

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

THAFNE TOLEDO NOGUEIRA DE CASTRO SOUZA

CONFISSÃO CRIMINAL:
ANÁLISE DA TRAJETÓRIA E VALOR PROBATÓRIO

CURITIBA
2022

THAFNE TOLEDO NOGUEIRA DE CASTRO SOUZA

Confissão criminal: análise da trajetória e valor probatório

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Direito do Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos.

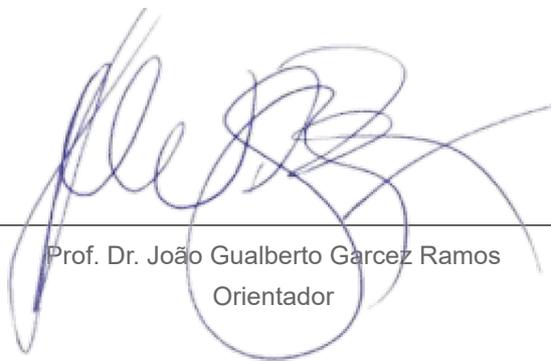
CURITIBA
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

Confissão criminal: análise da trajetória e valor probatório

THAFNE TOLEDO NOGUEIRA DE CASTRO SOUZA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

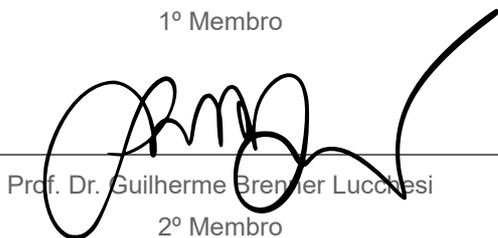


Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos
Orientador

Coorientador



Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira
1º Membro



Prof. Dr. Guilherme Brenner Lucchesi
2º Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meu Criador e Salvador, por ser a razão da minha existência.

Agradeço aos meus pais, por terem me ensinado a andar no Caminho.

Agradeço à minha cunhada e meu irmão, por serem para mim uma enorme e constante alegria.

Agradeço aos meus parentes, pelo amor e carinho.

Agradeço à minha igreja, por me auxiliar.

Agradeço aos meus amigos verdadeiros, por me mostrarem que não estou sozinha; especialmente a Victor Hugo, por quebrar a espiral do silêncio durante o transcorrer do curso.

Agradeço à Universidade Federal do Paraná, pelo conhecimento repassado. Estudar aqui foi, para mim, a realização de um sonho.

Agradeço a todos que buscam de coração puro o melhor para este País.

Idem velle, et idem nolle.

São Tomás de Aquino

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO	10
1 DOS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA	12
1.1 DO SISTEMA DA PROVA LEGAL OU TARIFADA.....	12
1.2 DO SISTEMA DA PROVA LIVRE, ÍNTIMA CONVICÇÃO OU JULGAMENTO “SECUNDUM CONSCIENTIAM”.....	15
1.3 DO SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO (MOTIVADO) OU PERSUASÃO RACIONAL.....	16
1.3.1 Da diferenciação entre as provas pré-constituídas e constituendas.....	17
1.3.2 Do art. 155, “caput”, do CPP.....	19
1.3.3 Do Princípio do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional.....	24
1.3.4 Da epistemologia como melhor método de avaliação probatória, a fim de evitar um retorno ao sistema da convicção pessoal ou íntima; bem como da atuação excepcional do legislador, para evitar um retorno ao sistema da prova legal ou tarifada.....	25
2 DO INTERROGATÓRIO DE MÉRITO	27
3 DA CONFISSÃO	30
3.1 DA CONFISSÃO COMO RAINHA DAS PROVAS.....	31
3.2 DOS ELEMENTOS.....	32
3.3 DO OBJETO.....	33
3.4 DA NATUREZA JURÍDICA.....	33
3.5 DA CLASSIFICAÇÃO.....	34

3.6 DAS CARACTERÍSTICAS.....	35
3.7 DO VALOR PROBATÓRIO.....	37
3.8 DA DELAÇÃO OU CHAMAMENTO DE CORRÉU.....	42
3.8.1 Conceito e Natureza Jurídica.....	42
3.8.2 Requisitos.....	43
3.8.3 Valor Probatório.....	44
3.8.4 Da Colaboração Premiada.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

RESUMO

Diante da crescente utilização da celebração de acordos de delação premiada, cujos efeitos impactaram sobremaneira não apenas a situação jurídica dos envolvidos, mas também os âmbitos social, econômico e político do país, este trabalho basilar analisa a trajetória, fundamentos, características, modo de procedimento, extensão, valor probatório e natureza jurídica da confissão criminal. Para tanto, analisa-se doutrinariamente os sistemas de valoração da prova e o interrogatório de mérito e, na sequência, os aspectos da confissão criminal; inclusive aqueles referentes à delação ou chamamento de corréu e à delação premiada ou colaboração processual. Por fim, conclui-se que a regulamentação da confissão criminal no ordenamento jurídico brasileiro coaduna de forma equilibrada com os direitos e garantias individuais, bem assim com o dever estatal de punir, já que não atribui à confissão o valor de prova plena, senão a sujeita à corroboração com outros elementos de prova constantes na instrução criminal.

Palavras-chave: confissão criminal, valor probatório, delação, delação premiada, colaboração processual.

ABSTRACT

Considering the increasing use of plea bargain deals, whose effects impacted beyond understanding not just the jurisdictional situation of the involved defendants, but also the national social, economic and political extents, this work on the fundamentals of confession analyzes its path, foundations, characteristics, way of proceeding, extension, probative value and judicial nature. With that in mind, this work analyzes in doctrine the proof valuation systems and the interrogatory of merit and, in sequence, the aspects of criminal confession; including those that refer to delation or defendant summoning and to plea bargain or procedural collaboration. At last, it concludes that criminal confession's regulation in the Brazilian legal system coadunates in a balanced way with individual rights and guarantees, and also with the State's duty to punish, since it doesn't attribute to confession the value of absolute proof, if not it subjects criminal confession to corroboration to other proof elements annexed in the criminal process.

Keywords: criminal confession, probative value, delation, plea bargain, state's evidence.

INTRODUÇÃO

A confissão criminal por muito tempo foi considerada como rainha das provas, durante o sistema da prova legal ou tarifada. Contudo, e felizmente, o desenvolvimento do processo criminal levou ao entendimento de que arbitrariedades podem ser cometidas a fim de obtê-la, de modo a violar os direitos fundamentais da pessoa humana e eivar o ato de vício.

Foi diante, em geral, das arbitrariedades do processo criminal, que os sistemas de valoração da prova passaram daquele da prova tarifada para o da íntima convicção do Juízo e, então, para o sistema do convencimento motivado. Já de modo específico quanto à confissão, perante a gravidade de forçar-se a obtenção da declaração de culpa, muitos sistemas processuais penais ao redor do mundo passaram a retirar seu valor de prova plena, a fim de sopesá-la somente enquanto corroborada junto às demais provas constantes no processo.

Com o crescimento exponencial no uso das delações e colaborações premiadas, que teve enormes consequências em todos os âmbitos da sociedade nacional e internacional, convinha realizar um estudo voltado às bases da confissão criminal, para entender seus fundamentos, trajetória, modo de regulamentação neste ordenamento e, principalmente, a extensão de seu valor probatório.

Assim, este trabalho objetiva fornecer um breve panorama acerca daquela que já foi considerada como rainha das provas, especificamente no tocante à delação premiada, de modo a sedimentar os fundamentos das espécies de confissão criminal.

Para tanto e sob orientação, analisou-se os principais aspectos da confissão criminal, adentrando-se então nos que dizem respeito à delação e, pontualmente, naqueles relativos à delação premiada ou colaboração processual; todas sob o viés da doutrina.

