iudicio*.

No que se refere à adequação, essa não possui grande relevância no processo penal, considerando que não há espécies distintas de ações penais condenatórias. De todo modo, deve-se analisar o instrumento adequado a ser aplicado no caso em concreto.

Por utilidade entende-se a eficácia do provimento do pedido, de modo que só haverá utilidade se houver a possibilidade da realização do *jus puniendi* estatal, com eventual aplicação de sanção penal adequada. Isso significa que não haverá interesse de agir quando se verificar que a sentença condenatória não poderá ser aplicada, como por exemplo, no caso de uma denúncia ou queixa oferecida na iminência de consumir-se a prescrição da ação.⁴⁴

Por último, mas não menos importante, ao lado da legitimidade e do interesse de agir, há quem entenda a existência de uma terceira (tendo em vista que a possibilidade jurídica do pedido perdeu esse status com a vigência do CPC/15) condição da ação, a *justa causa*. Entretanto, tal entendimento encontra posições contrárias, a quais afirmam ter a *justa causa* natureza jurídica diversa, conforme se abordará com minúcias no tópico a seguir.

⁴² Ibid., p. 199.

⁴³ LIMA, op. cit., p. 254.

⁴⁴ MOURA, op. cit., p. 199.

1.3. Justa Causa e a sua natureza jurídica

Conforme já mencionado, com a reforma no CPP pela Lei nº 11.719 em 2008, o diploma passou a fazer menção expressa à justa causa, ao dispor em seu artigo 395 inciso III⁴⁵ que “a denúncia ou queixa será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da ação penal.”

Entretanto, muito embora tenha sido implementada no CPP de modo expreso, o legislador não deixou claro qual seria sua natureza jurídica, seja como condição da ação ou como lastro probatório mínimo para o exercício da ação penal.

Desse modo, a sua natureza jurídica ganha relevância no âmbito da colaboração premiada, na medida em que se busca perquirir se há justa causa, ou não, para deflagração de ações penais baseadas nas palavras do delator.

Qual seria então a natureza jurídica da justa causa e a sua relação com a persecução penal? Diversos são os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, os quais serão expostos a partir deste momento.

Doutrinadores como Frederico Marques⁴⁶, sustentam que a justa causa se identifica com o *fumus boni iuris*, que caracteriza o legítimo interesse para a denúncia. O professor entende que “justa causa e *fumus boni iuris* se confundem, na medida em que à falta daquela inexistente interesse processual no tocante à propositura da ação penal, uma vez que faltará pedido idôneo para provocar a tutela jurisdicional do Estado.”⁴⁷ Nessa linha, afirma que “é preciso que haja *fumus boni iuris*, para que a ação penal tenha condições de viabilidade. Do contrário, inepta se apresentará a denúncia, por faltar legítimo interesse e, conseqüentemente, justa causa.”⁴⁸

Entendimento diverso é o de José Raimundo Gomes da Cruz⁴⁹, segundo o qual o legítimo interesse, que se encontra presente enquanto não estiver extinta a punibilidade, não se confunde com justa causa, que corresponde à existência das três condições da ação estabelecidas no revogado art. 43 do CPP (crime em tese, punibilidade deste e legitimação para a causa).

⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁶ MARQUES, op cit. p. 167.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ CRUZ apud MOURA, op cit, p.204.

Ada Pellegrini Grinover⁵⁰, por sua vez, em sua obra “A Condição da Ação Penal”, em um primeiro momento, faz uma distinção entre pressupostos processuais e as condições da ação, deixando claro, no entanto, que ambos são necessários e prévios à análise do mérito.

Ao debater sobre as condições da ação (legitimidade ativa e passiva, interesse processual e possibilidade jurídica), a autora adota a teoria da apresentação, segundo a qual o exame das condições da ação é realizado em abstrato, conforme o pedido formulado, diferentemente daqueles que entendem que as condições da ação devem ser apreciadas em concreto, conforme se apresentam efetivamente no processo, caso em que poderá se confundir, no entanto, com uma questão de mérito.⁵¹

Discordando daqueles que afirmam que a falta de justa causa configuraria ausência do interesse de agir, Ada Pellegrini Grinover⁵² atribui à impossibilidade jurídica a ausência de justa causa, não obstante tal condição da ação ter sido extinta pelo atual CPC/15. Segundo a autora, a possibilidade jurídica assume significativa importância no processo penal, pois visa a impedir a persecução infundada, e a sua falta implica a ocorrência de diversos fenômenos que impedem o julgamento do mérito, como a falta de tipicidade e a falta de justa causa.

Quanto à falta de tipicidade, explicitada no inciso I do revogado art. 43 do CPP, sem a evidente presença da tipicidade do fato narrado na peça de acusação, a autora afirma que haverá impossibilidade jurídica. No que se refere à falta de justa causa, Grinover explica que tendo em vista o inciso II do mesmo dispositivo, o qual dispõe que a denúncia ou queixa serão rejeitadas quando “faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal” e, considerando que a coação se considera ilegal quando sem justa causa, nos termos do art. 648 inciso I do CPP⁵³, a justa causa constitui condição da ação penal condenatória.⁵⁴

Nas palavras de Grinover, “entende-se por justa causa a plausibilidade da acusação, a aparência do direito material invocado.”⁵⁵ Assim, a exigência de demonstração de justa causa é de extrema importância na demonstração da plausibilidade da existência do direito material, evitando-se, portanto, acusações temerárias.

Ada Pellegrini Grinover⁵⁶ não se limita a destacar sua posição, mas vai além, explicando o motivo pelo qual entende que a justa causa não se relaciona com o interesse de agir. A autora explica que o interesse de agir como condição da ação não possui relação com o direito

⁵⁰ GRINOVER, op. cit., p. 182.

⁵¹ Ibid.

⁵² GRINOVER, op. cit., p. 189.

⁵³ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵⁴ GRINOVER, op. cit., p. 190.

⁵⁵ Ibid., p. 189.

⁵⁶ Ibid, p. 190.

material, mas sim com a demonstração do interesse, sendo meramente processual. Por esse motivo, quando falta o interesse de agir, o pedido seria rejeitado por falta deste interesse, e não do direito material invocado.

Assim, a relação do interesse de agir com a demonstração de justa causa resulta na confusão do interesse processual com o interesse material e, ainda, levaria ao entendimento segundo o qual as condições da ação devem ser apreciadas em concreto, confundindo-se com uma questão de mérito, diferentemente da teoria da apresentação, adotada pela autora, em que o interesse de agir é mera condição de admissibilidade da demanda. Portanto, Grinover⁵⁷ conclui que:

em nosso sentir, será caso de impossibilidade jurídica a hipótese em que a acusação carecer de justa causa: a falta de justa causa há de ser imputada impossibilidade jurídica da acusação. Ou seja, o ordenamento não permite que se formule acusação que não esteja lastreada na justa causa.

Em que pese posição de Ada Pelligrini Grinover, fato é que a possibilidade jurídica do pedido foi extinta como condição da ação no CPC/15. Desse modo, tendo em vista que a reforma de 2008 passou a prever as hipóteses nas quais a denúncia e a queixa serão rejeitadas, há quem defenda ser a justa causa uma condição da ação autônoma.

Dentre esses autores, se encontra Afrânio Silva Jardim⁵⁸, que antes da Lei 11.719/08, em sua obra publicada em 2001, já enumerava a justa causa como condição da ação, ao lado da legitimidade das partes, interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. De acordo com o autor, na realidade, não são condições para a existência do direito de agir, mas sim condições para seu regular exercício. E, se ausentes tais condições, haveria abuso do direito.

Nas palavras do professor:

às três condições que classicamente se apresentam no processo civil, acrescentamos uma quarta: a justa causa, ou seja, um lastro probatório mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado. Tal arrimo de prova nos é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal.⁵⁹

Plínio de Oliveira Corrêa⁶⁰, por sua vez, antes de posicionar-se no mesmo sentido, discorreu sobre as diferentes feições da justa causa no processo penal brasileiro, apresentando oito delas: (a) a primeira tem relação ao conceito de legalidade da prisão; (b) a segunda se

⁵⁷ Ibid, p. 191.

⁵⁸ JARDIM, op cit., p. 37.

⁵⁹ Ibid., p. 37.

⁶⁰ CORRÊA, op. cit., p. 31.

refere à concessão do habeas corpus quando o fato imputado não constituir infração penal; (c) a terceira trata-se das hipóteses de recebimento da denúncia ou queixa; (d) a quarta situa-se como elemento identificador dos casos de coação ou constrangimento ilegal nos termos do art. 648 do CPP; (e) a quinta, diz respeito a presença da justa causa tão somente na descrição de um fato delituoso na peça acusatória; (f) a sexta, restrita à ação penal privada, baseia-se em indícios ou suspeitas fundadas; (g) a sétima, elimina a expressão do sistema processual penal brasileiro e, por fim, (h) a oitava, coloca a justa causa uma das condições da ação penal.

Diante dessas diferentes posições, Plínio de Oliveira Corrêa⁶¹ destaca críticas a cada uma delas. No que se refere à primeira posição, o professor explica que a justa causa não pode ser condicionada ao conceito de legalidade ou ilegalidade da prisão. Isso porque a prisão pode ser legal e inexistir legitimidade para tanto, como o caso de prisões administrativas, disciplinar e para averiguação. Assim, não se revela correto falar em legalidade ou ilegalidade da prisão, mas na sua legitimidade ou ilegitimidade.

Quanto à segunda posição, segundo a qual a justa causa deve ser utilizada para fundamentar concessão de habeas corpus quando o fato não constituir crime, a crítica que se faz é que, na realidade, o art. 43º inciso I⁶², do CPP ao afirmar que “a denúncia ou queixa será rejeitada quando o fato narrado evidentemente não constituir crime”, deixa expressa regra regulando a matéria, ou seja, não há motivo que enseje a utilização do habeas corpus uma vez que a lei é clara ao dispor que a denúncia ou queixa serão rejeitadas.

A terceira posição, por sua vez, faz alusão ao revogado art. 43º do CPP, o qual trazia as hipóteses de rejeição da denúncia ou da queixa. Para o professor, é errôneo correlacionar o conceito de justa causa com tais hipóteses, na medida em que essas traduzem elementos de diversas naturezas, como formais da peça acusatória, extinção de punibilidade e condições genéricas da ação penal. Portanto, se revelaria incorreta a relação da justa causa com todas essas hipóteses de diferentes naturezas.

A quarta posição, a qual estabelece a falta de justa causa como elemento identificador dos casos de coação ou constrangimento ilegal nos termos do art. 648 do CPP, do mesmo modo, é criticada pelo professor, uma vez que, segundo ele, também não se deve admitir a utilização da justa causa como uma “expressão universal” que represente as diversas situações descritas no art. 648 do CPP.

⁶¹ Ibid.

⁶² Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008.

No que tange à quinta posição, que diz respeito à presença da justa causa tão somente na descrição de um fato delituoso na peça acusatória, segundo Plínio de Oliveira Corrêa⁶³, confunde a justa causa com a simples descrição na inicial, do fato, que, em tese, se amolda a um tipo penal. Para o autor, o conceito de justa causa transcende a descrição do fato, tendo relação além, com a prova que dá origem à denúncia.

Quanto à sexta posição, que restringe o embasamento da queixa-crime a indícios ou suspeitas, o professor questiona a suficiência de indícios e suspeitas para a propositura de ação penal. Para ele, tal afirmação viola o princípio do *onus probandi*, bem como o princípio da presunção de inocência.

A sétima posição, a qual elimina a expressão justa causa do sistema processual penal brasileiro e defendida por José Raimundo Gomes da Cruz⁶⁴, a crítica realizada a esta posição é de que ela “peca por omissão, esquecendo de bem conceituar um instituto que há quase cento e setenta anos figura na legislação brasileira”

Por fim, a oitava posição, conforme já adiantado, abraçada por Corrêa⁶⁵, é a que coloca a justa causa como uma das condições da ação penal. Segundo o autor, a Lei nº 5.250/1967, a qual regula a liberdade de manifestação do pensamento, em seu art. 44º parágrafo 1º foi responsável pela incorporação deste instituto jurídico como uma condição da ação penal, ao prever que “a denúncia ou queixa será rejeitada quando não houver justa causa para a ação penal. ”

Na mesma linha, Eugênio Pacelli de Oliveira⁶⁶ admite a justa causa como quarta condição da ação penal, assim como lastro probatório mínimo, destacando que

sempre admitimos a existência da justa causa como condição da ação, seja como quarta condição (da ação), inserida no contexto da demonstração do interesse (utilidade) de agir, seja enquanto lastro mínimo de prova, a demonstrar a viabilidade da pretensão deduzida.

Luiz Flavio Gomes⁶⁷, por seu turno, afirma que o juiz, ao examinar a ação, deve observar: (a) a regularidade formal da peça; (b) a viabilidade da relação processual (pedido, partes, competência etc.); (c) a regularidade do direito de ação (condições de existência do direito de ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse de agir); (d) e a viabilidade do exercício da ação penal (condições para o exercício do direito de ação).

⁶³ CORRÊA, op cit., p. 31.

⁶⁴ CRUZ apud CORRÊA, op. cit., p.35.

⁶⁵ CORRÊA, op cit., p.36.

⁶⁶ OLIVEIRA, op. cit., p.116.

⁶⁷ GOMES, op. cit., p. 84.

Este último requisito, viabilidade do exercício da ação penal, diz respeito ao revogado art. 43º inciso III, o qual afirma que a denúncia ou a queixa serão rejeitadas se “for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”. Nesse sentido, segundo Gomes, nesta parte final, entrariam as chamadas condições de procedibilidade que se coligam com o exercício do direito de ação, e não se confundem com as condições de existência da ação penal. Desse modo, a justa causa seria uma condição de procedibilidade, que se traduz em requisito essencial para o exercício regular do direito de ação penal.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura⁶⁸ vai além, discordando ser a justa causa uma condição da ação penal e afirmando que, na realidade, se trata muito mais do que uma condição. Para a autora, a falta de uma das condições implica a ausência de justa causa. Ou seja, haverá falta de justa causa se o fato narrado na acusação não se enquadrar no tipo penal, ou se a acusação não tiver sido formulada por pessoa legítima, ou se inexistir interesse de agir.

Leciona a autora que, a justa causa para a ação penal “corresponde, no plano jurídico, à legalidade da acusação. E no plano axiológico, à legitimidade da acusação.”⁶⁹

Assim, haverá ilicitude e, conseqüentemente, ausência de justa causa, nos casos em que a denúncia narrar fato atípico ou quando o fato descrito não estiver em consonância com a prova colhida.⁷⁰ Segundo a autora:

é que, para que alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada; que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade.

Quanto ao plano axiológico, explica que a norma deve ser legítima, tal como a justa causa, compreendida como fundamento da acusação, ou seja, ela não é somente a causa legal, mas também a causa *secundum ius*, sendo aquela que a ordem jurídica legítima.⁷¹

Portanto, Assis Moura⁷² defende que a análise da justa causa, ou “justa razão” ou “razão suficiente para a instauração da ação penal” deve ser realizada não somente de maneira abstrata, mas, principalmente, a partir do caso concreto, na conjugação dos elementos que

⁶⁸ MOURA, op. cit., p. 221.

⁶⁹ Ibid, p. 222.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² MOURA, op cit., p.221.

demonstrem a existência de fundamento de fato e de Direito, e que tornem legítima a coação.⁷³

Isso significa que, segundo a professora, a justa causa guarda relação íntima com a prova, ou seja, com o mérito, motivo pelo qual não pode ser tratada como condição da ação.⁷⁴

Portanto, muito embora haja divergência quanto à natureza jurídica, observa-se preferência da maior parte da doutrina na defesa da justa causa como uma condição da ação. Assim, sendo considerada uma condição da ação, resta saber o que seria considerado suficiente para o recebimento da peça acusatória pelo magistrado e a instauração da ação penal.

1.4. Justa causa e o recebimento da peça acusatória

Situada a justa causa como uma condição autônoma da ação penal, o que se pretende a partir de agora é o estudo da justa causa e como ela se relaciona com o recebimento da denúncia, isso é, entender o que seria o mínimo de prova necessária para que a acusação seja recebida e conseqüentemente, deflagrada a ação penal.

Primeiramente, no que se refere ao Direito comparado, vale destacar a expressão *probable cause* (ou causa provável), utilizada no sistema norte-americano, o qual possui relação com o mandado de busca ou prisão e com o início da ação penal. Quanto ao mandado de busca ou prisão, esse só poderá ser expedido se houver, no caso concreto, informações suficientes para que um homem seja preso. Do mesmo modo, o processo terá início somente quando houver probabilidade de condenação do acusado. Portanto, verifica-se que em ambas as situações exige-se uma causa provável para a atuação estatal.⁷⁵

No que tange ao Direito brasileiro, há diversos posicionamentos sobre o que seria considerado suficiente para o legítimo exercício do direito à jurisdição, isso é, quando se poderia afirmar que há ou não justa causa para o início da ação penal.

Destaca-se, dentre eles, posicionamento já defendido pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a análise da justa causa deveria ser realizada em abstrato, na medida em que seria impossível sua aferição em concreto no momento da propositura da ação penal. Essa posição foi agasalhada por Vicente Sabino Júnior⁷⁶, o qual entendia que se o fato imputado constituísse infração penal, então haveria justa causa. Desse modo, o magistrado não deveria

⁷³ Ibid, p. 223.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid, p. 226.

⁷⁶ SABINO apud Ibid, p. 239.

realizar nenhum juízo de valor quanto aos elementos colhidos durante a investigação, mas tão somente verificaria se o fato descrito na inicial encontra-se previsto no ordenamento como um ato ilícito.

Outro posicionamento que merece ênfase entende que deve ser analisado não somente o fato em tese típico, mas também à descrição da conduta típica. Isso significa que, além do fato estar previsto no ordenamento como ato ilícito, ele deve ajustar-se à hipótese descrita.

Não obstante, a posição predominante é aquela à qual afirma que deve haver um exame de fato a partir dos elementos colhidos na fase investigatória, condicionando, portanto, o recebimento da peça acusatória à alguma prova da existência material da conduta típica e de indícios de que o acusado seja de fato o autor.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr.⁷⁷, afirma que a justa causa se identifica com a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação (e a própria intervenção estatal). Afirma, portanto, que a justa causa está relacionada com dois fatores: de um lado a existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade, e de outro com o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.⁷⁸

Explica o autor que a peça acusatória deve conter elementos probatórios que justifiquem a admissão dessa, isso é, a análise deve recair sobre a existência desses elementos probatórios de autoria e materialidade, devendo esse exame recair sobre os elementos apresentados no caso concreto⁷⁹. Nesse sentido, Aury Lopes Jr.⁸⁰, afirma que:

a acusação não pode, diante da inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do princípio da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu.

Desse modo, Lopes Jr. propõe uma leitura da justa causa juntamente com o princípio da proporcionalidade, de forma que atue como uma proibição do excesso de intervenção penal. Para o autor, no momento da decisão do magistrado quanto ao recebimento da denúncia, deve haver um juízo de proporcionalidade entre os elementos que justificam a intervenção penal e processual e o custo do processo penal.

A autora Maria Thereza de Assis Moura⁸¹, por sua vez, entende que é inevitável que a análise da justa causa seja feita de forma concreta, baseada na conjugação de elementos que demonstrem a existência material de um fato no caso concreto, que seja típico, ilícito e

⁷⁷ LOPES, op cit., p 195.

⁷⁸ Ibid, p. 194.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid, p. 195.

⁸¹ MOURA, op cit. p. 243.

indícios suficientes de autoria. Portanto, “somente após a análise deste conjunto probatório é que se deve cogitar da obrigatoriedade do exercício da ação penal de natureza pública ou da faculdade de propor a queixa. ”

Outrossim, a autora adverte que este exame da presença de justa causa não deve-se dar apenas com base nos aspectos formais da peça acusatória, mas sim com base no conjunto probatório colhido durante a investigação criminal.

Nessa mesma linha, Plínio de Oliveira Corrêa⁸² leciona que “promover a instauração penal sem prova pré-constituída da existência do fato e indícios da autoria, é promover denúncia vazia, destituída de qualquer suporte fático, afrontando ao princípio da presunção de inocência”. Destarte, segundo o autor, “o conceito de justa causa se assenta em dois sólidos pilares: a) na prova da existência de um a hipótese delitiva; e b) na prova ou, pelo menos, em indícios idôneos de sua autoria”⁸³ e, por conseguinte, a falta de um deles significaria um abuso do poder.

Não obstante, Corrêa⁸⁴ faz uma crítica ao sistema brasileiro, na medida em que, de acordo com o professor, o ordenamento traz certa instabilidade jurídica ao prever no inciso II⁸⁵ do art. 386º do CPP que “o juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) II - não haver prova da existência do fato”, dispondo, portanto, que o exame da existência ou inexistência do fato deve ser feita no momento da sentença final de mérito, permitindo, portanto, que qualquer processo seja instaurado sem prova da existência do fato.

Da mesma maneira, o autor faz crítica ao art. 513⁸⁶ do mesmo diploma, o qual afirma que:

os crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos juízes de direito, a queixa ou a denúncia será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Ou seja, pela leitura do dispositivo conclui-se que serão verificadas a existência de prova e indícios de autoria somente com o pronunciamento jurisdicional, dando margem, portanto, para o advento de ações infundadas e desprovidas de provas.

Afrânio Silva Jardim⁸⁷, por sua vez, ao posicionar-se no sentido de que a justa causa se trata de uma quarta condição da ação penal, é claro ao afirmar que é necessário um suporte

⁸² CORRÊA, op. cit., p. 37.

⁸³ Ibid, p. 38.

⁸⁴ Ibid, p. 39.

⁸⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ JARDIM, op. cit., p. 37.

probatório mínimo a fim de que não sejam manejadas ações temerárias. Desse modo, esse suporte probatório mínimo se relaciona, segundo o professor, “com os indícios de autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade.”

Contudo, o autor faz uma ressalva, explicando que, na verdade, não basta que a peça acusatória seja lastreada em prova de autoria e materialidade. Isso é, não basta que a inicial impute ao réu uma conduta típica ilícita e culpável. É necessário que os fatos narrados na exordial tenham relação com as provas constantes no inquérito, ou seja, tudo o que o autor descrever na inicial deve ter respaldo nas provas do inquérito.

Não obstante, Jardim adverte que não é necessária prova cabal, mas um mínimo de lastro probatório. O exame aprofundado da prova será realizado no juízo de mérito, mesmo porque as provas contidas no inquérito policial, desprovidas de contraditório, tem por finalidade apenas convencer o magistrado acerca da admissibilidade da peça acusatória, devendo haver, posteriormente, uma análise pormenorizada de todo o conjunto probatório produzido em sede judicial para que possa ser proferido um decreto condenatório.

Portanto, para que haja a instauração da ação penal, exige-se um grau mínimo de prova, que diz respeito ao binômio - indícios de autoria e prova da materialidade, as quais serão aferidas a partir dos elementos extraídos no inquérito policial, não se exigindo, no entanto, certeza moral quanto à ocorrência ou não do fato, a sua autoria e a sua culpabilidade, que serão decididas no mérito.

Nesse sentido, não basta que sejam verificados os aspectos formais da peça acusatória, deve-se ir além, averiguando-se se os fatos atribuídos ao acusado na denúncia guardam relação com os elementos colhidos na fase inquisitorial.

O recebimento da denúncia sem a mínima probabilidade de condenação significa o uso temerário da máquina estatal, aumentando-se o risco de ações levianas e infundadas. Por esse motivo, a fim de se evitar o exercício meramente especulativo da peça acusatória, é essencial a observância da chamada justa causa.

Até mesmo porque, ainda que, pelo princípio da presunção de inocência, o acusado seja considerado inocente até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, não se pode negar que a instauração da ação penal, por si só, já causa uma maculação dos direitos de personalidade do acusado.

Portanto, é evidente que a justa causa, situada no presente trabalho como uma quarta condição da ação penal, se trata de um suporte probatório mínimo para que a peça acusatória seja recebida, consubstanciada em indícios de autoria e prova da materialidade. Aliás, mais do

que isso, a justa causa impõe um exame do conjunto probatório constante no inquérito, o qual deve ter correlação com os fatos narrados na inicial, de modo que a deflagração da ação penal seja justificada.

Diante do estudo minucioso acerca da justa causa e sua relação com o início da ação penal e, sendo certo que o presente trabalho tem por escopo a análise do valor probatório das palavras do colaborador para a deflagração da ação penal, o próximo capítulo será destinado à abordagem minuciosa acerca do instituto da colaboração premiada.

2. O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Muito embora tenha sofrido inovações com o advento da Lei nº 12.850/13⁸⁸ e, hoje, seja um instrumento processual essencial no combate ao crime organizado, a colaboração premiada não é um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de adentrar ao tema, se faz necessária uma caracterização desse instituto, de modo que sejam abordados sua origem, seu conceito, seus pressupostos de validade, seus principais aspectos. Nesse sentido, essa primeira parte será dedicada à abordagem histórica, de forma a traçar o percurso deste instituto desde a sua origem, até a atual Lei nº 12.850/13⁸⁹.

2.1. Abordagem histórica

A colaboração premiada, em sua origem, era relacionada ao sistema inquisitorial que marcou a Idade Média, o qual se tratava de um sistema “caracterizado por uma conotação negativa, de uma técnica de investigação que visa, principalmente, a valores de defesa social.”⁹⁰ Dessa forma, o sistema inquisitório, segundo Capez⁹¹:

não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da perseguição, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão.

Assim, em meio a um sistema inquisitivo, sem contraditório, na qual a investigação cabia unilateralmente ao juiz inquisidor, o colaborador era chamado de *pentito* (arrependido). Ou seja, o arrependido recebia um prêmio mediante a colaboração.

Desse modo, no século XX, a colaboração premiada surgiu no sistema norte americano, no modelo conhecido como *plea bargaining*, no qual o representante do Ministério Público tem total autonomia para negociar e decidir pelo prosseguimento ou não de sua acusação.

No processo criminal americano, a acusação é submetida ao Grande Júri, que decidirá sobre a aprovação ou não dessa. Uma vez aceita, o caso é levado a julgamento, e então haverá uma audiência previa de julgamento, no qual o acusado é indagado sobre sua culpa ou

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 108.

⁹¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 46.

inocência. É nesse momento que se tem o *plea bargaining*, “que consiste em uma negociação entre a acusação e a defesa, podendo resultar na confissão da culpa (*guilty plea*) ou na declaração de que o arguido não pretende discutir a questão da culpa (*nolo contedere*).”⁹² Ou seja, no modelo norte-americano, o réu poderia confessar sua culpa, ou não assumi-la, mas declarar que não quer discuti-la.

No que se refere às negociações no sistema norte-americano, tem-se a contingente *plea bargaining*, que, conforme preleciona Albergaria⁹³, é aquela “em que a manutenção do MP em relação a um determinado arguido está condicionada ao fato de as declarações dele, em prejuízo de um coarguido, surtirem o efeito esperado de condenação desse coarguido”; e a *package plea bargaining*, a qual, segundo o doutrinador⁹⁴:

que também ocorre nos casos em que o processo prossegue contra mais do que um arguido, o MP propõe determinados benefícios a um ou mais arguidos sob condição de todos confessarem. Não satisfeita essa condição, a acusação retira a proposta em bloco.

Desse modo, no modelo norte-americano, o Ministério Público tem discricionariedade para negociar a pena ou a própria imputação em troca de confissão de culpa e da colaboração na investigação de outras pessoas.

Já no processo penal italiano, a colaboração premiada começou a ser adotada na década de 70, na tentativa de combater atos de terrorismo e os colaboradores ficaram conhecidos como *pentiti*. Os agentes que se arrependiam depois da prática de algum crime, e sendo este em concurso com organizações criminosas, e se o agente se empenhava para diminuir as consequências desse crime, confessando ou impedindo o cometimento de crimes conexos, teriam o benefício de diminuição especial de um terço da pena que fosse fixada na sentença, ou a substituição da pena de prisão perpétua pela reclusão de quinze a vinte e um anos.⁹⁵

No Direito Brasileiro, por sua vez, os primeiros registros da colaboração premiada se encontram nas Ordenações Filipinas (1603-1867), que tratava de crimes de falsificação de moeda.