A fim de facilitar o entendimento, introduziu-se em breve apontamento os sistemas de valoração da prova e seus respectivos tratamentos da confissão criminal e, a partir de então, tratou-se das principais questões referentes a ela.

Por fim, tendo em vista o entendimento das características e extensão da confissão, procurou-se avaliar se o seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro respeita os direitos e garantias individuais, além do dever de punir estatal.

1 DOS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA

A História demonstra que existem três sistemas de valoração da prova: a) da prova legal ou tarifada; b) da íntima convicção ou do julgamento “*secundum conscientiam*”; e c) do livre convencimento (motivado) ou persuasão racional.¹

1.1 DO SISTEMA DA PROVA LEGAL OU TARIFADA

Como leciona GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, no primeiro sistema, em sua fase inicial, impendiam as ordálias ou juízos de Deus, além dos duelos, de modo que Deus seria quem revelava a prova, ao passo que o juiz seguia o resultado que dela proviesse.

Quanto ao tema, BONFIM leciona o seguinte (grifou-se):

Os ordálios ou juízos de Deus se baseavam na crença de que o ente divino intercedia no julgamento, demonstrando a inocência do acusado que conseguisse superar a prova imposta: exemplo, o acusado era submetido à prova do ferro em brasa; caso fosse inocente, acreditava-se, não se produziria queimadura. Cabia ao julgador somente a constatação do resultado final. **O julgamento, nesse caso, era, em geral, desvinculado da averiguação de quaisquer circunstâncias relativas aos fatos que constituíssem o delito imputado ao acusado.**²

O autor explana que os juízos de Deus poderiam ser ordálios unilaterais ou ordálios bilaterais. Em relação aos primeiros, que se disseminaram no século VIII e eram conhecidos do direito primitivo, ocorriam por meio de experimentos baseados

1 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-10.16. No entanto, enquanto BADARÓ, AURY LOPES JR. E GLOECKNER explicam serem três sistemas de valoração probatória, com as ordálias ou juízos de Deus na fase inicial do sistema da prova legal ou tarifada, BONFIM separa os períodos em quatro fases diferentes: a) ordálico, sendo uni ou bilaterais; b) da prova legal ou tarifada; c) da livre convicção, prova livre ou íntima convicção; e d) da persuasão racional ou convencimento motivado.

2 BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 829.

na água e no fogo, como elementos que revelariam a verdade. O suspeito, em geral, vestir-se-ia durante o julgamento de hábitos religiosos, desfazendo-se de suas próprias roupas, a fim de evitar a utilização de talismãs ou proteções mágicas. Efetuava-se uma missa, na qual seriam benzidos os instrumentos de prova e, após, ao tempo em que o público salmodiava, o acusado seria submetido à prova. Esta era praticada de quatro formas diferentes, nos séculos VIII e IX (ordálias da água fervente; do ferro vermelho; da água fria; e da cruz), conforme segue:³

[...] a) ordália da água fervente (aqua fervens): o acusado mergulhava a mão em recipiente contendo água escaldante para retirar dali um anel ou uma pedra e averiguar depois as condições de sua mão. Se ao fim de três dias a queimadura tivesse um mau aspecto, o acusado seria considerado culpado; b) ordália do ferro vermelho (ferrum candens): o acusado deveria segurar na mão um ferro incandescente e com ele caminhar nove passos; após, analisava-se a condição da queimadura para a verificação de sua inocência ou culpa; c) ordália da água fria (aqua frigida): era a mais inofensiva das provas e ao mesmo tempo a mais favorável ao acusado. Este era mergulhado com os joelhos abraçados ao peito em uma peça com água previamente benzida; se culpado, por considerar-se impuro à água benzida, seria rejeitado por esta; d) ordália da cruz (judicium crucis): vigente à época de Carlos Magno. Por ela, os envolvidos no litígio penal – um acusador e um acusado – deveriam simplesmente ficar frente a frente, em pé, e manter os braços em forma de cruz; seria considerado vencido (culpado ou mentiroso) aquele que primeiramente baixasse os braços.⁴

Já no tocante aos ordálios(as) bilaterais, que consistia por excelência no duelo judiciário, “os adversários se enfrentavam em um ‘combate singular’: entendia-se que Deus ou seus anjos ficariam ao lado do justo para o proteger, e este venceria o duelo”.⁵

Portanto, BONFIM sintetiza que o sistema ordálico (ou da prova legal ou tarifada, segundo BADARÓ) resultou de “crenças supersticiosas e desvinculadas da racionalidade e da busca pela verdade dos fatos, relacionando-se historicamente ao período da Idade Média, em especial naquelas localidades da Europa Ocidental”⁶

3 Ibid., p. 829.

4 Ibid., pp. 829-31.

5 Ibid., p. 831.

6 Ibid., p. 831.

que foram determinantes para o surgimento do direito brasileiro, onde praticamente não existia tutela estatal. Por tal razão é que o renascimento cultural e econômico, com o racionalismo e antropocentrismo da região, teria suscitado críticas ao sistema.⁷

Em fase posterior, segundo classificação de BADARÓ, predominou o sistema da prova tarifada, pois a lei determinava, antecipadamente, quais seriam os meios de prova para cada fato e seus respectivos valores probatórios.⁸

Conforme BONFIM, a mudança objetivava “evitar o autoritarismo dos juízes da época e a discrepância entre os julgamentos [...]. Nesse sistema, o juiz não tinha qualquer liberdade na apreciação da prova, que era pré-valorada na própria lei”.⁹

Assim foi que se atribuiu à confissão o maior valor probatório, “contando-se, ainda, numa escala puramente aritmética, o número de pessoas que se dispusessem a testemunhar contra ou a favor do acusado. O somatório final, única tarefa que cabia ao julgador, determinava a culpa do réu”.¹⁰ Daí que surgiram os brocardos “testis unus, testis nullus”, que exigia mais de uma testemunha para atribuir-lhe validade; bem como “quod non est in actis no est in mundo”, que vedava a consideração de elementos de prova que não constassem nos autos.¹¹

BONFIM explica o seguinte acerca de tais princípios:

Para Lessona, o princípio teve origem no procedimento bárbaro, tendo sido reforçado por máximas de direito canônico, que procuravam reduzir ao máximo o arbítrio do julgador pela codificação de regras de experiência de há muito observadas e testadas, em busca da verdade real.¹² Em resumo, neste sistema as condições de admissibilidade eram abstratamente preestabelecidas, e se aplicavam a todas as hipóteses que apresentavam aquelas características, independente de outras circunstâncias ou considerações.¹²

7 Ibid., p. 831.

8 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-10.16.

9 BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 832.

10 Ibid., p. 832.

11 Ibid., pp. 832-34.

12 Ibid., p. 834.

Sobre o sistema da prova legal ou tarifada, GLOECKNER e AURY LOPES lecionam o seguinte:

Foucault[133] sustenta que esse regime probatório encontrou eco no modelo inquisitorial, ganhando a confissão a eficácia de prova plena (rainha das provas). A ausência de pelo menos duas testemunhas implicava absolvição (*testis unus testis nullus*), em que pese a existência de pelo menos um depoente já permitir a prática da tortura no escopo de se escavar a “verdade real”. Não raro, as práticas sugestivas implicavam o reconhecimento da autoria do delito...¹³

Segundo BADARÓ, tal sistema reflete-se no ordenamento jurídico brasileiro ante a exigência de prova por instrumento público (art. 406, do Código de Processo Civil), quanto a ser defeso o uso exclusivo de prova testemunhal para adquirir benefícios previdenciários (art. 55, §3º, da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991); e de que a prova do estado das pessoas no processo penal somente se dará na forma dada pela lei civil, ou seja, em regra, por instrumento público (art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal).¹⁴

Por outro lado, AURY LOPES e GLOECKNER entendem não haver resquícios do sistema da prova tarifada no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁵

1.2 DO SISTEMA DA PROVA LIVRE, ÍNTIMA CONVICÇÃO OU JULGAMENTO “SECUNDUM CONSCIENTIAM”

No sistema da íntima convicção ou do julgamento “*secundum conscientiam*”, o julgamento ocorreria segundo o convencimento pessoal do juiz, inclusive levando em conta informações ou provas outras que obteve fora do processo ou que fossem de conhecimento privado, sem precisar fundamentar ou justificar a decisão. Tal foi o

13 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 147-48.