Neste período, destacam-se dois momentos históricos: a Inconfidência Mineira e o Regime Militar. No primeiro, o Coronel Joaquim Silvério dos Reis delatou seus colegas em troca do perdão de suas dívidas com a Coroa Portuguesa e, no segundo, a delação premiada

⁹² MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. n. 60, v. 10, 2014. p.35.

⁹³ ALBERGARIA apud Ibid., p.36.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada: no combate ao crime organizado*. São José do Rio Preto: Lemos E Cruz, 2006. p.102.

era utilizada para descobrir as pessoas que não concordavam com as ideologias do governo militar, consideradas, portanto, criminosas.

Entretanto, foi com a Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8072/90⁹⁶, que a colaboração premiada passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro, a qual trouxe como pressuposto o desmantelamento da quadrilha ou bando que tenha sido formado para fins de prática de crimes hediondos, possibilitando, assim, uma diminuição de pena.

Assim, o objetivo da lei era fazer com que o sistema repressivo cumprisse o papel de regulador social. Para tanto, em seu art. 8º, parágrafo único⁹⁷, foi previsto a redução da pena para “participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha”. Essa lei também acrescentou o § 4º ao art. 159 do Código Penal (CP)⁹⁸ (extorsão mediante sequestro), estendendo o mesmo benefício ao coautor do crime.⁹⁹

Posteriormente, com o advento da Lei nº 9.034/95, conhecida como Lei de combate ao crime organizado, a qual tratava das organizações criminosas, trouxe em seu art. 6º a previsão de redução de pena, desde que a colaboração espontânea do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e de sua autoria.

No mesmo ano, com as alterações provocadas pela Lei nº 9.080/95¹⁰⁰, a Lei nº 8.137/90¹⁰¹, dos crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, passou a prever no seu artigo 16 parágrafo único¹⁰² a redução de um a dois terços da pena do co-autor ou participe que revelar toda a trama delituosa nos crimes cometidos em quadrilha ou co-autoria. Desse modo, o instituto começava a ser regulamentado no combate aos crimes de “colarinho branco”.

A Lei nº 9.613/98¹⁰³ (Lei de lavagem de bens e capitais), por sua vez, veio com o objetivo de fiscalizar a movimentação dos ativos financeiros, de modo a combater a lavagem e ocultação de bens. Assim, no seu art. 1º parágrafo 5º¹⁰⁴, trouxe o instituto da colaboração

⁹⁶ BRASIL. *Lei nº 8.072* de 25 de julho de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁹⁹ PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei n. 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 10, n. 56, out./nov. 2013, p.24.

¹⁰⁰ BRASIL. *Lei nº 9.080* de 19 de julho de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 de outubro de 1995. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/111035/lei-9080-95?ref=topic_feed>. Acesso em: 21 abr. 2018.

¹⁰¹ BRASIL. *Lei nº 8.137* de 27 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ BRASIL. *Lei nº 9.613* de 3 de março de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

¹⁰⁴ Ibid.

premiada, prevendo, além da redução de pena ou sua substituição, seu cumprimento em regime semiaberto ou aberto e a possibilidade de perdão judicial, motivando, portanto, o agente, a contribuir com a persecução penal.

Em 1999, foi instituída a Lei de proteção a vítimas e testemunhas, visando à proteção de acusados ou condenados que prestem efetiva colaboração com a persecução criminal de forma voluntária. A Lei nº 9.807/99¹⁰⁵ inovou os benefícios desse instituto, trazendo a possibilidade de o delator, não reincidente, ter o perdão judicial com a extinção de punibilidade, desde que haja cumprimento de requisitos como a identificação dos demais co-autores ou partícipes; a localização da vítima com a sua integridade física preservada; e a recuperação total ou parcial do produto do crime, conforme art. 13¹⁰⁶ desse diploma, além da análise das circunstâncias do art. 59 do CP¹⁰⁷. Caso o agente seja reincidente, a lei prevê a redução de pena de um a dois terços.

A revogada Lei nº 10.409 de 2002, que regulamentava a matéria de tóxicos, previa a possibilidade de um acordo entre o delator e o Ministério Público, que, inclusive, poderia resultar no não oferecimento da ação penal. Além disso, previa a redução de pena antes mesmo do oferecimento da denúncia.

Nesse sentido, a Lei nº 11.343/06¹⁰⁸ aboliu a Lei nº 10.409/02, trazendo somente a previsão da redução de pena de um terço a dois terços ao agente que colaborar voluntariamente com a investigação e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Por fim, foi então que em 2013, adveio a Lei nº 12.850/13¹⁰⁹, conhecida como “Lei de organizações criminosas”, trazendo uma melhor regulamentação em relação ao instituto da colaboração premiada em busca de uma maior eficiência penal e, nas palavras de Pacelli¹¹⁰, “pretendendo instituir uma modalidade de negociação penal, com parcial flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal.”¹¹¹

¹⁰⁵ BRASIL. *Lei nº 9.807* de 13 de julho 1999. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de julho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19807.htm. Acesso em 22 abr. 2018.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ BRASIL, op cit., nota 1.

¹⁰⁸ BRASIL. *Lei nº 11.343* de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 22 abr. 2018.

¹⁰⁹ BRASIL, op cit., nota 1.

¹¹⁰ OLIVEIRA, op cit. p.79.

Desse modo, a Lei nº 12.850/13¹¹² tem por objetivo, além da definição de organização criminosa, a regulação dos respectivos instrumentos de investigação e produção probatória, dentre eles, a colaboração premiada.

Assim, esse diploma legal trouxe algumas inovações a fim de uma melhor aplicação desse instituto, prevendo como pressuposto a confissão do crime praticado pelo colaborador, para que sejam delatados os demais membros da organização criminosas.

O seu art. 4º¹¹³ amplia a possibilidade de obtenção de benefícios, não se limitando somente a delação dos coautores ou partícipes, trazendo, além dessa possibilidade, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito do crime; localização da vítima com a sua integridade física preservada.

Ademais, quanto aos benefícios, a lei traz a redução de pena de até dois terços, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, além disso, o perdão judicial.

Dentre as inovações, também pode-se destacar a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia ao colaborador que não for líder da organização e se esse for o primeiro a prestar efetiva colaboração, conforme disposto no parágrafo 4º do art. 4º¹¹⁴, constituindo, portanto, uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Outrossim, a Lei nº 12.850/13¹¹⁵, cuida da forma e conteúdo da colaboração premiada, prevendo regramentos específicos e claros para a sua adoção, permitindo, dessa forma, uma maior eficácia na apuração e combate à criminalidade organizada.¹¹⁶

2.2. Conceito

Frente à criminalidade moderna, o processo penal brasileiro, portanto, viu a necessidade de recorrer a instrumentos de investigação mais eficazes. É nesse contexto que surge a colaboração premiada, recebendo diversas nomenclaturas e, sendo tratado na doutrina como “delação premiada (ou premial)”, “chamamento do corrêu”, “confissão delatária” ou até

¹¹² BRASIL, op cit., nota 1.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ PINTO, op. cit., p. 25.

mesmo “extorsão premiada”.¹¹⁷ Sendo a mais conhecida e adotada pela Lei nº 12.850/13¹¹⁸, a “colaboração premiada”, é conceituada por Nucci¹¹⁹:

colaborar significa prestar auxílio, cooperar, contribuir; associando-se ao termo premiada, que representa vantagem ou recompensa, extrai-se o significado processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outro(s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal, no tocante à materialidade ou à autoria.

Muito embora o legislador tenha optado pela expressão “colaboração premiada”, na realidade, se trata de delação premiada. Utilizada por muitos doutrinadores, a delação consiste em cooperação na qual se descobrem informações contra a autoria ou materialidade da infração penal. Por esse motivo, segundo Nucci¹²⁰, trata-se de “autêntica delação, no sentido de *acusar* ou *denunciar* alguém – vulgarmente, o dedurismo.”

Tal opção legislativa pela “colaboração premiada” se justifica na medida em que a palavra “delação” é revestida de carga negativa, sendo o delator equiparado a um traidor. Assim, com o fim de que o colaborador não seja associado a uma figura estigmatizada, mas sim correlacionado ao arrependimento do acusado, seguido da colaboração com a justiça, o legislador optou pelo termo “colaboração”.

Nas palavras de Renato Brasileiro Lima¹²¹, a colaboração premiada se trata de:

(...) técnica especial de investigação por meio da qual o coautor ou partícipe da infração penal, além de além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Observa-se, portanto, que a colaboração premiada se trata de um negócio jurídico processual, no qual ambas as partes assumem obrigações recíprocas. De um lado, o acusado, que deve cooperar efetivamente com a investigação e com o processo criminal, e de outro, o acusador, que deve oferecer benefícios penais estabelecidos em lei.

Logo, o investigado ou acusado abre mão do direito de permanecer em silêncio, confessando a prática delituosa. Entretanto, no que se refere à colaboração efetiva, Renato Brasileiro¹²² explica que a simples confissão não se pode ser confundida com a colaboração premiada. Nessa deve haver a confissão do investigado ou acusado na participação no delito e

¹¹⁷ Ibid., p. 24.

¹¹⁸ BRASIL, op cit., nota 1.

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 42.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ LIMA, op cit., p. 1031.

¹²² Ibid., p. 1031.

o fornecimento de informações objetivamente eficazes das quais as autoridades não tinham conhecimento, e que permitam a identificação dos demais coautores e partícipes, revelação da estrutura hierárquica, prevenção de delitos, recuperação do produto do crime ou a localização da vítima.

Nessa linha, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em seu voto no *Habeas Corpus* nº 183.279¹²³, afirma que:

não há confundir a confissão espontânea com a delação premiada, providência político-criminalmente orientada, dependente do concurso de condições estranhas à atenuante em questão. Tendo a segunda um espectro de atuação mais amplo, impactando diversos outros bens jurídicos, e, não só a mais eficiente e célere Administração da Justiça, justifica-se o discrimen no caráter de abrandamento da reprimenda. Daí o fato de o legislador ter dado tratamento diferente aos dois institutos, não havendo a possibilidade de aplicação analógica de um com relação ao outro.

Ademais, para que o colaborador faça jus ao prêmio, além de ser imprescindível que as informações prestadas por ele sejam desconhecidas pelas autoridades, é necessário que essas sejam utilizadas para fundamentar a condenação dos coautores ou partícipes, caso contrário, esse não receberá o prêmio.

Essas informações podem evitar que outros crimes se consumam, e quando ocorre é chamada de colaboração preventiva, ou podem auxiliar na busca de provas contra os demais coautores, chamada de colaboração repressiva.

Logo, a colaboração premiada constitui um estímulo legal para que o infrator noticie às autoridades informações relevantes que possibilitem a desarticulação de grandes organizações ilícitas.

2.3. Pressupostos de Validade

Os requisitos para a aplicação do prêmio, resultado da colaboração, estão elencados no art. 4º da Lei nº 12.850/13¹²⁴, sendo eles: colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal; personalidade do colaborador, natureza, circunstâncias, gravidade, repercussão do fato criminoso e eficácia da colaboração; identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por ele praticadas; revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; prevenção de infrações

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 183.279/DF*, 6.ª T. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=183279&b=ACOR&p=true&l=10&i=.>> Acesso em: 26 jun. 2018.

¹²⁴ Ibid.

penais decorrentes das atividades da organização criminosa; recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; assim como localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Desse modo, do texto positivado, podem ser destacados como pressupostos para a validade do acordo: a voluntariedade do colaborador, a efetividade da colaboração. No parágrafo 1º do dispositivo supracitado pode-se retirar, ainda, a personalidade, natureza, circunstâncias, gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia.

2.3.1. Voluntariedade do colaborador

Sendo certo que a colaboração premiada se trata de um negócio jurídico processual, que se traduz na presença de dois sujeitos que passam a acordar, de um lado o investigado ou acusado e de outro o Ministério Público ou o Delegado de Polícia, tal acordo possui como pré-requisito a sua voluntariedade.

O termo voluntariedade, segundo Nucci¹²⁵, significa agir livre de coação física ou moral, ainda que desprovida de espontaneidade (sinceridade ou arrependimento). Nesse sentido, “é nas negociações que o colaborador exterioriza essa vontade – “que deve ser autêntica, genuína e incondicional – de ajudar nas investigações”¹²⁶.

Nesse sentido, se faz necessária a distinção entre ato espontâneo e ato voluntário. Ato espontâneo, segundo Renato Brasileiro¹²⁷, “é aquele cuja intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer interferência alheia – deve preponderar a vontade de colaborar com as autoridades estatais.” Ato voluntário, por sua vez, “é aquele que nasce da sua livre vontade, desprovido de qualquer tipo de constrangimento.”

Sendo ato voluntário distinto de ato espontâneo, portanto, certo é que o primeiro se trata de pressuposto de validade deste instituto, não sendo a espontaneidade “condição *sine qua non* para a aplicação dos prêmios legais inerentes à colaboração premiada.”¹²⁸

Desse modo, o investigado ou acusado pode ter sido incentivado por um terceiro, não havendo espontaneidade, entretanto, a voluntariedade é imprescindível, não sendo possível que, de forma alguma, a colaboração esteja maculada de coação física ou moral.

¹²⁵ NUCCI, op cit., 2015, p. 45.

¹²⁶ SOUZA, Alexandre José Garcia de. Colaboração premiada: a necessidade de controle dos atos de negociação. *Boletim IBCCRIM*. N. 290, v. 25, 2017.p.13.

¹²⁷ LIMA, op cit., 2016 p. 1045.

¹²⁸ Ibid., p. 1045.

Além disso, são irrelevantes os motivos que levaram ao colaborador a realizar o acordo, se esse decorreu de arrependimento, ou qualquer outro motivo interno do agente, se de natureza moral, social, religiosa ou política.

Nessa linha, a redação do caput do art. 4º da Lei nº 12.850/13 é clara ao prever que o agente deve ter colaborado “efetiva e voluntariamente”, assim como o parágrafo 7º desse mesmo dispositivo, o qual dispõe, igualmente, que caberá ao juiz homologar o acordo, após a verificação da voluntariedade do colaborador.

Por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 127.483/PR¹²⁹, o relator Ministro Dias Toffoli preconizou que, sendo certo que a colaboração premiada se trata de um negócio jurídico processual, para que esse seja válido, são necessários os seguintes requisitos: “i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável.”

Portanto, para o ministro, a declaração de vontade do colaborador deve resultar de uma escolha com liberdade psíquica, e não necessariamente com sua liberdade de locomoção. Desse modo, o fato de o agente se encontrar sob custódia não obsta a voluntariedade do acordo.

2.3.2. Efetividade da colaboração

O segundo pressuposto de validade é a efetividade da colaboração, que, nas palavras de Eduardo Araujo¹³⁰, “consiste no dever de colaborar de forma permanente com as autoridades, colocando-se integralmente à sua disposição para a elucidação dos fatos investigados.”

Isso significa que o agente deve auxiliar as autoridades, e comparecer todas as vezes em que for solicitada sua presença, e acompanhar todos os atos de diligência.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127.483/PR*, Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l3nlyre>. Acesso em: 29 jun. 2018.

¹³⁰ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 58.

2.3.3. Eficácia da colaboração premiada

O terceiro pressuposto de validade da colaboração premiada se trata da eficácia das declarações do colaborador. Convém destacar que a eficácia não se confunde com a efetividade. Isso porque é possível que o acusado ou investigado colabore com as autoridades de forma ativa, participando das diligências e auxiliando às autoridades, sendo a colaboração efetiva e, entretanto, sem que seja alcançado algum dos resultados previstos no art. 4º da Lei nº 12850/13, não ostentando, portanto, eficácia.

O pressuposto da eficácia significa que as declarações prestadas pelo colaborador devem ser relevantes, de modo a advir alguns dos resultados previstos nos incisos do art. 4º da Lei nº 12850/13¹³¹:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Desse modo, a análise da eficácia das declarações possui grande importância na medida em que “declarações que em nada ou pouco auxiliam na apuração do funcionamento de uma organização criminosa ou na identificação de seus diversos integrantes, não são qualificadas para autorizar a concessão do benefício.”¹³² Assim, deve-se atentar para a figura denominada “*professionisti del pentitismo*, ou seja, pessoas que comercializam meias verdades em troca de vantagens individuais.”¹³³

Além disso, Gonçalves faz uma ressalva para que uma declaração seja eficaz. Para o autor, é necessário que haja a confissão do agente, não atuando como colaborador aquele que somente imputa o fato a terceiros sem confessar a sua conduta:

decorre da própria essência do instituto, que prevê a mitigação da persecução penal em relação ao colaborador, pressupondo, então, que tenha ele, em tese, responsabilidade penal pelos fatos. Aquele que se limita a imputar a responsabilidade a terceiros, sem confessar a sua própria, não é considerado colaborador, mas informante ou testemunha¹³⁴

¹³¹ BRASIL, op cit., nota 1.

¹³² SILVA, op cit., p. 59.

¹³³ Ibid., p. 59.

¹³⁴ GONÇALVES apud MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.p.178.

Não obstante, a mera confissão do agente por si só não basta. É necessário que essa confissão venha acompanhada do fornecimento de informações que sejam objetivamente eficazes, ou seja, que sejam capazes de auxiliar no deslinde da empreitada criminosa.

Com efeito, as informações prestadas pelo colaborador devem contribuir de maneira efetiva para a identificação de demais coautores ou partícipes, na recuperação de produto de crime, localização de vítima ou, ainda, na prevenção de demais infrações penais. Nesse sentido, Renato Brasileiro Lima¹³⁵ afirma que:

por força da colaboração, deve ter sido possível a obtenção de algum resultado prático positivo, resultado este que não teria sido alcançado sem as declarações do colaborador. Aferível em momento posterior ao da colaboração em si, esta consequência concreta oriunda diretamente das informações prestadas pelo colaborador depende do preceito legal em que o instituto estiver inserido, podendo variar desde a identificação dos demais coautores e partícipes do fato delituoso e das infrações penais por eles praticadas, (...) até a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

Entretanto, segundo o autor, isso “não significa dizer que o Ministério Público deva ter êxito nos processos que intentar contra os coautores expostos ou delatados”¹³⁶.

Conforme já explicitado, para que o colaborador obtenha o prêmio legal, se faz necessário que as informações prestadas por ele sejam desconhecidas pelas autoridades e que, além disso, a condenação de um coautor ou partícipe encontre fundamentação nas provas obtidas por meio do fornecimento dessas informações. Caso tal condenação encontre motivação em outros meios, não obterá o colaborador o prêmio.

Ressalta-se que o agente que em sede judicial, nega a informações prestadas em sede extrajudicial, não faz jus ao prêmio resultante do acordo. Desse modo, a colaboração efetiva e voluntária com a investigação deverá refletir na fase processual igualmente. Portanto, se o colaborador se retrata em fase judicial, desqualificando as declarações prestadas durante as investigações, não se demonstra efetiva a colaboração.¹³⁷

Isso porque a homologação judicial do acordo se trata apenas de uma promessa do magistrado quanto à aplicação dos benefícios previstos em lei. Ou seja, somente com a ratificação das declarações em juízo e com o término do processo é que ocorre a premiação do colaborador. A concessão do prêmio fica condicionada, dessa forma, à sentença penal condenatória, quando o juiz apreciará os termos do acordo e a sua eficácia.

¹³⁵ LIMA, op cit., 2016, p. 1046.

¹³⁶ Ibid., p. 1046.

¹³⁷ GONÇALVES op cit., .p.178.

Contudo, se o acusado não colabora na fase das investigações, mas o faz na fase processual, pode-se acolher a delação premiada, dispensando-se a cumulatividade.¹³⁸

2.3.4. Circunstâncias favoráveis

O quarto pressuposto para que a colaboração premiada seja válida, se refere às circunstâncias elencadas no parágrafo 1º do art. 4º da Lei nº 12.850/13¹³⁹, o qual prevê que “em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.”

Desse modo, não basta que um dos resultados previstos nos incisos do art. 4º da Lei nº 12.850/13¹⁴⁰ sejam alcançados, há necessidade de preenchimento de circunstâncias objetivas e subjetivas para a concessão do prêmio resultante da colaboração. Assim, ainda que a colaboração tenha sido eficaz na obtenção de um dos resultados, o juiz pode negar a homologação do acordo caso as circunstâncias forem desfavoráveis ao agente.

Como circunstância subjetiva, tem-se a personalidade do agente. Mendroni¹⁴¹ explica que deve ser levado em consideração a conduta do investigado ou acusado. Se o mesmo demonstra arrependimento, apontando que não voltará a delinquir a circunstância é favorável, entretanto, se o seu comportamento demonstra que ele acredita no acerto de sua conduta ao participar da empreitada, e que possui personalidade voltada para a atividade criminosa, não fará jus ao benefício.

O líder de uma organização criminosa seria um exemplo de um agente que não detém circunstância favorável apta para a celebração do acordo. Inclusive, porque, a lógica do instrumento da colaboração premiada é a realização de acordos com criminosos de nível hierarquicamente inferior, para que se possa alcançar os líderes de tal organização.

No que se refere às circunstâncias objetivas, devem ser observadas a natureza, circunstâncias, gravidade e a repercussão social do fato criminoso. Quanto à natureza, essa refere-se à repugnância do delito, “o quanto ele é capaz de chocar, isoladamente considerado. É o conteúdo do crime propriamente dito”. As circunstâncias, por sua vez, dizem respeito ao modo como ele é praticado, é o seu *modus operandi*. No que diz respeito à gravidade, “deve

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 731.

¹³⁹ BRASIL, op cit., nota 1.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado: Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.p. 36.

ter relação direta de forma objetiva com a punibilidade prevista nos próprios tipos penais”. E, por último, a repercussão social, tem relação “com o índice de clamor público verificado, incluindo a conotação veiculada pela mídia.”¹⁴²

Assim, Renato Brasileiro Lima¹⁴³ destaca que:

diversamente da colaboração premiada prevista no art. 13, caput, da Lei n.º 9.807/99, onde o legislador faz referência expressa à necessidade de o colaborador ser primário, o art. 40, § 1.º, da Lei n.º 12.850/13 nada diz acerca do assunto. Por consequência, partindo da premissa de que não é dado ao intérprete restringir onde a lei não estabeleceu qualquer restrição, pelo menos para fins de colaboração premiada na nova Lei de Organizações Criminosas, não há necessidade de que o acusado seja primário, nem tampouco que tenha bons antecedentes. Quanto à gravidade do fato criminoso citada no art. 40, § 1.º, da Lei n.º 12.850/13, parece-nos que a gravidade em abstrato da infração penal não pode ser utilizada como óbice à concessão dos prêmios legais inerentes à colaboração premiada. (...)

Delineados os pressupostos de validade do acordo de colaboração premiada, chega-se, finalmente, ao principal ponto de caracterização deste instituo – a delimitação de sua natureza jurídica. Esta definição se faz, sobretudo, necessária e imprescindível para o deslinde da controvérsia acerca da força probatória deste instituo.

2.4. Natureza Jurídica

A análise da natureza jurídica da colaboração premiada abrange dois campos distintos, um no Direito Penal e outro no Direito Processual Penal. No Direito Penal esse instituo atua de diversas maneiras, podendo funcionar como causa de extinção de punibilidade (perdão judicial), como causa de diminuição de pena, como causa de fixação de regime inicial aberto ou semiaberto, ou como circunstância para que haja a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.¹⁴⁴

Quanto ao Direito Processual Penal, a controvérsia na doutrina gira em torno da possibilidade de a mesma ser visualizada como uma fonte de prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova.

¹⁴² Ibid., p. 37.

¹⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 532.

¹⁴⁴ MARQUES, op cit., p.40.

Fonte de prova trata-se da “designação de pessoas ou coisas das quais se consegue a prova”. Ou seja, podem ser classificadas em fontes pessoais (testemunhas, acusado, peritos, etc.) e fontes reais (documentos, laudos periciais etc.).¹⁴⁵

Meios de prova, por sua vez, são instrumentos ou atividades por meio dos quais os dados probatórios, isso é, os elementos de prova, são introduzidos no processo. São, segundo Gomes Filho¹⁴⁶, “canais de informação de que se serve o juiz”.

Desse modo, meio de prova é todo instrumento que tem por finalidade trazer ao processo um elemento que será utilizado para que o magistrado forme sua convicção acerca dos fatos narrados pelas partes, sendo, portanto, prova de primeiro grau, uma vez que se destina a produção de prova de maneira imediata.

É o exemplo do exame de corpo de delito, as perícias, os interrogatórios, oitiva das testemunhas etc. Assim, segundo as palavras de Nestor Távora¹⁴⁷:

para se comprovar uma lesão corporal, a parte pode dispor de mais de um meio, tais como a prova pericial, a testemunhal, a fotografia ou uma imagem digitalizada. No entanto, a prova assim o será quando descrita no processo, na forma prevista procedimentalmente (o depoimento pode se apresentar em linguagem escrita ou em linguagem audiovisual, a perícia deverá ser vertida em linguagem no competente laudo pericial confeccionado por profissional habilitado.)

Gomes Filho¹⁴⁸ esclarece a distinção entre fonte e meio de prova, afirmando que, no âmbito do processo penal em que é assegurado ao réu o direito de não produzir provas contra si mesmo, o acusado, ao trazer elementos probatórios úteis à decisão será a fonte de prova, ao passo que seu interrogatório não poderá ser considerado meio de prova na medida em que a finalidade desse não é produzir prova contra o acusado, mas sim assegurar a defesa do mesmo.

Do mesmo modo, Badaró¹⁴⁹ explica que essa distinção entre fonte e meio de prova reside no fato de que a primeira é anterior ao processo, ou seja, uma pessoa que viu um crime é testemunha do mesmo, mas o meio de prova somente ocorrerá se houver um depoimento em sede judicial dessa testemunha.

No que se refere aos meios de obtenção de prova, ou também denominados meios de investigação de prova, são, em regra, extraprocessuais. Tem por finalidade encontrar

¹⁴⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHEL, Flavio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 308.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10.ed.rev., ampl.e atual. Salvador: JusPodvm, 2015. p. 561.

¹⁴⁸ GOMES FILHO, op cit., p. 309.

¹⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. n. 60, v. 10, 2014. p.41.

elementos materiais de prova ou fontes de prova. Nestor Távora¹⁵⁰ traz como exemplo a interceptação telefônica, a qual se trata de um meio de prova de segundo grau, uma vez que tem por objetivo indicar outras fontes de provas de primeiro grau. Meio de obtenção de prova é, portanto, o mecanismo processual que permite o acesso à fonte de prova ou meio de prova.¹⁵¹

Quanto a esses meios de obtenção de prova, Gomes Filho¹⁵² os diferencia com os meios de prova. Segundo o autor, o primeiro diz respeito aos procedimentos extraprocessuais, conforme já explicitado, podendo ser realizado por policiais por outros funcionários como policiais por exemplo, enquanto o segundo se refere a uma atividade endoprocessual, desenvolvida perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes e observância do contraditório, objetivando a introdução de dados probatórios no processo.

Portanto, verifica-se que enquanto os meios de prova oferecem ao magistrado resultados probatórios utilizáveis na decisão, servindo diretamente ao seu convencimento, como o caso de um depoimento de uma testemunha, ou um laudo pericial, os meios de obtenção de prova, como uma interceptação telefônica, são instrumentos por meio dos quais serão colhidos elementos ou fontes de prova, e estes sim serão aptos a convencer ao juiz.

Feitas tais distinções, se faz necessário compreender qual delas melhor se encaixa no instituto da colaboração premiada.

Antes de expor as diferentes posições doutrinárias acerca do tema, afirma-se que a colaboração premiada se trata de um meio de obtenção de prova, na medida em que constitui instrumento processual que visa à produção de prova em juízo, não podendo de forma alguma, ser considerado meio de prova.

Renato Brasileiro¹⁵³ sustenta a natureza jurídica de meio de obtenção de prova, sob o argumento de que é por meio da colaboração que o acusado presta auxílio às autoridades na obtenção de fontes materiais de prova. O autor exemplifica com o caso de um crime de lavagem de capitais, na qual o agente contribui para a localização de bens objetos do crime. Nessa hipótese, se o agente fornece informações que contribuem efetivamente para a apreensão ou sequestro desses bens, a colaboração terá funcionado, portanto, como meio de obtenção de prova, ao passo que a apreensão como meio de prova.

¹⁵⁰ TÁVORA, op cit., p. 561.

¹⁵¹ ESSADO op cit., p.41.

¹⁵² GOMES FILHO, op cit., p. 309.