14 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-10.16.

15 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, loc. cit.

adotado no Código Napoleônico de 1808, estando previsto atualmente apenas no Tribunal do Júri, quando dos votos dos jurados (art. 472, CPP).¹⁶

Já nas palavras de AURY LOPES JR. E RICARDO JACOBSEN GLECKNER, “Aqui, o magistrado, emprestando o valor que entender cabível, decidirá, descabendo qualquer sorte de fundamentação a sustentar seu édito”.¹⁷

BONFIM complementa ser o sistema da prova livre totalmente oposto ao da prova legal, pois “o julgador tem total liberdade para decidir, [...] inexistindo qualquer obrigação, de sua parte, de motivar as decisões ou de expor as razões de seu julgamento”.¹⁸

1.3 DO SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO (MOTIVADO) OU PERSUASÃO RACIONAL

Já no sistema da persuasão racional ou livre convencimento (motivado), como incorporado no Código de Processo Penal (a não ser pelo Tribunal do Júri), o juiz será livre para decidir, mas deverá fazê-lo motivadamente e de acordo com as regras da lógica e experiência, sopesando somente o valor das provas presentes no processo, entre umas e outras. Logo, o convencimento do Juízo deverá ser motivado, como expresso no art. 93, IX, da Constituição Federal,¹⁹ e no art. 155 do CPP. “Trata-se de um sistema, ou método, de apreciação de provas, que visa combinar a transparência no julgamento com relativa liberdade do julgador na valoração da prova.”²⁰

Além da previsão constitucional (art. 93, IX, CF), o Código de Processo Penal também “assegura ao juiz a liberdade na apreciação da prova produzida sob a égide do contraditório, sendo-lhe vedado apoiar-se exclusivamente na prova colhida na

16 BADARÓ, loc. cit.

17 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, loc. cit.

18 BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 834.

19 BADARÓ, loc. cit.

20 BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 828.

fase de investigação”²¹, sob a ressalva das provas cautelares, provas irrepetíveis e provas antecipadas (art. 155, caput, do CPP). As provas cautelares seriam aquelas realizadas em decorrência de urgência, antes do momento oportuno; as irrepetíveis, aquelas que não poderão ser reproduzidas em Juízo; já as antecipadas, as resultantes do poder de cautela do Juízo, de ofício, ainda que antes da ação penal.²² Quanto ao tema, cabe realizar breve contextualização e aprofundamento.

1.3.1 Da diferenciação entre as provas pré-constituídas e constituídas

Segundo BADARÓ, as provas poderão ser pré-constituídas ou constituídas. Para a formação das provas pré-constituídas, não se exige o contraditório, por consistirem em “fontes reais”, como os contratos, recibos, cartas e extratos bancários juntados aos autos do inquérito policial, dentre outros. Serão passíveis de valoração no momento da sentença, sob a única condição de que sejam submetidos ao contraditório durante o processo criminal.²³ Ressalta-se que a razão para tal consiste em que elas já existiam antes da fase de produção probatória, fora do escopo dos autos. Outrossim, o autor ainda ressalta que a classificação adotada importa não em si mesma, senão porque reflete diferentes modalidades de produção do meio de prova.²⁴ E define, nos seguintes termos:

As provas pré-constituídas dizem respeito a fontes de conhecimento pré-existentes ao processo, enquanto que as constituídas são constituídas e produzidas com atos do processo.³⁶ As provas constituídas se formam no âmbito do processo, enquanto que as provas pré-constituídas existem fora do processo, em procedimentos extraprocessuais.³⁷²⁵

Já as provas constituídas, como aquelas que resultaram de fontes de provas pessoais, a exemplo das vítimas e testemunhas, vêm à tona no curso do processo e demandam a proatividade das partes e do juiz, além de tempo para a

²¹ Ibid., p. 835.

²² Ibid., p. 837.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 7 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 427.

²⁴ Id., *Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-10.7.

²⁵ Ibid., p. RB-10.7.

sua produção em contraditório e do afastamento e imparcialidade do magistrado. Por tal razão, não se poderia valorar em sentença elemento obtido no inquérito.²⁶ O autor desenvolve da seguinte forma:

Quando muito, tal depoimento poderá servir de confronto, com outro prestado em contraditório de partes perante o juiz, para, a partir de contradições e divergências de conteúdo, dar-se maior, menor ou mesmo nenhum peso, por falta de credibilidade do depoente, ao conteúdo do depoimento. Jamais, porém, se poderá optar por uma cômoda aceitação da versão proferida inquisitorialmente no inquérito, ao invés do depoimento de conteúdo diverso do prestado em contraditório de partes. Seria ignorar totalmente o potencial heurístico do contraditório, enquanto mecanismo dialético de verificação da resistência de uma tese a hipóteses conflitantes.²⁷

Assim, o autor entende ser essencial a diferenciação entre provas pré-constituídas e constituendas para a interpretação da primeira parte do artigo 155, “caput”, do CPP²⁸. “A toda evidência, lex dixi plus quam voluit”.²⁹ BADARÓ explica que o legislador omitiu-se no dispositivo, pois deixou de indicar, haja vista os diferentes regimes de aplicação do contraditório nos meios de prova decorrentes de fontes reais, que a possibilidade de o Juízo analisar as provas colhidas na investigação, sob condição de submetê-las ao contraditório judicial, seria restrita às provas pré-constituídas, e não constituendas.³⁰ Afinal, o contraditório nas provas constituendas consiste em um de seus pré-requisitos.

1.3.2 Do art. 155, “caput”, do CPP

Nesse sentido, BADARÓ detalha que o CPP não proíbe a valoração dos elementos colhidos no inquérito policial, tampouco determinaria a sua exclusão física do feito após instauração do processo criminal. A restrição do art. 155, CPP, versaria

²⁶ Ibid., p. RB-10.7.

²⁷ BADARÓ, op. cit., p. 427.

²⁸ “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)”

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 7 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 427.

³⁰ Ibid., p. 427.

tão somente na impossibilidade de o juiz formar convicção exclusivamente nos elementos de informação do inquérito policial. “Não se trata, pois, de regra de exclusão absoluta, mas de limite legal à valoração, como uma espécie de prova legal negativa. O legislador estabelece a insuficiência probatória do inquérito para, isoladamente, fundamentar uma condenação penal”.³¹

No mesmo sentido, expõe FERNANDES:

A propósito, cumpre registrar que, com a recente reforma do Código de Processo Penal, quanto à disciplina da prova, veiculada pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, dando nova redação ao art. 155 do CPP, ficou claro que há diversidade conceitual entre o que constitui prova – ou seja, dado resultante de instrução realizada com imediação e pleno contraditório das partes – e elemento de convicção, obtido por meio do inquérito policial, desde que existam também, para corroborá-las, provas produzidas em contraditório judicial. Nesse sentido, assevera Antonio Magalhães Gomes Filho [...]³²

Em relação ao disposto no art. 155, “caput”, CPP, BONFIM também destaca a vedação de que o Juízo atribua valor de prova com base somente em dados informativos colhidos na investigação; sendo-lhe permitida a valoração de tais informações apenas se a análise for realizada em conjunto com os elementos de prova, ou seja, aqueles produzidos em contraditório.³³

Ainda, BADARÓ leciona que se permite interpretar a exclusividade citada no artigo 155, “caput”, do CPP, de duas maneiras: a) pela possibilidade de valoração dos elementos de informação do inquérito policial que, ainda que em corroboração, seria inconstitucional por ofensa ao contraditório e incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê o direito ao confronto da prova resultante de fonte oral; e b) pelo não reconhecimento de inconstitucionalidade ou

31 Ibid., p. 428.

32 FERNANDES, Antonio Scarance (Coord.); ALMEIDA, José Raul Gavião de (Coord.); MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). Provas no processo penal: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, *E-book*, p. 99.

33 BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 835.

incompatibilidade convencional da norma, mas tão somente exegese conforme a Constituição e, conseqüentemente, restritiva da regra.³⁴

BADARÓ leciona que prevalece a segunda vertente, ou seja, de que os elementos informativos colhidos em inquérito policial poderão ser valorados em sentença condenatória, desde que corroborados por provas provenientes do contraditório judicial, o que já era entendimento da jurisprudência antes da Reforma de 2008 do CPP. No entanto, nessa hipótese, o valor probatório dos elementos de informação policial seria praticamente prescindível, pois o que habilitaria a valoração daqueles seriam as provas judiciais. Tal disparidade faz necessário que se estabeleça o sentido da corroboração prevista no art. 155, “caput”, do CPP.³⁵

Em primeiro lugar, o doutrinador ressalta que a exigência da corroboração sobrevém apenas diante de fonte pessoal de prova, ou seja, depoimentos de testemunhas ou declarações do ofendido no inquérito policial. Em segundo lugar, dever-se-ia interpretar a restrição de maneira substancial e não formal. Por exemplo, se as declarações no inquérito divergirem daquelas prestadas judicialmente, o convencimento no julgamento não poderá considerar provadas as alegações dadas na fase preliminar, desconsiderando o conteúdo do depoimento judicial. Isto, pois a regra processual pressupõe determinada acessoriedade dos elementos do inquérito diante das provas judiciais. Em terceiro, a corroboração acontece entre elementos compatíveis entre si, isto é, referem-se ao mesmo fato. Se a declaração da testemunha em inquérito acerca da autoria for corroborada pelo depoimento judicial do ofendido em relação ao autor do crime, ocorreu a corroboração. Em suma, essa tem por “objeto uma mesma afirmação sobre fato juridicamente relevante para a decisão da causa, independentemente de ser o mesmo tipo de prova, ou a mesma fonte de prova”.³⁶

Excetuam-se de tal rol as provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis, para os quais não se faz necessária a corroboração em Juízo para fundamentar decreto condenatório. Em resumo, BADARÓ explica o seguinte:

34 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 7 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 428.

35 *Ibid.*, p. 429.

36 *Ibid.*, p. 430.

Em linhas gerais, a “**prova**” **irrepetível** não é produzida nem submetida ao contraditório; a **prova cautelar** é produzida sem observância do contraditório, normalmente durante o inquérito policial, sendo posteriormente apenas submetida a contraditório judicial; as **provas antecipadas**, são produzidas em juízo, com contraditório antecipado, ainda que se esteja na fase do inquérito policial.³⁷

No caso das provas irrepetíveis, o contraditório está impossibilitado, devido a fatores externos sobre a fonte de prova, que podem estar relacionados a causas naturais, como a morte da testemunha; ou a comportamento ilícito do acusado ou de terceiro, a exemplos de violência, ameaça, suborno e até assassinato do depoente.³⁸

A irrepetibilidade da prova caracteriza-se, segundo posicionamento majoritário, quando presentes fatores imprevisíveis para sua obtenção, de modo a obstar a repetibilidade do ato. Tal diferenciação importa, pois, caso o fator externo seja esperado, como a morte de testemunha enferma, dever-se-á “produzir antecipadamente a prova, em juízo e em procedimento contraditório, nos termos do art. 225 do CPP”.³⁹ BADARÓ complementa do seguinte modo:

Assim, [...] seria admissível a valoração do depoimento de uma testemunha, ou seja, de uma prova constituenda, obtido em inquérito policial e, portanto, sem contraditório de partes, que quando prestou seu depoimento fosse jovem e saudável, mas vitimada por um acidente de carro, veio a falecer.⁴⁰

Em relação à prova cautelar, o autor leciona que “A urgência na obtenção ou exame do elemento probatório faz com que não se possa instaurar um contraditório contemporâneo a sua produção. A produção de uma prova em contraditório demanda tempo que, nesse caso, é inimigo da urgência”.⁴¹

Exemplo clássico consistiria em prova pericial incidente sobre elemento, pessoa ou coisa, que pode deteriorar-se com o tempo, ou suas características, como

37 Ibid., p. 431.

38 Ibid., p. 431.

39 Ibid., pp. 431-32.

40 Ibid., p. 432.

41 Ibid., p. 431.

os exames necroscópicos ou perícias de lesões corporais. A urgência também pode relacionar-se aos meios de obtenção de prova que precisam do elemento surpresa para a colheita adequada, como as interceptações telefônicas ou buscas e apreensões, pois o contraditório impediria o sucesso dos meios de obtenção de prova. De todo modo, BADARÓ ressalva que a urgência não está necessariamente atrelada aos meios de obtenção de prova, pois no afastamento do sigilo bancário ou fiscal, por exemplo, os dados estão armazenados com terceiros, de modo que o investigado não pode acessá-los para, eventualmente, alterá-los. Portanto, sua produção deverá ocorrer em contraditório.⁴²

Quanto às provas antecipadas, “a urgência em sua realização decorre do risco conhecido e previsível de perecimento da fonte de prova ou mesmo da grande dificuldade em produzi-lo no momento procedimental adequado”.⁴³ Referem-se a situações como uma testemunha presencial de crime muito idosa ou acometida de doença grave e irreversível, ou vítima de crime contra a vida que apresente risco de morte, dentre outros. Assim, não se afigura razoável esperar o término da investigação e o momento da audiência de instrução e julgamento, sob a previsível possibilidade de perder a fonte de prova, para colher as relevantes informações sobre o delito.⁴⁴

O autor aprofunda que o grau de restrição do contraditório, relativamente às provas antecipadas, será variado. Quanto mais inicial for a investigação, maior será o prejuízo para a defesa, principalmente se os fatos ainda não estiverem delimitados, como pode ocorrer no inquérito policial. Contudo, “pouco prejuízo ocorrerá, se tal antecipação já se der no curso do processo, com denúncia já oferecida. Isso porque, neste caso, já se sabe quem é o acusado e o fato sobre o qual terá que se defender”.⁴⁵ Não obstante, ainda que antecipadamente em razão dos riscos envolvidos quanto ao perecimento da fonte de prova, possibilita-se o contraditório no momento de sua produção.⁴⁶

42 Ibid., p. 431.

43 Ibid., p. 432.

44 Ibid., p. 432.

45 Ibid., p. 432.

46 Ibid., p. 432.

BADARÓ assinala, portanto, que a valoração probatória da prova irrepetível tende a ser a mais delicada e com menor potencial epistemológico, já que não ocorre o contraditório de nenhuma forma, seja antecipado, no momento normal ou quando diferido. Como exemplo, elenca a possibilidade de condenação de um acusado motivado somente por depoimento prestado em inquérito policial de testemunha que não possa confirmar suas declarações em Juízo, por haver falecido.