¹⁵³ LIMA, op cit., 2016, p. 1054.

Cleber Masson¹⁵⁴, nessa mesma linha, defende que a colaboração premiada possui natureza jurídica de “meio [especial] de obtenção da prova, materializado em um ‘acordo’ reduzido a ‘termo’ para devida homologação judicial (art. 4.º, §§ 6.º e 7.º, da LCO).” O autor explica que a colaboração premiada possui sua própria natureza jurídica, não se confundindo com a natureza do prêmio que deriva dela. Independentemente do prêmio aplicado e de sua natureza - a qual poderá se tratar de perdão judicial, redução de pena, substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não oferecimento de denúncia, ou progressão de regime, a colaboração premiada é um meio especial de obtenção de prova.

Eduardo Araujo da Silva¹⁵⁵, entretanto, realiza uma ótica diferenciada, distinguindo a sua natureza jurídica em três momentos: a fase pré-processual (de investigação); a fase judicial e a fase pós-processual (execução da pena). Para ele, na primeira fase se trata de um instituto puramente processual e nas demais fases possui natureza mista, uma vez que o acordo é regido por normas processuais, mas as consequências, como a redução de pena, perdão judicial, progressão de regime ou substituição, são de natureza material.

Para Andrey Borges Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho¹⁵⁶, a delação premiada não se trata de prova, na medida em que é desprovida de contraditório e ampla defesa, contudo, também não pode ser considerada como meio de obtenção, sob pena de compará-la a uma simples *notitia criminis* delatada aos órgãos investigativos. Os autores afirmam, portanto, que a proposta de colaboração premiada já deve carrear os elementos informativos suficientes para “capturar” a mentalidade do órgão acusatório, em troca dos benefícios legais permitidos. Tratando-se, pois, de uma regra da corroboração.

Sob a análise de Mendroni¹⁵⁷, a colaboração premiada tem “natureza jurídica anômala de um acordo” Ele explica que, não obstante a sua celebração ser livre entre as partes, a sua efetivação terá como condição a homologação do juiz, que analisará os aspectos formais de validade do acordo.

No que se refere ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 127.483/PR¹⁵⁸, o plenário fixou a natureza jurídica da colaboração premiada como meio de obtenção de prova:

3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4.

¹⁵⁴ MASSON, op cit., p.149.

¹⁵⁵ SILVA, op cit., p. 57.

¹⁵⁶ MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 195.

¹⁵⁷ MENDRONI, op cit., p.30.

¹⁵⁸ BRASIL, op cit., nota 24.

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Segundo o ministro relator Dias Toffoli¹⁵⁹, o acordo de colaboração premiada “destina-se à ‘aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória’, razão por que não constitui meio de prova propriamente dito”. Desse modo, o acordo não se confunde com os depoimentos prestados pelo colaborador, pois, enquanto o primeiro se trata de meio de obtenção de prova, o segundo constitui meio de prova.

Além disso, o relator asseverou que o instituto se enquadra na categoria de negócio jurídico processual, devendo, portanto, se estruturar na forma de um acordo. Na colaboração premiada, quando a proposta é formulada por uma parte e aceita pela outra, tem-se o acordo de colaboração. Isso significa que o negócio jurídico deve ser examinado em três planos sucessivos: da existência, pela análise de seus elementos; da validade, pela análise dos seus requisitos e, por fim, da eficácia, de modo a verificar se o negócio existente é válido e eficaz.

Portanto, filia-se o presente trabalho à posição segundo a qual a natureza jurídica da colaboração premiada se trata de meio de obtenção de prova, de forma que os elementos indicados pelo delator só poderão ser considerados como provas e conseqüentemente utilizados no convencimento do magistrado, se forem produzidos, na fase processual da persecução, devendo ser observado o contraditório.

Desse modo, posicionada a sua natureza jurídica, o próximo e último capítulo será dedicado à elucidação da controvérsia que gira em torno do depoimento do colaborador como causa para o recebimento da denúncia na persecução penal.

¹⁵⁹ Ibid.

3. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA PEÇA ACUSATÓRIA E O DEPOIMENTO DO COLABORADOR

Nos dois capítulos anteriores duas premissas foram firmadas: a primeira diz respeito a necessidade de um suporte probatório mínimo que constitua justa causa para a deflagração da ação penal; a segunda se refere ao instituto da colaboração premiada, situada como meio de obtenção de prova.

Logo, o último capítulo, porém não menos importante, terá por finalidade precípua responder acerca da possibilidade, ou não, de que as palavras do colaborador, por si só, constituam justa causa para o recebimento da denúncia e, conseqüentemente, para o início da ação penal.

Isso porque, ao lado da sua eficiência no desmantelamento dos crimes organizados, surgiram questionamentos quanto à sua aplicabilidade, principalmente no que se refere ao valor probatório do depoimento do colaborador.

Esses questionamentos surgiram em virtude da vulnerabilidade das declarações do colaborador, e a possibilidade de se lançarem informações falsas apenas com o fim de beneficiar-se do prêmio.

O parágrafo 16¹⁶⁰ do art. 4º da Lei nº 8.250/13 ao dispor que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”, traz uma limitação ao livre convencimento judicial, deixando claro, portanto, a sua natureza de meio de obtenção de prova.

Trata-se de uma regra de corroboração, exigindo-se que o conteúdo da colaboração processual seja confirmado por outros elementos de prova, de modo que esses elementos constituem *conditio sine qua non* para o emprego da delação premiada para fins condenatórios.¹⁶¹

Dessa forma, a palavra do colaborador passa a ganhar valor probatório, contudo, limitado, desde que demonstradas sua idoneidade e credibilidade, exigências essas que não decorrem da sua condição de colaborador, mas sim da coerência e confirmação do conteúdo de sua declaração por outros meios de prova válidos.

¹⁶⁰ BRASIL, op cit., nota 76.

¹⁶¹ BADARÓ, Gustavo. *O valor probatório da delação premiada*: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=257171>. Acesso em: 7 jul. 2018.

No entanto, muito embora o legislador tenha se manifestado quanto ao valor probatório das declarações do delator no momento do decreto condenatório, o mesmo se manteve silente quanto ao recebimento da denúncia.

Nesse sentido, o que se objetiva é a análise do valor probatório das declarações do delator no âmbito do juízo de admissibilidade da peça acusatória. Para tanto, impõe-se o exame das diferentes cargas probatórias exigidas ao longo da persecução penal, o que se verá a seguir.

3.1. A carga da prova e o reflexo da presunção de inocência na convicção do juiz durante a persecução penal

Muito se discorre sobre a carga de prova necessária para que seja proferido um decreto condenatório, esquecendo-se de, no entanto, que a persecução penal é composta por diversas etapas, e em cada uma delas deverá o magistrado decidir com base nas provas apresentadas e conforme o grau de carga probatória que se exige.

A análise do conjunto probatório não se limita à sentença de mérito. Essa tarefa de convencimento é muito mais complexa, abarcando a decretação de uma medida cautelar, por exemplo, a decisão de pronúncia, ou o juízo de admissibilidade da acusação, sendo este último o que interessa ao presente trabalho.

Assim, a carga probatória no processo penal perpassa por diferentes fases, e consequentemente, por diferentes níveis de exigência. O que se quer dizer é que a carga probatória exigida para a instauração de um inquérito não é obviamente a mesma que a exigida para o recebimento de uma denúncia e, igualmente, não é a mesma que a exigida para a sentença penal.

Sendo certo que o ônus probatório cabe à acusação, essa carga da prova atribuída à acusação deve ser verificada durante toda a persecução, e não somente no julgamento de mérito. Essa atribuição, ou ônus, pode ser denominada de regra da carga da prova¹⁶², sendo esse resultado do princípio da presunção de inocência.

A presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, estando previsto como direito fundamental no inciso LVII¹⁶³ do art. 5º da CRFB/88, o

¹⁶² LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 156, v. 27, 2019. p. 179.

¹⁶³ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30.07.2019.

qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁶⁴.

Quanto ao seu conteúdo, Aury Lopes Jr.¹⁶⁵ explicita tal princípio como um dever de tratamento, o qual, segundo o autor, atua em duas dimensões: interna e externa ao processo. Dentro do processo significa que a presunção de inocência pressupõe um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão tratar o réu como inocente, atribuindo o ônus probatório integralmente ao acusador, de modo que a presunção de inocência deve ser derrubada por este. No que se refere à dimensão externa, “a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado.”¹⁶⁶

Assim, a presunção de inocência impõe ao Poder Público a observância de duas regras: a primeira, como norma de tratamento, no qual o réu, em nenhum momento da persecução, pode sofrer restrições pessoais fundadas na possibilidade de condenação; e a segunda, relacionado ao ônus probatório, estabelecendo que este deve recair exclusivamente sobre a acusação, restando à defesa somente comprovar sua alegação de excludente de ilicitude e culpabilidade.

Quanto ao dever de tratamento, exige-se uma pré-ocupação da presunção de inocência durante o processo penal, isso é, há um dever imposto ao julgador de preocupação com o imputado, de forma a tratá-lo como inocente. Whateley¹⁶⁷ afirma que:

de acordo com o mais correto uso do termo, uma ‘presunção’ em favor de qualquer suposição significa, não (como tem sido erroneamente imaginado) uma preponderância de probabilidade antecedente em favor de algo, mas uma pré-ocupação do terreno, como implica que deve permanecer hígida até que uma razão razoável seja constituída contrariamente; em suma a carga da prova recai sobre o lado daquele que a contestaria.

Esse dever de tratamento equivale a um estado jurídico do acusado, que deve gozar do status de inocente, não podendo receber tratamento como se culpado fosse. Dessa forma, a presunção de inocência constitui como um dever de comportamento perante ao acusado.

No que se refere à segunda regra, a presunção de inocência exige que o ônus probatório recaia contra a acusação, como presunção legal relativa de não-culpabilidade e, no momento da sua valoração, confundindo-se como o princípio do *in dubio pro reo*.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ LOPES Jr., op cit., p.364.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ WHATELY, Richard, apud AMARAL, Augusto Jobim do. Presunção de Inocência – A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *Boletim IBCCRIM n.281*. abr/2016.p.4.

Assim, a presunção de inocência deve funcionar como regra de tratamento e regra de interpretação e valoração das provas em um processo, cabendo, portanto, à acusação, o ônus de provar a veracidade dos fatos imputados ao acusado.

A presunção de inocência como norma de julgamento recai no momento em que o judiciário analisa as provas produzidas e forma a sua convicção e é por esse motivo que se exigem diferentes níveis de carga probatória durante a persecução, conforme o estágio processual em que se encontra o processo.

A análise do conjunto probatório não é realizada somente na ocasião da sentença de mérito. O processo de convencimento abarca diversas fases da persecução penal, e em cada uma delas há um reflexo da presunção de inocência de maneira distinta. Isso significa que, conforme já explicitado, a carga probatória possui diferentes níveis de exigência, de modo que a carga necessária para a abertura de um inquérito é diferente daquela fundamental ao juízo de admissibilidade de uma denúncia, que por sua vez é distinta daquela exigida para um juízo de mérito, conforme se verá a seguir.

Inicialmente, quanto ao inquérito policial, esse trata-se de um conjunto de atos praticados, com o objetivo de apurar a autoria e materialidade de uma infração, dando ao Ministério Público elementos necessários que possibilitem a ação penal.¹⁶⁸

Logo, é evidente que para a abertura do inquérito em sede policial não se exige carga probatória, na medida em que a fase inquisitorial tem por finalidade justamente a investigação de infrações penais e a colheita de elementos necessários por meio de diligências, para que possa ser proposta ação penal.

Ao contrário, quanto ao juízo de mérito na ocasião da prolação da sentença condenatória, para que o estado constitucional de inocência do acusado seja desconstituído, é necessária uma carga de prova muito maior. E qual seria exatamente essa carga de prova?

Para que essa pergunta seja respondida, se faz necessário transplantar para o Direito Brasileiro o chamado *standard beyond a reasonable doubt*, proveniente tradicionalmente do *common law*.

O *standard beyond a reasonable doubt* tem origem no direito anglo-saxão e comporta dois conceitos. *Reasonable doubt* pode ser conceituado como além da dúvida razoável,

¹⁶⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18 Ed., revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011. (livro digital)

enquanto *standart* pode ser traduzido como um ponto mínimo que deve ser alcançado para que se chegue à constatação dos fatos objetos da prova.¹⁶⁹

Tradicionalmente, a *reasonable doubt* foi introduzida no *common law* entre os anos de 1770 e 1780. Na justiça criminal inglesa, diante do receio de condenar alguém quando houvesse a mínima possibilidade de inocência, os jurados ingleses se recusavam a condenar o acusado se houvesse algum grau de dúvida de sua culpa.

Nas suas origens, a tradicional *reasonable doubt* encontra-se ligada à teologia-cristã, não se destinando a proteger o acusado, mas sim à proteção das almas dos jurados contra a condenação. Isso porque condenar um réu inocente era considerado, na tradição cristã, como um pecado mortal. Assim, o objetivo deste princípio era tranquilizar os jurados para que eles pudessem condenar o réu sem arriscar sua própria salvação, contanto que suas dúvidas sobre a culpa do mesmo não fossem razoáveis. Portanto, tal regra nunca foi projetada para proteger o acusado, nem mesmo servir como um padrão de prova.¹⁷⁰

Desse modo, a história do *reasonable doubt* gira em torno da teologia moral do julgamento. Assim, a “dúvida” era a voz de uma consciência incerta e, nesse caso, a maneira mais segura era não agir de forma alguma, ou seja, um juiz que está em dúvida deve recusar-se a julgar, na medida em que aquele que condenava uma pessoa inocente conviveria com a culpa de ter cometido um pecado mortal, colocando em risco a sua própria salvação.

Outrossim, a justiça criminal inglesa abraçou esse princípio, com o objetivo de persuadir os jurados à ideia de que eles poderiam condenar sem risco para a segurança de sua salvação, desde que suas “dúvidas” fossem não razoáveis.

Nos dias atuais, o *standart* de prova *beyond a reasonable doubt* significa que, a prova além da dúvida razoável da culpabilidade do réu basta para a prolação de uma sentença condenatória, “sendo certo, também, que tal dúvida razoável deve ser valorada de acordo com as dificuldades probatórias do caso concreto, e também, em função do delito praticado.”¹⁷¹

Portanto, esse conceito de *proof beyond any reasonable doubt*, aplicado na ocasião da sentença de mérito, significa que deve haver uma dúvida razoável para a absolvição do acusado, isso é, não se trata de qualquer dúvida, mas uma dúvida razoável.