O autor, assim, adverte que seria razoável questionar a regra do art. 155, “caput”, CPP, que admite a valoração das provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas como único elemento formador de convicção em sentença condenatória, sob pena de violação da garantia do art. 8.2.f da CADH⁴⁷, que dispõe o seguinte:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

Logo, BADARÓ instrui que a melhor solução seria acolher aquela intermediária, tendência na Corte Europeia de Direitos Humanos, que entende pela incompatibilidade com o “art. 6.3.d da Convenção Europeia de Direitos Humanos uma condenação penal fundada exclusivamente ou de forma preponderante em depoimentos prestados antes da fase judicial, sem observância do contraditório”.⁴⁸

Portanto, o autor conclui que as provas cautelares e antecipadas, se produzidas na fase preliminar do inquérito policial, poderão consistir na única prova valorada em Juízo na hipótese de sentença condenatória, já que foram submetidas a contraditório, mesmo que em grau restringido. No entanto, considerando que as provas irrepetíveis não se submetem ao contraditório em momento algum e, por tal razão, detêm baixíssimo potencial heurístico, não seriam aptas para fundamentar condenação criminal, “mesmo diante da exceção da parte final do art. 155, caput, do

47 Ibid., p. 433.

48 Ibid., p. 433.

CPP, [...] sob pena de violar o art. 8.2.f da Convenção Americana de Direitos Humanos”.⁴⁹

1.3.3 Do Princípio do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional

Assim, no sistema da persuasão racional, o “juiz formará livremente a sua convicção, apreciando o conjunto probatório e valorando racionalmente os elementos de prova independentemente de qualquer tarifação legal. Deve, no entanto, fundamentar as suas decisões”⁵⁰, com base nos elementos constantes no processo.

Sobre o tema, AURY LOPES e GLOECKNER explanam o seguinte:

Nesse contexto, a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado.

Como define Ibáñez[138], o *ius dicere* em matéria de direito punitivo deve ser uma aplicação/explicação: um exercício de poder fundado em um saber consistente por demonstradamente bem adquirido. Essa qualidade na aquisição do saber é condição essencial para a legitimidade do atuar jurisdicional.⁵¹

Por sua vez, BONFIM explica o seguinte acerca do princípio do livre convencimento motivado:

É, conforme já dito, regra que visa concretizar na prática dos atos processuais a garantia do contraditório. Por meio da motivação, o juiz consubstancia em linguagem o processo dialético que redundará na decisão, conciliando os argumentos contrários das partes em um arrazoado único.

Em nosso sistema não existe hierarquia de provas, ou seja, não há, a priori, a determinação de meios de prova mais ou menos

49 Ibid., p. 433.

50 BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 834.

51 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen . Investigação Preliminar no Processo Penal. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, *Ebook*, p. 150.

relevantes para a resolução das questões controvertidas. É o julgador que, em face das circunstâncias de cada caso que se lhe apresenta, determinará os elementos que servirão de fundamento para suas decisões.⁵²

O objetivo do livre convencimento motivado do juiz ou do princípio da persuasão racional, segundo AURY LOPES JR. E GLOECKNER, “é dotar os mecanismos de controle judicial de maior rigor sobre a irracionalidade da decisão. Entretanto esse princípio, por si só, não garante a ausência de manipulação, [...] nada garante que o juiz primeiro decida para depois fundamentar”.⁵³

BONFIM conclui o seguinte sobre o sistema da persuasão racional:

*O sistema da persuasão racional é uma maneira de garantir flexibilidade aos julgamentos, evitando situações manifestamente injustas ensejadas pela adoção cega do sistema da prova legal, sem, por outro lado, recair no excessivo arbítrio concedido aos juízes pelo sistema do livre convencimento absoluto, permitindo um controle objetivo sobre a legalidade das decisões.*⁵⁴

1.3.4 Da epistemologia como melhor método de avaliação probatória, a fim de evitar um retorno ao sistema da convicção pessoal ou íntima; bem como da atuação excepcional do legislador, para evitar um retorno ao sistema da prova legal ou tarifada

Por seu turno, BADARÓ releva quanto às modificações pelas quais teria passado o sistema do livre convencimento judicial:

[...] Do ponto de vista histórico, o livre convencimento sofreu uma grande mutação, que o transformou de uma garantia de liberdade, em um instrumento de arbítrio.

O livre convencimento não era um critério positivo de decisão sobre a verdade, mas um critério alternativo à prova legal, que pré-estabelecia o que era suficiente e necessário para determinar a condenação e a pena (por isso positivo). Todavia, como lembra Ferrajoli, na cultura pós-iluminista, o livre convencimento que era só

52 BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 825-26.

53 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen . Investigação Preliminar no Processo Penal. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, Ebook, p. 148.

54 BONFIM, op. cit., p. 837.

um princípio negativo, e acabou se transformando, em um critério discricionário de valoração da prova, sendo “uma das páginas politicamente mais amargas intelectualmente mais deprimente da história das instituições penais”.

Num sistema em que a prova se destina apenas a convencer o julgador, o juiz torna-se um sujeito privilegiado, e o resultado do processo quanto ao juízo de fato decorre apenas de uma verdade intimamente atingida, quase que em um ato de autorrevelação, o que caracteriza, segundo Carrara, uma “convicção autocrática”.¹¹⁵ A certeza judicial pode ser um mero “estado de ânimo”, formado a partir da impressão que cada meio de prova produz no espírito do juiz, mas decorrer de uma atividade racional, que permita ao juiz escolher, entre enunciados fáticos diversos, qual é preferível a outro, com base no conjunto de provas que dê suporte a cada um deles.

Nesta linha de buscar conter os abusos do livre convencimento e, principalmente, para garantir o princípio do contraditório enquanto elementos formadores da prova judicial, é que deve ser lido o caput do art. 155 do CPP, que determina que o “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.⁵⁵

O autor destaca que a liberdade de convencimento do Juízo não o autoriza a decidir conforme o sistema do convencimento pessoal ou íntimo, pois, como teria ensinado Ferrajoli, uma das condições de efetividade da epistemologia garantista seria o cognitivismo processual na determinação do fato criminoso, mediante o princípio da estrita jurisdicionalidade, que teria como dois pressupostos a *verificabilidade* ou *falsificabilidade* das hipóteses acusatórias, com natureza declarativa; bem como a *prova empírica*, que seria o procedimento que demonstraria a verificabilidade ou falsificabilidade (refutação) da acusação.⁵⁶ “Tudo isso só faz sentido se a prova for valorada racionalmente, segundo padrões aceitos e acessíveis a um padrão comum de conhecimento, que possa ser intersubjetivamente controlável.”⁵⁷

Logo, BADARÓ anuncia não ser o legislador, mas a epistemologia, a responsável por apontar o melhor método de valoração probatória, de modo que aquele estabeleceria restrições ao livre convencimento apenas em caráter excepcional, a fim de resguardar valores superiores, como da presunção de inocência.

55 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-10.16.

56 Ibid., p. RB-10.16.

57 Ibid., p. RB-10.16.

Como exemplos, aponta que a exigibilidade do exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios (art. 158, CPP) decorre do reconhecimento de que, “sendo possível a produção de uma prova com melhor idoneidade e potencial cognitivo (a perícia), não se pode aceitar uma prova menos qualificada (a confissão)”⁵⁸; assim também no caso do §16 do art. 4º da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013⁵⁹, segundo o qual medidas cautelares reais ou pessoais, recebimento de denúncia ou queixa-crime e sentença condenatória não poderão ser decretados com base, exclusivamente, nas declarações do colaborador.

Portanto, as limitações impostas pelo legislador de modo excepcional no sistema do livre convencimento do juiz não seriam aptas a produzir um retorno ao sistema da prova legal ou tarifada, como na Idade Média, quando a lei estabelecia, em caráter positivo, qual o valor probatório necessário para cada fato. Tão somente, elas determinam, em caráter negativo, não o que seria exigível para a condenação, senão o que não poderia ser considerado, isoladamente, para efeito de condenação, recebimento de denúncia ou queixa-crime e decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, em atenção à presunção de inocência.⁶⁰

2 DO INTERROGATÓRIO DE MÉRITO

JOÃO GUALBERTO instrui que “a natureza jurídica do interrogatório do acusado é questão das mais controvertidas na doutrina processual penal”⁶¹, pois o Código de Processo Penal não responderia a questão diretamente, apesar de fornecer pistas para tal. Uma delas consistiria em situar-se no capítulo destinado às provas; outra, ao justificar, a Exposição de Motivos, a regra do artigo 260, CPP. Para além de tais apontamentos, constitui tarefa doutrinária perquirir em relação à natureza do interrogatório de mérito.⁶² A este respeito, o autor prossegue da seguinte maneira:

58 Ibid., p. RB-10.16.

59 Ibid., p. RB-10.16.

60 Ibid., p. RB-10.16.

61 RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência Processual Penal: Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 300.

62 Ibid., p. 300.

De um lado, posicionam-se os que consideram o interrogatório como um *meio de defesa*, oportunidade que a lei processual defere ao acusado a possibilidade de defender-se diretamente. Lecionam nesse sentido *Faria, Romeiro, Viana e Tourinho Filho*.

De outro, há os que negam, pura e simplesmente, o caráter de meio de defesa ao interrogatório, afirmando ter ele apenas a natureza de meio ou ato de prova. Assim *Campos Barros, Tornaghi, Lauria Tucci, Nogueira, Teixeira de Azevedo, Camargo Aranha* e, com posição crítica, *Grinover*. *Gonçalves da Costa* afirma que, em Portugal, essa é a posição de *Barreiros*.

Por fim, há os que, com nuances diversas, aceitam ambos os caracteres.⁶³

FERNANDES elenca três posições doutrinárias acerca da natureza do interrogatório: meio de prova; meio de defesa; e meio de defesa e de prova. “Prevalece, claramente, a ideia de que é meio de defesa. Por isso mesmo, após as reformas de 2008, o interrogatório é feito depois de serem ouvidas as testemunhas”.⁶⁴

Como mencionado, acerca do interrogatório, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO leciona que, apesar de constar no topo do capítulo das provas no Código de Processo Penal, aquele constitui-se em meio de defesa, e não de prova, pois o réu apenas responderá às perguntas que lhe forem feitas se assim desejar, ainda que formuladas por parte do juiz, conforme o direito ao silêncio, consagrado no art. 5º, LXIII, CF. Ainda, que, uma vez ausente lei que obrigue a confissão de práticas criminosas, de acordo como art. 5º, II, CF (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), o réu não precisa produzir prova contra si mesmo. Ademais, desde que o Brasil subscreveu e ratificou o Pacto de São José da Costa Rica, em 25/09/1992, que entrou em vigor com o Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992, determinou-se que todos os acusados de delitos têm direito a diversas garantias mínimas, dentre as quais, o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”

63 Ibid., p. 300.

64 FERNANDES, Antonio Scarance (Coord.); ALMEIDA, José Raul Gavião de (Coord.); MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). Provas no processo penal: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, *E-book*, p. 36.

(art. 8º, n. 2, alínea “g”), o que foi elevado à categoria de direito fundamental, ante o disposto no art. 5º, §2º, da Constituição.⁶⁵

O autor recorda também a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “[...] Convém enfatizar nesse ponto que, ‘embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois [...] a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação’”.⁶⁶ Muito menos poder-se-ia considerar como prova declaração do réu obtida mediante tortura. De tal assunção, assim como do princípio constitucional da ampla defesa (art. 185, §5º, CPP), decorre o direito de o réu entrevistar-se reservadamente com seu defensor antes da realização do ato, bem como tê-lo presente quando efetuado.⁶⁷

Outrossim, a ausência de interrogatório pode ser causa de nulidade processual. Tais garantias adviriam do direito de silenciar sem que a autoridade possa extrair desse ato qualquer indício de culpa (art. 5º, LXIII, CF), ante o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e da legalidade (art. 5º, II, CF), que demonstram que o interrogatório constituir-se-ia, portanto, em meio de defesa, e não de prova.⁶⁸

A respeito da faculdade de o réu de não responder, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO prossegue⁶⁹: “No Direito medieval, se o imputado não respondia às perguntas, era torturado, sendo, por conseguinte, obrigado a falar. Atualmente vigora o princípio do ‘nemo tenetur se detegere’, isto é, de que ninguém é obrigado a acusar-se”. Para tal, o autor ainda invocou a Emenda n. V da Constituição norte-americana, bem como o art. 186, “caput”, e parágrafo único, do CPP.⁷⁰

65 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 603-10.

66 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo STF: 24 a 28 de agosto de 1998, Brasília, ano 120.

67 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 603-10.

68 Ibid., pp. 603-10.

69 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 611.

70 “Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Por seu turno, FERNANDO CAPEZ complementa que, logo após a fase de identificação e antes do interrogatório de mérito, o juiz deverá “cientificar o réu da acusação que lhe é dirigida, o que, em outras palavras, significa dar-lhe conta dos elementos probatórios até então coligidos, possibilitando-lhe, assim, o correto desempenho da sua autodefesa”.⁷¹ Na sequência, proceder-se-á o juiz ao questionamento do réu de acordo com as questões contidas no art. 187, §2º, do CPP.

3 DA CONFISSÃO

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO define a confissão do seguinte modo:

É o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade. [...] Houve tempo em que a confissão era considerada a rainha das provas, porque ninguém melhor do que o acusado pode saber se é ou não culpado. Tão importante era ela, que se torturava o pretense culpado para arrancar-lhe o reconhecimento de sua culpabilidade. E, muitas vezes, a tortura era pior que a pena cominada à infração, o que levava o indivíduo, mesmo inocente, a confessar sua pretensa culpa. A experiência tem demonstrado que à confissão não se pode nem se deve atribuir absoluto valor probatório.⁷²

Para FERNANDO CAPEZ, a confissão consiste e tem como motivos determinantes os seguintes:

É a aceitação pelo réu da acusação que lhe é dirigida em um processo penal. É a declaração voluntária, feita por um imputável, a respeito de fato pessoal e próprio, desfavorável e suscetível de renúncia.

Quanto aos fatores determinantes, destacam-se o remorso, a possibilidade de abrandar o castigo, a religião, a vaidade, a obtenção

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)”

71 CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*, p. 861.

72 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 618.

de certa vantagem, o altruísmo (representado pelo amor fraterno, paterno etc.), o medo físico, o prazer da recordação etc.⁷³

Já para GUSTAVO BADARÓ, confessar, no processo penal, seria “admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso”.⁷⁴

3.1 DA CONFISSÃO COMO RAINHA DAS PROVAS

AURY LOPES JR., ao lecionar a respeito das diferenças dos sistemas inquisitório, acusatório e misto, explica da seguinte forma quanto ao papel da confissão durante a Inquisição, quando do sistema de valoração de provas legal ou tarifada, quando era considerada como rainha das provas:

O *Directorium Inquisitorum* (Manual dos inquisidores), do catalão Nicolau Eymerich, relata o modelo inquisitório do direito canônico, que influenciou definitivamente o processo penal: o processo poderia começar mediante uma acusação informal, denúncia (de um particular) ou por meio da investigação geral ou especial levada a cabo pelo inquisidor. Era suficiente um rumor para que a investigação tivesse lugar e com ela seus particulares métodos de averiguação. A prisão era uma regra porque assim o inquisidor tinha à sua disposição o acusado para torturá-lo²⁸¹ até obter a confissão. Bastavam dois testemunhos para comprovar o rumor e originar o processo e sustentar a posterior condenação. As divergências entre duas pessoas levavam ao rumor e autorizava a investigação. Uma única testemunha já autorizava a tortura.

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão

73 CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*, p. 863.

74 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-10.42.

é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema.