Dessa forma, quando há uma dúvida razoável sobre a culpabilidade do acusado, o mesmo tem o direito de se beneficiar da presunção de inocência e ser absolvido. Entretanto,

¹⁶⁹ TRENTO, Simone. Os Standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. *Revista de Processo*. Vol. 226.dez,2013. p. 163

¹⁷⁰ WHITMAN, James Q. *The Origins of “Reasonable Doubt”*. Faculty Scholarship Series, 2005. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=fss_papers. Acesso em: 26 set 2018. (tradução livre)

¹⁷¹ DALLAGNOL; FERRER BELTRÁN apud REIS, op cit.p.89.

não é qualquer simples dúvida que afasta a condenação, mas tão somente a dúvida que seja razoável.

No Brasil, a jurisprudência tem aplicado esse *standard* em diversos julgados. No Supremo Tribunal Federal, destaca-se a sua aplicação na Ação Penal nº 521¹⁷², de relatoria da Ministra Rosa Weber:

DIREITO PENAL. AÇÃO PENAL DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. FRAUDE EM LICITAÇÃO. CRIME DO ART. 90 DA LEI 8.666/1993. CORRUPÇÃO PASSIVA. QUADRILHA. DEPUTADO FEDERAL. FALTA DE PROVA HÁBIL. ABSOLVIÇÃO. a presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o “standard” anglo-saxônico - a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável -, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. [...]

O Superior Tribunal de Justiça por sua vez, já adotou o mesmo posicionamento na Ação Penal nº 719¹⁷³, de relatoria do Ministro Humberto Martins:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 2º DA LEI N. 8.176/1991 E ART. 55 DA LEI N. 9.605/1998. CONCURSO FORMAL. PRESCRIÇÃO. FALTA DE PROVAS. (...)5. O estado jurídico de inocência, corolário da dignidade da pessoa humana, exige para a condenação a certeza além da dúvida razoável, não sendo admissível sequer a alta probabilidade. Ausentes elementos de prova aptos a demonstrar os fatos imputados, devem os réus ser absolvidos com fundamento no art. 386, II, do CPP. Ação penal julgada improcedente, absolvendo-se os acusados com fundamento no art. 386, II, do CPP.

O Tribunal Regional Federal da Região 4º tem claramente se utilizado do *standard* “para além da dúvida razoável” em suas condenações da “Lava Jato”, a fim de comprovar a materialidade de crimes complexos, como são os crimes de colarinho branco. Segundo esse tribunal, o *standard* da dúvida razoável é “o melhor *standard* de prova que existe”, decorrente “da constatação, pelas cortes inglesas no século XVII, de que a certeza é impossível, e de que, caso exigida certeza, os jurados absolveriam mesmo aqueles réus em relação aos quais há abundante prova”¹⁷⁴

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 521*. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7688221>>. Acesso em 26 set. 2018.

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ação Penal nº 719*. Relator Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Apn+719&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=7>> Acesso em: 26 set 2019.

¹⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*. Relator Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrère.

No mesmo sentido foi o acórdão¹⁷⁵ prolatado pelo mesmo Tribunal, o qual absolveu o acusado João Vaccari Neto, por falta de provas, e manteve a condenação de Renato Duque, Adir Assad, Dario Teixeira Alves Junior e Sônia Mariza Branco, réus da operação “lava jato”.

O relator desembargador federal João Pedro Gebran Neto explicou que no caso em exame, o tema relacionado às provas continha grande relevância, uma vez que os delitos imputados aos acusados eram complexos e de difícil apuração e, portanto, na impossibilidade de uma absoluta certeza o julgador deveria se valer dos elementos constantes nos autos para formar sua convicção, observando-se a prova acima de uma dúvida razoável. Desse modo, o desembargador afirmou em seu voto¹⁷⁶ que:

essa 'prova acima de uma dúvida razoável' importa no reconhecimento da inexistência de verdades ou provas absolutas, devendo o intérprete/julgador valer-se dos diversos elementos existentes nos autos, sejam eles diretos ou indiretos, para formar sua convicção. Assim, tanto provas diretas quanto indícios devem ser considerados para composição do quadro fático que se busca provar. Além disso, a 'prova acima de uma dúvida razoável' implica no firme convencimento acerca da ocorrência do fato e da culpa do ac usado. Não é necessária a existência de certeza absoluta, porquanto esta seja praticamente impossível ou ao menos inviável. Entretanto, as evidências devem levar o julgador, para que possa ser emitido um decreto condenatório, ao firme convencimento da culpa, sendo que a dúvida deve levá-lo à absolvição.

Portanto, se observa que a obtenção da verdade real - ou absoluta, no processo penal, é praticamente impossível, ou como assevera Luigi Ferrajoli¹⁷⁷, é uma ingenuidade epistemológica, e conclui que, a verdade que se obtém no processo é uma verdade aproximativa (ou provável).

E, sobretudo nos chamados crimes de colarinho branco, essa dificuldade é aumentada. Isso porque, segundo a Ministra Rosa Weber, nesses delitos, “quanto maior o poder ostentado pelo criminoso, maior a facilidade de esconder o ilícito. Esquemas velados, distribuição de documentos, aliciamento de testemunhas. Disso decorre a maior elasticidade na admissão da prova de acusação”.¹⁷⁸

Por esse motivo, muitas vezes nesses crimes é impossível se alcançar a verdade real. E esse ônus de se provar a culpa, incumbe tão somente à acusação, a qual possui o dever de prová-la além da dúvida razoável.

¹⁷⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal nº 5012331-04.2015.4.04.7000/PR*. Relator Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-trf4-vaccari.pdf>>. Acesso em 26 set. 2018.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ FERRAJOLI apud REIS, op cit.p. 81.

¹⁷⁸ BALIARDO, Rafael. *Jurisprudência sobre corrupção pode ser flexibilizada*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-01/criminalistas-avaliam-mudancas-jurisprudencia-processo-mensalao>. Acesso em: 07 fev. 2019.

O que se busca, portanto, é a maior aproximação da verdade, de modo que, cabe ao magistrado, valendo-se do conjunto probatório, formar sua convicção. Caso haja dúvida razoável quanto à sua culpabilidade, impõe-se a absolvição do acusado, devendo ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*.

Finalmente, no que se refere ao juízo de admissibilidade da peça acusatória, a carga probatória exigida é distinta das demais fases. Exige-se, nesse momento, um mínimo de plausibilidade, isso é, exige-se a chamada justa causa.

A justa causa, já estudada em capítulo próprio, trata-se, portanto, de um grau mínimo necessário para que a peça acusatória seja recebida. Trata-se de um exame a partir dos elementos colhidos durante a fase investigatória, relacionando-se com a existência de uma causa jurídica e fática que de fato justifique a acusação.

Nesse sentido, ela se relaciona com indícios de autoria e materialidade. E não é à toa que o legislador prevê no inciso III do art. 395 do CPP a imprescindibilidade da justa causa para o recebimento da peça acusatória. Aury Lopes Jr¹⁷⁹. preleciona que:

quando se fala em justa causa, está se tratando de exigir uma causa de natureza penal que possa justificar o imenso custo do processo e as diversas penas processuais que ele contém. Inclusive, se devidamente considerado, o princípio da proporcionalidade visto como proibição de excesso de intervenção pode ser visto como a base constitucional da justa causa. Deve existir, no momento em que o juiz decide se recebe ou rejeita a denúncia ou queixa, uma clara proporcionalidade entre os elementos que justificam a intervenção penal e processual, de um lado, e o custo do processo penal, de outro.

Carvalho¹⁸⁰ explica que a justa causa é uma “cláusula de encerramento”, que materializa, no processo penal, as garantias constitucionais como a dignidade, proporcionalidade, concretizando a “legitimidade de submeter alguém a um processo criminal sob todas as perspectiva exigidas pela ordem constitucional.”

Ora, o momento do recebimento da denúncia representa um divisor de águas, na medida em que interfere diretamente no *status dignitatis* do acusado. Portanto, deve ser analisado com extrema cautela, devendo o magistrado atuar de modo que, pela na análise do conjunto probatório, seja realizado um filtro, limitando-se o arbítrio estatal.

Portanto, ao contrário do que muitos doutrinadores defendem, o princípio do *in dubio pro societate* é inaplicável neste momento, devendo a dúvida sempre militar em favor do acusado, impondo-se a aplicação do *in dubio pro reo* nas hipóteses em que houver ausência de justa causa no caso concreto.

¹⁷⁹ LOPES Jr., op cit., p. 195.

¹⁸⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. *Justa causa penal constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 105.

Quando o legislador exige a justa causa para o recebimento da denúncia ou da queixa, o mesmo exige que haja um lastro probatório mínimo para que seja atingindo o *status dignitatis* do acusado.

Ainda que o réu seja, ao final do processo, declarado inocente, fato é que o recebimento da denúncia, com a consequente tramitação do processo penal, representa, por si só, um gravame na vida do acusado, representado restrições até mesmo na sua liberdade. Desse modo, a abertura de persecuções penais deve ser devidamente justificada, de modo que não sejam admitidas acusações temerárias.

Portanto, observa-se que em há uma delimitação de cada fase processual e a carga probatória necessária. Se para a instauração de um inquérito policial a carga probatória necessária é mínima, no juízo de admissibilidade da denúncia, por sua vez, deve haver um mínimo de plausibilidade, isso é, a justa causa para que seja instaurada a ação penal, do mesmo modo que, no juízo de mérito, a carga probatória necessária para que seja desconstituído o estado de inocência do acusado é muito maior.

Nesse sentido, deve haver uma flexibilização do módulo da prova conforme o estágio processual que se encontra o processo, de modo que devem ser estabelecidos critérios objetivos para o controle da valoração das provas não somente na sentença de mérito, mas em todas as fases processuais. É evidente, portanto, que o grau de convencimento do magistrado varia de acordo com cada etapa do processo.¹⁸¹

Desse modo, a presunção de inocência, o *in dubio pro reo* devem ser aplicados durante toda a persecução penal e, principalmente, no momento de sua deflagração, quando a peça acusatória é recebida pelo magistrado. E, no que diz respeito ao decreto condenatório, a dúvida razoável impõe a absolvição do acusado.

No que se refere ao juízo de admissibilidade da denúncia, portanto, é evidente, que deve ser observada a presença de indícios de autoria e de materialidade que indiquem um grau mínimo de probabilidade de que tal crime ocorreu e que possam, dessa forma, desconstruir o estado de inocência do acusado. Caso contrário, o mesmo tem o direito de se beneficiar da presunção de inocência e contra ele não deve haver nenhuma imputação criminosa, sob pena de se movimentar a máquina estatal de maneira injustificada.

¹⁸¹ LUCCHESI, op cit., p. 173.

3.2. O juízo de admissibilidade da denúncia e o depoimento do colaborador

No tópico anterior foi possível entender que há uma flexibilização das cargas de prova necessárias para a formação da convicção judicial de acordo com os diferentes estágios em que o processo se encontra.

Dessa forma, sendo certo que no juízo de admissibilidade da denúncia exige-se um mínimo de plausibilidade, isso é, exigem-se indícios concretos de autoria e materialidade, sob pena de se deflagrarem processos levianos, questiona-se se o depoimento do colaborador é apto a ensejar a deflagração de uma ação penal.

Inicialmente, é necessário ressaltar que, no âmbito da colaboração premiada, a defesa não possui o direito de impugnar os termos do acordo, ou de participar e formular perguntas ao delator no momento em que este profere o seu depoimento. Este é o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no habeas corpus nº 127.483¹⁸².

Isso significa que o delatado se torna refém das palavras do delator, sem possibilidade de defesa. Ou seja, caso não haja um filtro dessas palavras, qualquer assertiva emitida pelo colaborador seria capaz de ensejar a deflagração de uma ação penal.

Daí que se extrai o questionamento sobre a necessidade de que este depoimento seja corroborado por outros elementos probatórios. Afinal, o depoimento do delator constitui justa causa apta a ensejar a admissibilidade da peça acusatória?

Em primeiro lugar, até o presente momento duas premissas foram levantadas. A primeira diz respeito à imprescindibilidade da justa causa para a deflagração da ação penal. Não há dúvidas, portanto, de que a peça acusatória deve conter elementos probatórios que justifiquem a sua admissão, isso é, deve conter indícios de autoria e materialidade.

A segunda premissa refere-se à natureza jurídica do instituto da colaboração premiada como meio de obtenção de prova. Nesta qualidade, segundo a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a colaboração premiada objetiva a cooperação do imputado para a investigação criminal, destinando-se à aquisição de materiais dotadas de capacidade probatória. Outrossim, o acordo não constitui meio de prova propriamente dito, mas sim meio de obtenção de prova.

¹⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127.483*. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4747946>>. Acesso em 22 jul 2019.

Dadas tais premissas, necessária se faz a leitura do art. 239¹⁸³ do CPP, o qual dispõe que: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. ”

Ora, pela simples leitura do dispositivo nota-se que indício é uma circunstância que necessita ser provada. Nesse sentido, há quem defenda que indício trata-se de prova indireta, e aqueles que defendam que não trata-se de prova propriamente dita, mas sim uma forma de raciocínio, ou meio de prova.

Prova indireta é aquela “que não se dirige diretamente ao próprio fato probando, mas, por raciocínio que se desenvolve, se chega a ele. ” Isso é, há “uma construção lógica por meio do qual se chega ao fato ou à circunstância que se quer provar. ”¹⁸⁴

Exemplo, uma testemunha presencia um homicídio. O seu depoimento se trata de prova direta, entretanto, ela torna-se indireta no momento em que é transformado por um servidor público, responsável por transcrevê-lo, em um termo circunstanciado na Delegacia de Polícia.

Meios de prova “são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não.”¹⁸⁵ Segundo Paulo Rangel¹⁸⁶, o indício trata-se de meio de prova, assim como o depoimento de testemunha que o juiz utiliza para formar sua convicção, ou a inspeção judicial.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁸⁷, o indício não chega a ser propriamente um meio de prova, mas trata-se, antes disso, da utilização de um raciocínio dedutivo, para, a partir da valoração da prova de um fato ou de um fato ou de uma circunstância, chegar-se à conclusão da existência de um outro ou de uma outra.