A confissão era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada, nenhuma prova valia mais que a confissão. O inquisidor Eymerich fala da total inutilidade da defesa, pois, se o acusado confirmava a acusação, não havia necessidade de advogado. Ademais, a função do advogado era fazer com que o acusado confessasse logo e se arrependesse do erro, para que a pena fosse imediatamente aplicada e iniciada a execução.

Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas.

A inexistência da coisa julgada era característica do sistema inquisitório. Eymerich alertava que o bom inquisidor deveria ter muita cautela para não declarar na sentença de absolvição que o acusado era inocente, mas apenas esclarecer que nada foi legitimamente provado contra ele. Dessa forma, mantinha-se o absolvido ao alcance da Inquisição e o caso poderia ser reaberto mais tarde pelo tribunal, para punir o acusado sem o entrave do trânsito em julgado.

Esse sistema inquisitório predominou até finais do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa²⁸², os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiam no processo penal, removendo paulatinamente as notas características do modelo inquisitivo. Coincide com a adoção dos Júris Populares, e se inicia a lenta transição para o sistema misto, que se estende até os dias de hoje.⁷⁵

3.2 DOS ELEMENTOS

Para BADARÓ, constituem elementos da confissão: a) a declaração formal e expressa, pois os direitos discutidos na esfera penal são indisponíveis, razão pela qual é defesa, no processo penal, a confissão ficta, assim admitida no processo civil; b) a voluntariedade, ou seja, ausência de vício ou coação, como ocorre nos “soros da verdade, hipnose, “lie detectors”, dentre outros - “Não é por outro motivo que

75 LOPES JR., Aury. Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, *Ebook*, pps. 384-87.

Denti afirma que não há diferença entre as razões de vetar o uso do lie detector e da tortura,²⁵³ sendo ambos meios coercitivos similares do ponto de vista da violação dos direitos fundamentais⁷⁶; e c) pessoalidade, já que deverá ser proferida pelo próprio confitente, e não terceira pessoa, sendo defesa, neste ponto, a atuação de procurador ou preposto.⁷⁷

3.3 DO OBJETO

BADARÓ ensina que o objeto da confissão consiste na *autoria delitiva*; porém, também são cabíveis em tal determinação o *próprio fato em si* e o *elemento subjetivo do tipo*. Será o caso de confessar acerca do fato em si na hipótese de o acusado realizar uma narrativa pormenorizada a seu respeito, com as suas situações peculiares, modo de execução, motivo, condições de tempo e lugar, ou seja, quanto às circunstâncias e qualificadoras do crime. O investigado, por outro lado, confessará sobre o elemento subjetivo do delito se, por exemplo, disser que atirou por ter a intenção de matar. Não obstante, não importa relevância probatória a confissão relativa à materialidade delitiva nos crimes que deixam vestígios, haja vista o disposto no art. 158, do CPP.⁷⁸

3.4 DA NATUREZA JURÍDICA

Segundo BADARÓ, apesar de o CPP considerar a confissão um meio de prova, ela consistiria, diferentemente, no resultado eventual do interrogatório, como expõe da seguinte forma:

A confissão é o resultado de uma declaração de vontade que deve ser formalizada, podendo ser realizada dentro ou fora do processo. Assim, a confissão extrajudicial deverá ser retratada em

⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-10.42.

⁷⁷ Ibid., p. RB-10.42.

⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *Ebook*, p. RB-10.42.

algum documento e será este documento o meio de prova produzido no processo, e não a própria confissão. Já a confissão judicial ocorre no interrogatório, não sendo, portanto, um meio de prova, mas o resultado eventual do interrogatório. Neste caso, o meio de prova, para aqueles que assim o consideram, será o próprio interrogatório.⁷⁹

Se realizada durante o interrogatório, CAPEZ salienta ainda que a confissão terá a função de alterar a natureza jurídica do ato de defesa para, exclusivamente, meio de prova⁸⁰, caso os demais elementos probatórios indiquem a veracidade da confissão.

3.5 DA CLASSIFICAÇÃO

Segundo TOURINHO FILHO, a confissão poderá ser explícita ou implícita; simples ou qualificada; judicial ou extrajudicial⁸¹. Para FERNANDO CAPEZ, além de tais categorias, poderá ser ainda complexa, “quando o confitente reconhece, de forma simples, várias imputações”.⁸²

Por outro lado, BADARÓ, quanto ao objeto, distingue-a em a) simples, se o confitente apenas atribuir a prática criminosa a si mesmo; b) complexa, se o fizer, mas em relação a várias imputações; e c) qualificada, caso confesse a infração, mas contrapondo fato que lhe beneficie, como uma excludente de ilicitude, de culpabilidade ou eximente da pena.⁸³

Em relação à forma, anui que poderá ser judicial, se prestada perante o juiz diante de acusação específica, seja no interrogatório ou tomada por termo nos autos (art. 199, CPP); ou extrajudicial, ou seja, não ofertada em Juízo, como em inquérito

79 Ibid., p., RB-10.43.

80 CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*, pp. 867-869.

81 Será explícita se dessa forma o fizer o confitente, mas implícita, se esse buscar ressarcir o ofendido pelos prejuízos decorrentes da infração. Poderá ser simples, se o confitente reconhecer ser o autor da infração, ou qualificada, se, além disso, arguir excludentes do crime ou circunstâncias de isenção da pena. Judicial, se efetuada em Juízo, e extrajudicial, em caso contrário.

82 CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*, p. 865.

83 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *Ebook*, p. RB-10.44.

policial, outros processos administrativos, sindicância, dentre outros. Dessa forma, não consistirá em confissão, mas em documento. O autor complementa que a “chamada confissão extrajudicial verbal, ouvida e reproduzida por um terceiro não é confissão, e sim testemunho de alguém sobre o que lhe teria dito o acusado”.⁸⁴

3.6 DAS CARACTERÍSTICAS

Deverá ser espontânea, o que será perscrutado pelo Juiz, sob pena de inexistir mínima garantia de veracidade da afirmação.⁸⁵

CAPEZ relembra que “A confissão não produzirá efeitos se a vontade do agente ao confessar estiver viciada a ponto de não poder produzir seus efeitos como ato jurídico”⁸⁶, além de o autor destacar que a negação do fato praticado não constitui retratação, haja vista que essa pressupõe ciência da confissão anteriormente realizada⁸⁷.

A confissão também é divisível, pois poder-se-á considerar parte dela como sincera e outra não (art. 200, CPP).⁸⁸ BADARÓ leciona o seguinte a esse respeito:

A divisibilidade da confissão liga-se diretamente à confissão qualificada. É possível a divisão da confissão qualificada, desde que a parte do fato que foi confessada e aceita na sentença (por exemplo, autoria) seja confirmada pelas provas, e a parte que não foi aceita (por exemplo, a legítima defesa) não encontre amparo na prova dos autos.⁸⁹

Por seu turno, CAPEZ exemplifica o seguinte:

84 Ibid., p. RB-10.44.

85 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 620.

86 CAPEZ, op. cit., p. 867.

87 Ibid., p. 867.

88 Um dos exemplos de confissão divisível consiste em o acusado confessar a prática de homicídio sob legítima defesa. O juiz poderá, considerando as demais provas constantes no processo, entender pela autoria do homicídio por parte do investigado, mas não acolher a alegação de excludente de ilicitude.

89 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *Ebook*, p. RB-10.45.

Se o acusado confessa haver praticado um homicídio, e, ao mesmo tempo, alega que o perpetrou em legítima defesa, é óbvio que, se outros elementos existentes nos autos realçarem a veracidade da palavra do confitente, no sentido de ter sido ele o autor do homicídio, o magistrado acolherá a confissão, por ser compatível com tais elementos.⁹⁰

Além disso, é retratável, pois, “sendo a confissão ato de vontade do acusado, ele poderá se retratar da confissão”.⁹¹ Contudo, apesar disso, o valor da retratação é relativo, já que o Juiz poderá convencer-se de sua sinceridade ou não, com base nas demais provas presentes no processo.