Nucci¹⁸⁸ por sua vez, defende que indício constitui prova indireta, de modo que deve ser realizado um “raciocínio indutivo confiável, para, em seguida, chegar à dedução óbvia acerca da culpa do réu.” Afirma, ainda, que o indício é subordinado à prova, visto que não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância provada. Assim, o valor do indício tem relação direta com o valor da circunstância provada.

¹⁸³ BRASIL, op cit., nota 1.

¹⁸⁴ RANGEL, op cit.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, op cit., p. 438.

¹⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 4.ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015. (livro digital).

Nesse mesmo sentido, Marcos Eberhardt¹⁸⁹ afirma que indício não se trata de meio de prova, mas sim de prova indireta, na medida em que “o fato do qual se quer fazer prova é inferido de outros elementos através de um processo lógico; o indício, por si só não faz prova do fato principal. ”

O autor continua explicando, advertindo que o indício deve estar devidamente comprovado para que possa ser usado no processo lógico-dedutivo e exemplifica com uma pessoa que é encontrada perto do cadáver da vítima, que acabou de ser esfaqueada, com uma faca suja de sangue na mão, sendo esses fatos indícios de que essa pessoa matou a segunda. Não obstante, afirma que esses indícios deverão ser provados, por meio de uma prova testemunhal ou outro meio probatório que indiquem que a pessoa se encontrava nessas circunstâncias.¹⁹⁰

Analisando o conceito de indícios sob a ótica da colaboração premiada, é evidente que o depoimento do colaborador não pode ser considerado indício, tendo em vista a sua natureza jurídica de meio de obtenção de prova.

Ao contrário dos meios de prova, que oferecem ao juiz resultados probatórios utilizáveis diretamente na formação de sua convicção, destinando-se, portanto à produção de prova de maneira imediata, ou seja, de primeiro grau; os meios de obtenção de prova têm por finalidade encontrar essas fontes de prova de primeiro grau, e essas sim, serão aptas a convencer ao magistrado diretamente.

Ou seja, conforme já explicado em capítulo anterior, os meios de obtenção de prova referem-se aos procedimentos extraprocessuais, podendo ser realizado por polícias ou outros funcionários; enquanto os meios de prova se referem a uma atividade endoprocessual, realizada pelo juiz no seu processo de convencimento.

Portanto, o depoimento do colaborador, por si, só não pode ser elevado ao patamar de indício, na medida em que não passa de mero meio de obtenção de prova, sendo, dessa forma, imprescindível um elemento corroborativo que confirme as alegações proferidas no depoimento do delator.

Nesse sentido, o magistrado não pode apoiar-se em dado meramente provável, nem hipotético. A base da argumentação, que é o fato até aquele momento conhecido, deve ser certa. O processo penal não pode se tornar um instrumento de confirmação de ilações, hipóteses preconcebidas sem observância do contraditório.

¹⁸⁹ EBERHARDT, Marcos. *Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.p.196.

¹⁹⁰ Ibid.

Isso significa que é inadmissível que qualquer assertiva por parte do delator, sem qualquer elemento que o fundamente, venha a se tornar uma ação penal. Deve haver indícios suficientes de autoria e materialidade que justifiquem, de fato, o movimento da máquina estatal, sob pena de se instaurarem processos levianos.

Conforme defende Bechara¹⁹¹, a palavra do colaborador, ainda que tenha natureza de prova testemunhal, não possui pleno valor probatório, não podendo, portanto, se qualificar como único meio de prova ou fato determinante para a condenação, sendo indispensável outros meios de prova. O autor conclui que:

tal conclusão tem por objetivo evitar que a palavra do colaborador ganhe contornos absolutos, e ao mesmo tempo evitar o risco de manipulação. É a fórmula encontrada para relativizar a desconfiança quanto à idoneidade e à disposição do investigado ou acusado em colaborar.

Nesse sentido é a opinião do Ministro Sérgio Moro¹⁹², que em seu livro “Crime de lavagem de dinheiro”, é claro ao afirmar que:

diante da reduzida confiabilidade da palavra de um criminoso, a regra número um é a assim denominada “regra da corroboração”. O depoimento do delator deve encontrar apoio em provas independentes. Não havendo estas, não se justifica a condenação e, rigorosamente, nem sequer a acusação

Logo, diante da natureza de meio de obtenção de prova e da reduzida confiabilidade do depoimento do delator, é evidente que o mesmo deve encontrar apoio em provas independentes, sendo impossível, portanto, a deflagração de uma ação penal desprovida de justa causa.

Tanto o é que, inclusive, o Projeto de Lei nº 4372/2016, propõe a inserção do parágrafo 17^o¹⁹³ no art. 4º da Lei 12.850/2013, nos seguintes termos: “Nenhuma denúncia poderá ter como fundamento apenas as declarações de agente colaborador. ”.

Assim, percebe-se que, além da orientação doutrinária predominante, a legislação vai caminhando para que esse posicionamento seja finalmente confirmado. E não é só. A jurisprudência, do mesmo modo, vai percorrendo a mesma direção.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido, conforme se extrai do Inquérito nº 4.216/DF¹⁹⁴, de relatoria do Ministro Edson Fachin, no qual a Corte entendeu por

¹⁹¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração processual: legalidade e valor probatório. *Boletim IBCCRIM*. no. 233, v. 20, 2012. p. 7.

¹⁹² MORO, Sergio: *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p.111.

¹⁹³ BRASIL, *Projeto de Lei nº 4372/2016*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BA8F5DBEE5C618DFDEEACA83078515FD.proposicoesWebExterno1?codteor=1433188&filename=PL+4372/2016.> Acesso em 05 ago 2019.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *INQ nº 4.216/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14344167>. Acesso em 05 ago 2019.

rejeitar a denúncia contra o então Senador José Renan Vasconcelos Calheiros, Deputado Federal Aníbal Ferreira Gomes e Paulo Twiaschor, diante da ausência de elementos corroborativos que dessem suporte ao depoimento do colaborador. Nas palavras do relator:

No caso, como consignei, a exordial acusatória atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal (...) Todavia, apesar de formalmente apta, a proposta acusatória sucumbe diante da fragilidade dos elementos de informação apresentados para lhe dar suporte, circunstância que evidencia a impossibilidade de deflagração de uma ação penal desprovida de justacausa. Com efeito, compulsando atentamente o caderno processual, concluiu-se que todo enredo delituoso é construído a partir do relato do colaborador Paulo Roberto Costa nos seus Termos de Depoimento n. 1 e2 [...].

No mesmo sentido, foi o acórdão prolatado pela Segunda Turma, nos autos do Inquérito nº 3.994/DF¹⁹⁵, contra Benedito de Lira, Arthur de Lira e Ricardo Ribeiro Pessoa. O Ministro Dias Toffoli, relator do acórdão proferido, asseverou que:

nesse contexto, a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando “adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória”. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*.

O Ministro Dias Toffoli externou, igualmente, sua posição no Inquérito nº 3.998/DF¹⁹⁶, contra Eduardo Henrique da Fonte de Albuquerque Silva, afirmando que:

na espécie, a meu ver, está ausente esse substrato probatório mínimo que autorizaria a deflagração da ação penal contra o denunciado Eduardo da Fonte, haja vista que a imputação deduzida contra o parlamentar federal se lastreia tão somente em depoimentos de colaboradores premiados

Destaca-se, também, o acórdão prolatado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no habeas corpus nº 9.8062/SP¹⁹⁷, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, que trancou a ação pena contra Luiz Rufato por ausência de justa causa, afirmando que “o instituto da colaboração premiada não consubstancia meio de prova.” E, por esse motivo, na qualidade de “mero meio de obtenção de prova”, não constitui prova idônea apta a ensejar a deflagração da ação penal.

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *INQ nº 3.994/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14602908>>. Acesso em 05 ago 2019.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *INQ nº 3.998/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14475123>>. Acesso em 05 ago 2019.

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Pext no Recurso em HC nº 98.062/PR*. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ausencia-justa-causa-schietti-tranca.pdf>>. Acesso em 05 ago 2019.

O ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Langaro Dipp¹⁹⁸, posicionou-se também nesse sentido, ao afirmar que:

a delação é apenas um instrumento de obtenção de prova. Não vale a palavra dele para condenar, muito menos para oferecer uma denúncia se for apenas na sua informação. Uma delação não tem o condão de fundamentar uma sentença judicial. Eu diria mais: não tem o condão de fundamentar sequer uma denúncia

Portanto, é de se concluir que a colaboração premiada, desprovida de elementos probatórios externos que tornem a acusação plausível, não é apta a ensejar a deflagração da *persecutio criminis* na medida em que não pode funcionar como *fumus commissi delicti*.

Assim, sendo certo que, para o recebimento da peça acusatória exige-se que as palavras do delator estejam alicerçadas, corroboradas, por elementos externos, a pergunta que se faz é: quais são esses elementos? É o que se pretende responder no próximo tópico.

3.3. Os elementos corroborativos válidos

No tópico anterior, concluiu-se que o recebimento da denúncia não pode sustentar-se apenas na colaboração premiada, de modo que se faz imprescindível a presença de elementos corroborativos externos que comprovem os fatos alegados no depoimento do delator.

Dito isso, é fundamental esclarecer quais elementos corroborativos são válidos para tanto. Do mesmo modo que o §16¹⁹⁹ do art. 4º da Lei nº 12.850/13 não estabeleceu quais são os elementos de prova necessários para corroborar o conteúdo da delação no âmbito da sentença condenatória, o mesmo questionamento se faz em relação ao momento do recebimento da peça acusatória.

Inicialmente ressalta-se que esse elemento corroborativo possui natureza de prova independente confirmatória, impondo-se o que se denomina de regra de corroboração. Essa regra de corroboração será atendida, portanto, quando houver um suporte probatório mínimo que indique uma prova que encontre estreita relação com o objeto da investigação.²⁰⁰

A regra de corroboração, dessa forma, evita que quaisquer informações possam dar origem ao recebimento de uma denúncia ou, ainda, a uma sentença condenatória. Exige-se,

¹⁹⁸ REDE BRASIL ATUAL. Dipp: *Delação não tem poder de fundamentar sequer uma denúncia*. Disponível em <<http://www.vermelho.org.br/noticia/266109-1>> Acesso em: 05 ago 2019.

¹⁹⁹ BRASIL, op cit., nota 76.

²⁰⁰ SILVA, Carlos Augusto Ribeiro. A colaboração premiada e o elemento corroborativo de prova no juízo de admissibilidade da acusação in *Ciências criminais: uma introdução* / org. Andressa Tomazini. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.p. 118.

portanto, elementos de prova que tenham relação com o fato investigado, que sejam capazes de confirmar as declarações emitidas pelo colaborador.

Nesse sentido, indaga-se se é possível que este elemento de prova consista em duas ou mais delações com conteúdos uníssonos. Ou seja, se é possível a admissão de um elemento de confirmação advindo de uma outra delação. É o que se denomina “*mutual corroboration* ou *corroboração cruzada*”.²⁰¹

A *corroboração cruzada*, nas palavras de José Carlos Porciúncula,²⁰² consiste em:

considerar as delações de um delator como prova corroborativa das declarações de outro delator, e vice-versa. Mas isso é absurdo: de fato, se as declarações do delator são vistas, pelo próprio legislador, com desconfiança e cautela, pois, repita-se, configuram elementos que provêm de fonte suspeita, como admitir que sua *corroboração* ocorra com base em elementos que ostentam a mesma natureza impura e, portanto, a mesma debilidade?

Para Badaró²⁰³, é inadmissível que o elemento extrínseco da *corroboração* seja uma outra delação premiada, sob risco de se condenar um delato inocente. O autor explica que se o próprio legislador no §16²⁰⁴ do art. 4º atribui à *colaboração* uma categoria insuficiente, não se pode admitir que se tenha por fundamento outra *colaboração* de mesma categoria inferior.

Isso significa que, se uma *colaboração* premiada ostenta natureza de meio de obtenção de prova, a qual não possui densidade probatória, não se pode admitir que ela esteja respaldada em outra *colaboração*, a qual ostenta a mesma natureza, e cuja força probatória inexistente igualmente.

Desse modo, é evidente que se a *colaboração* premiada ostenta reduzido grau de confiabilidade, na medida em que as declarações são provenientes de fonte de prova espúria, ou seja, suspeita, não é razoável que se admita que o elemento de confirmação dessas declarações seja proveniente da mesma fonte espúria.

Pode-se comparar esta situação com uma simples operação matemática: zero somado a zero é equivalente a zero. Do mesmo modo, o depoimento de um delator, sem valor absoluto, somado a outro depoimento, sem valor absoluto, equivale a um terceiro elemento, sem qualquer valor probatório.

²⁰¹ BADARÓ, op.cit. nota 157.

²⁰² PORCINÚNCULA, José Carlos. *Inconstitucionalidades e inconsistências dogmáticas do instituto da delação premiada* (art. 4º da Lei 12.850/13). Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/inconstitucionalidades-e-inconsistencias-dogmaticas-do-instituto-da-delacao-premiada-art-4-da-lei-12-850-13>>. Acesso em: 06 ago 2019.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ BRASIL, op cit., nota 76.

Caso fosse admitida a confirmação de um depoimento por meio de outro, o instituto da colaboração premiada, assim como o juízo de admissibilidade da denúncia estariam banalizados, na medida em que qualquer informação serviria como elemento confirmatório.

No campo da jurisprudência, o Ministro Celso de Mello se manifestou na Petição nº 5.700/DF, afirmando que:

O Estado não poderá utilizar-se da denominada “corroboração recíproca ou cruzada”, ou seja, não poderá impor condenação ao réu pelo fato de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador que tenha sido confirmado, tão somente, por outros delatores [...]

Do mesmo modo, o Ministro Dias Toffoli, relator do acórdão proferido nos autos do Inquérito nº 3.998/DF²⁰⁵, afirmou:

se assim é, e se o próprio legislador atribui à delação premiada em si uma categoria inferior ou insuficiente, como se pode admitir que a sua corroboração se dê com base em elementos que ostentam a mesma debilidade ou inferioridade? Assim sendo, não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma outra delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada. [...]

Sendo certo, portanto, que a prática da corroboração cruzada é rechaçada pela jurisprudência brasileira, afirma-se, do mesmo modo, que qualquer elemento que provenha do delator não poderá ser considerado como uma prova corroborativa idônea, na medida em que não ostenta a natureza de elemento probatório independente exigida, conforme já explicitado.

Elementos provenientes do delator são aqueles elaborados unilateralmente pelo mesmo, citando-se como exemplo, planilhas de contabilidade elaboradas pelo colaborador na ocasião da colaboração, anotações realizadas unilateralmente, etc.

O Ministro Ricardo Lewandowski²⁰⁶, nos autos do Inquérito nº 4.074/DF, se manifestou no sentido de que provas elaboradas unilateralmente pelo delator não são válidas, asseverando que:

com efeito, diferentemente do que ocorreu em outras oportunidades, como, por exemplo, no INQ 4.118/DF, em que apontei concretamente elementos de prova externos à esfera jurídica dos colaboradores, no presente caso, verifico que os documentos encartados nos autos (anotações, registros em agenda pessoal e planilhas de contabilidade informal) foram elaborados unilateralmente pelos próprios colaboradores, o que, evidentemente, não tem o condão de corroborar os depoimentos por eles prestados, nem conferir-lhes maior credibilidade. De fato, ao contrário do que identifiquei em outros precedentes, no caso sub judice, não verifiquei um conjunto de evidências seguro para justificar a instauração de ação penal, com as graves consequências que isso acarreta para os acusados.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *INQ nº 3.998/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14475123>>. Acesso em 05 ago 2019.

²⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *INQ nº 4.074/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748451691>>. Acesso em 06 ago 2019.

Nesse sentido, é irrefutável que esses elementos elaborados unilateralmente pelos delatores constituem provas suspeitas, não podendo ser considerados como uma autêntica prova corroborativa, devido à ausência de independência. Desta maneira, esses documentos trazidos pelo próprio delator serão sempre elementos derivados de uma fonte ilegítima, sendo, portanto, ilegítimos.

Desse modo, conclui-se que o elemento corroborativo de prova que seja apto a confirmar as afirmações proferidas pelo delator deve ter estreita pertinência com os fatos investigados, “produzindo uma sistematização lógica com o objeto da investigação, de maneira a não inaugurar uma ação penal com amparo inidôneo e, via de consequência, infligir constrangimento ilegal àquele que tem contra si uma denúncia indevidamente recebida.”²⁰⁷

Destarte, elementos baseados em outras delações, ou fatos notórios ou do cotidiano, ou por exemplo, provas abstratas sem relação com o fato investigado, como por exemplo, apresentar fotos em eventos sociais alegando-se que tratam-se de notórios aliados, ou matérias jornalísticas provenientes de pesquisas em fontes abertas como o Google, devem ser analisadas com muita cautela pelo magistrado, de modo que não devem ser admitidas.

A admissão desses elementos acarretaria em uma vulgarização do instituto, na medida em que qualquer informação serviria como elemento confirmatório das alegações proferidas pelo delator.

Portanto, esse elemento corroborativo deve ter ligação com o fato investigado. É o que se extrai, inclusive da leitura do art. 239²⁰⁸ do CPP, que ao conceituar indícios, dispõe que: “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato (...)”. Ora, o próprio dispositivo faz alusão à necessidade da relação da circunstância com o fato.

Logo, elementos desconexos com os fatos investigados, como anotações em agenda sem pertinência lógica, elementos elaborados unilateralmente pelo delator, como planilhas contábeis, não constituem elementos probatórios independentes aptos a confirmar o depoimento do delator e, por conseguinte, ensejar em deflagração de uma ação penal.

Observa-se, no entanto, que a exigência de elementos corroborativos externos não significa uma instituição de hierarquia das provas, ou uma imposição ao regime da prova tarifada. O que se pretende realizar é um controle sobre as declarações realizadas pelo delator, diante da reduzida credibilidade que se atribui a esses depoimentos. E não poderia ser

²⁰⁷ SILVA, op cit., p. 119.

²⁰⁸ BRASIL, op cit., nota 1.

diferente, na medida em que o colaborador tem por finalidade obter benefícios como redução da pena privativa de liberdade ou até mesmo o perdão judicial.

Portanto, é evidente que o elemento de corroboração deve ser externo, independente, dito de outro modo, será inválido se produzido unilateralmente pelo delator e, sobretudo, deve guardar pertinência temática com o fato investigado, sob pena de não se encontrar amparo apto à deflagração da ação penal.

CONCLUSÃO

Em meio à atual utilização do instituto da colaboração premiada como solução eficaz diante do avanço dos crimes organizados, este trabalho procurou responder acerca de um dos principais questionamentos que giram em torno desse instrumento: o seu valor probatório perante o juízo de admissibilidade da peça acusatória.

A delação premiada, muito embora seja um instrumento válido e eficaz, contém muitas ressalvas. Isso porque as declarações prestadas pelo delator possuem reduzida credibilidade, na medida em que o que o colaborador objetiva é, tão somente, a obtenção de benefícios. Desse modo, esses depoimentos devem ser analisados com extrema cautela pelo magistrado, sob pena de obter-se imputações vazias e falaciosas.

Nesse sentido, a colaboração premiada, na qualidade de meio de obtenção de prova, constitui instrumento para a colheita de documentos que, segundo o resultado de sua obtenção, poderão formar meio de prova. Logo, a colaboração premiada não se confunde com meio de prova propriamente dito.

E, em se tratando de meio de obtenção de prova, foi possível concluir que as declarações do delator, por si só, desprovidas de elementos probatórios externos que as confirmem, são incapazes de ensejar a deflagração de uma ação penal.

Isso porque, para o recebimento da peça acusatória, exige-se a chamada justa causa, que consiste em indícios de autoria e materialidade, que se traduzem em um conjunto probatório mínimo de que os fatos narrados na denúncia são verdadeiros.

Isso não significa que se exige uma cognição exauriente no momento do recebimento da peça acusatória. Não se exige um juízo de certeza acerca da culpa. Cada fase processual demanda uma carga probatória diferente, sendo evidente que no recebimento da denúncia a densidade probatória que se exige é inferior àquela exigida na sentença condenatória.

O princípio da presunção de inocência, como dever de tratamento, deve ser observado durante toda a persecução penal e, sobretudo, na deflagração da *persecutio criminis*. Esse momento é de extrema importância, tratando-se de um divisor de águas, na medida em que o início de uma ação penal representa uma afronta no *status dignitatis* do acusado, ainda que este não seja posteriormente condenado, interferindo em todos os seus direitos fundamentais e, inclusive o direito à liberdade.

Ao contrário do que alguns doutrinadores defendem, este trabalho filia-se à posição de que o princípio do *in dubio pro societate* não deve ser aplicado no recebimento da denúncia,

impondo-se, portanto, que a dúvida sempre milite em favor do réu, como decorrência da presunção de inocência.

Na denúncia, não basta que a acusação impute ao réu uma condição típica, ilícita e culpável. Tais requisitos satisfazem os aspectos formais da peça. O que se impõe é que os fatos narrados tenham um suporte probatório mínimo, sob pena de que qualquer informação falaciosa dê origem a uma ação penal.

Nesse sentido, é inadmissível que as declarações do delator, as quais ostentam condição de reduzida confiabilidade, constituam justa causa para o recebimento da peça acusatória.

E não poderia ser diferente, na medida em que, na condição de meio de obtenção de prova, o depoimento do colaborador nunca poderá ser considerado como indicio. Ao contrário, é por meio dessa colaboração é que poderão ser encontradas fontes de provas de primeiro grau, e estas sim serão capazes de influir no convencimento do magistrado de forma direta.

Portanto, as declarações prestadas pelo colaborador devem ser corroboradas por elementos probatórios externos que evidenciem um suporte probatório mínimo apto a convencer o juiz no recebimento da peça acusatória.

Deve-se observar, contudo, a regra da corroboração, evitando-se que quaisquer informações possam dar origem a uma ação penal. Não se pode admitir que uma colaboração esteja respaldada em outra, na medida em que ambas ostentam a mesma natureza ilegítima, repugnando-se o que se denomina de corroboração cruzada.

Do mesmo modo, são inadmitidos os elementos produzidos unilateralmente pelo colaborador, tendo em vista a ausência de independência e que são, igualmente, derivados de uma fonte ilegítima. Logo, o que se impõe é que este elemento corroborativo guarde pertinência com o fato investigado.

Em suma, quando o juiz homologa o acordo de colaboração premiada, não significa que o mesmo admitiu como verídicas as informações prestadas pelo delator. O que se afirma é tão somente que os aspectos formais foram atendidos. Muitas vezes essas assertivas se tratam de informações falaciosas, e é por esse motivo que se impõe uma análise cautelosa por parte do magistrado.

Diante da reduzida confiabilidade da palavra de um criminoso, essa jamais poderá, por si só, dar origem a uma *persecutio criminis*, por ausência de *fumus commissi delicti*. Essas declarações devem encontrar apoio em elementos probatórios independentes, sob pena de que sejam deflagradas ações levianas e movimentada a máquina estatal de forma injustificada.

Dessa forma, as garantias fundamentais devem ser utilizadas de modo a restringir o exercício discricionário do poder punitivo estatal. O direito penal trata-se de *ultima ratio*, sendo inadmissível que se atinja o *status dignitatis* do acusado sem um mínimo de lastro probatório que constitua justa causa apta a provocar uma ação penal contra este indivíduo.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. n. 60, v. 10, 2014.

_____. *O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13*. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=257171>>. Acesso em: 21 abr 2018.

_____. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003.

BALIARDO, Rafael. *Jurisprudência sobre corrupção pode ser flexibilizada*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-set-01/criminalistas-avaliam-mudancas-jurisprudencia-processo-mensalao>>. Acesso em: 21 abr 2018.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração processual: legalidade e valor probatório. *Boletim IBCCRIM*. no. 233, v. 20, 2012

BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 mai. 2019.

_____. *Código Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. *Código de Processo Penal Brasileiro*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. *Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. *Lei nº 9.080 de 19 de julho de 1995*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 de outubro de 1995. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/111035/lei-9080-95?ref=topic_feed>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. *Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. *Lei nº 9.613* de 3 de março de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 de março de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. *Lei nº 9.807* de 13 de julho 1999. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de julho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19807.htm. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. *Lei nº 11.343* de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____, *Projeto de Lei nº 4372/2013*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BA8F5DBEE5C618DFDEEACA83078515FD.proposicoesWebExterno1?codteor=1433188&filename=PL+4372/2016> Acesso em: 05 ago 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*. Relator Desembargadora Maria de Fátima Freitas Labarrére.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Criminal nº 5012331-04.2015.4.04.7000/PR*. Relator Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-trf4-vaccari.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 183.279/DF*, 6.ª T. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=183279&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>. Acesso em: 26 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Ação Penal nº 719*. Relator Ministro Humberto Martins. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Apn+719&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=7>> Acesso em: 26 set 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Pext no Recurso em HC nº 98.062/PR*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/ausencia-justa-causa-schietti-tranca.pdf>>. Acesso em: 05 ago 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127.483*. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4747946>>. Acesso em: 22 jul 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *INQ nº 4.074/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748451691>>. Acesso em: 06 ago 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127.483/PR*, Plenário. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em:<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA>

%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l3nlyre . Acesso em: 29 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 521*. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7688221>>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 127.483*. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4747946>> Acesso em: 22 jul 2019.

_____. *Projeto de Lei nº 4372/2013*. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BA8F5DBEE5C618DFDEEACA83078515FD.proposicoesWebExterno1?codteor=1433188&filename=PL+4372/2016> Acesso em: 05 ago 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *INQ nº 4.216/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14344167>>. Acesso em: 05 ago 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *INQ nº 3.994/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14602908>>. Acesso em: 05 ago 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *INQ nº 3.998/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14475123>>. Acesso em: 05 ago 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *INQ nº 3.998/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14475123>>. Acesso em: 05 ago 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *INQ nº 4.074/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748451691>>. Acesso em: 06 ago 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2 ED. São Paulo: Atlas, 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. *Justa causa penal constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

EBERHARDT, Marcos. *Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: YARSHEL, Flavio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.

GOMES, Luiz Flavio. Justa causa no processo penal: conceito e natureza jurídica. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. n. 6, v. 3, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As condições da ação penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, no. 69, v. 15, 2007.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada: no combate ao crime organizado*. 1.ed. São José do Rio Preto: Lemos E Cruz, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. *Manual de processo penal: volume único*. 4. ed. Re., ampl. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 156, v. 27, 2019.

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. n. 60, v. 10, 2014.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. 4. Rio de Janeiro.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. 3º ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à lei de combate ao crime organizado: Lei n.º 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

MORO, Sergio: *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa Causa para a Ação Penal - Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v 5)

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Organização Criminosa*. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Provas no Processo Penal*. 4.ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19.ed.rev.e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei n. 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 10, n. 56, out./nov. 2013.

PORCINÚNCULA, José Carlos. *Inconstitucionalidades e inconsistências dogmáticas do instituto da delação premiada (art. 4º da Lei 12.850/13)*. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/inconstitucionalidades-e-inconsistencias-dogmaticas-do-instituto-da-delacao-premiada-art-4-da-lei-12-850-13>>.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª Ed., revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

REDE BRASIL ATUAL. *Dipp: Delação não tem poder de fundamentar sequer uma denúncia*. Disponível em <http://www.vermelho.org.br/noticia/266109-1>.

SILVA, Carlos Augusto Ribeiro. A colaboração premiada e o elemento corroborativo de prova no juízo de admissibilidade da acusação in *Ciências criminais: uma introdução* / org. Andressa Tomazini. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.p. 118.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Alexandre José Garcia de. *Colaboração premiada: a necessidade de controle dos atos de negociação*. Boletim IBCCRIM. N. 290, v. 25, 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10.ed.rev.,ampl.e atual. Salvador: JusPodvm, 2015.

TRENTO, Simone. Os Standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. *Revista de Processo*. V. 226.dez,2013.

AMARAL, Augusto Jobim do. Presunção de Inocência – A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. *Boletim IBCCRIM n.281*. abr/2016

WHITMAN, James Q. *The Origins of "Reasonable Doubt"*. Faculty Scholarship Series, 2005.
Disponível em
https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=fss_papers.
Acesso em: 26 set. 2018.