BADARÓ comunica haver duas posições acerca da retratabilidade da confissão: a) só caberia nos casos em que o acusado confessou mediante vício de vontade, como tortura ou coação; ou b) seria livre, uma vez que inexisteriam direitos adquiridos da acusação sobre as declarações do acusado.⁹²

Para o autor, tal discussão sobrepõe-se especialmente nas hipóteses de confissão extrajudicial, como quando o acusado confessa a prática criminosa em inquérito policial, mas nega a declaração em Juízo. BADARÓ explica que, nesse caso, a primeira vertente, de que a confissão será retratável apenas diante de vícios de vontade, equivoca-se porque confunde retratação com anulabilidade do ato.⁹³ Isto em razão do seguinte:

Os atos realizados com vícios de vontade são passíveis de ser anulados. Já a retratação é um ato potestativo, em que se confere ao titular de tal poder, mediante simples declaração de vontade, retirar a eficácia jurídica de ato anterior, por simples manifestação vontade, independentemente de qualquer vício.⁹⁴

BADARÓ também ressalta que a retratação pode ser parcial, como quando o investigado mantém a confissão da autoria, mas retrata-se acerca da motivação por

90 CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*, p. 867.

91 BADARÓ, op. cit., p. RB-10.45.

92 Ibid., RB-10.45.

93 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *Ebook*, p. RB-10.45.

94 Ibid., p. RB-10.45.

promessa de recompensa; ou total, se o acusado retrata-se de toda a confissão da autoria, por exemplo.⁹⁵

Outrossim, o ordenamento jurídico não admite a confissão ficta ou presumida, como já ocorreu nas hipóteses de fuga, revelia ou silêncio durante o interrogatório, haja vista o sistema do livre convencimento do Juízo e o princípio da verdade real (artigos 186, 198 e 261, do CPP).⁹⁶

3.7 DO VALOR PROBATÓRIO

A confissão não consiste mais na rainha das provas, prova por excelência ou a “*probatio probantissima*”, por não ter mais valor absoluto⁹⁷, ante a exposição de motivos do CPP⁹⁸ justificar que “não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade [do acusado]”.⁹⁹

FERNANDO CAPEZ aponta que a confissão judicial presume-se livremente realizada, podendo servir como base para decisão condenatória, desde que sua consonância com as demais provas do processo seja considerada nos mesmos critérios de valoração de prova, a fim de buscar-se um juízo de certeza. Ademais, o ônus para provar eventual falsidade da confissão recairá sobre o confitente. Outrossim, acrescenta que a reforma do Código de Processo Penal limitou o princípio do livre convencimento motivado do Juízo na apreciação das provas, “ao vedar a fundamentação da decisão com base exclusiva nos elementos informativos colhidos na investigação, exigindo-se prova produzida em contraditório judicial, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (cf. art. 155)”.¹⁰⁰

95 Ibid., p. RB-10.45.

96 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 619-21.

97 BADARÓ, op. cit., p. RB-10.46.

98 CAPEZ, F. Curso de processo penal. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*, p. 865-67.

99 BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal 8 de setembro de 1941. Diário Oficial da União, ano 1941, 13 out. 1941.

100 CAPEZ, F. Curso de processo penal. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*, pp. 865-67.

Segundo TOURINHO FILHO¹⁰¹, diversas situações poderiam levar um indivíduo a confessar um delito que nunca praticou, como, por exemplo: a) nos países com pena de morte, se um indivíduo desejasse a morte ao invés da vida, sem poder, no entanto, levá-lo a efeito, poderia confessar a prática de crime de autoria incerta; b) em caso de enfermidade mental; c) para obter lucro, se o infrator oferecer vantagem pecuniária a terceiro para que confesse a prática delitativa, a fim de não ser levado à prisão; d) a misericórdia em vínculos de afeto, que leve um indivíduo a cumprir pena pelo infrator, para que este não precise fazê-lo; e) fanatismo; g) para que o verdadeiro culpado tenha tempo de fugir; h) para omitir a prática de infrações piores; dentre outros. Ademais, é possível obter confissões criminosamente (por coação) ou com procedimentos que exauem psiquicamente os réus.¹⁰²

Portanto, para evitar que se dê valor probatório absoluto à confissão, que pode estar maculada por vício, é que o art. 197, CPP, dispõe que aquela deverá ser avaliada conforme os critérios adotados para os demais elementos de prova, devendo o juiz verificar a compatibilidade e concordância entre eles.

Por sua vez, BADARÓ explica o seguinte:

O valor probatório da confissão não é maior nem menor que os demais meios de prova. A confissão deverá ser valorada pelo juiz, com os demais meios de prova. O magistrado, com base em seu livre convencimento, deverá confrontar a confissão com os demais meios de prova, em especial sua compatibilidade e concordância como o conjunto probatório (CPP, art. 197).¹⁰³

O autor entende que confissão policial não poderá embasar condenação por si própria, tão somente se corroborada por outros elementos de prova.¹⁰⁴

Quanto à confissão judicial, BADARÓ relata haver duas vertentes: a) de que seria prova plena, apta a amparar condenação, mesmo constituindo-se no único

101 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 618-19.

102 Ibid., pp. 618-19.

103 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *Ebook*, p. RB-10.46.

104 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 7 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 428.

elemento incriminador; e b) de que somente poderia servir para fundamentar decisão condenatória se reforçada por outras provas do feito. Conclui, em interpretação conjunta dos artigos 197 e 200 do CPP, que “a confissão isolada não é suficiente para a condenação, pois ela sempre deve ser valorada com os demais elementos de prova”.¹⁰⁵

A esse respeito, JOÃO GUALBERTO indica o seguinte:

Confissão policial, seja ou não tomada na presença de testemunhas idôneas ou de curador, não pode servir como elemento de convicção para a sentença condenatória, por não passar de ato integrante da atividade investigatória administrativa, estranha à instrução penal, com a garantia da contrariedade e da supervisão jurisdicional.

No mesmo sentido, segundo o autor, a confissão judicial não é suficiente para embasar decreto condenatório, mesmo que o réu, no passado, tenha praticado atividades ilícitas recorrentemente. No tocante à confissão extrajudicial, expõe a violação do art. 197, CPP, caso se elenque para corroborar a confissão policial somente os maus antecedentes dos acusados. Ressalta quanto à possibilidade de a confissão extrajudicial, em perfeita consonância com as outras provas do processo, albergada nos requisitos de verossimilhança, credibilidade e precisão, poder embasar sentença condenatória.¹⁰⁶ Complementa ainda o seguinte:

A presunção é sempre em favor da autoridade policial, na condição de imparcial, correta e leal e o reverso é exceção, por isso mesmo exige prova cabal da arbitrariedade.

[...]

As confissões e as inquirições obtidas fora do juízo da instrução contraditória são apenas instrumentos de informação. Servirão ao Ministério Público para o exercício do seu poder de acusar, mas dela não se pode valer o juiz para firmar o seu convencimento. A liberdade do julgador de formar a sua convicção, pela livre apreciação da prova, se refere à prova colhida na instrução contraditória.

[...]

¹⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *Ebook*, p. RB-10.46.

¹⁰⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência Processual Penal: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp. 401-02.

As declarações prestadas na fase extrajudicial, na presença de curador e com as cautelas legais, não podem ser infirmadas pela retratação em juízo sem qualquer resquício de prova.¹⁰⁷

Ainda, expõe que se o réu menor confessar diante de outras pessoas, mas negar a declaração em inquérito e no interrogatório judicial, sua confissão não terá valor jurídico, senão apenas poder-se-á utilizá-la para conduzir à produção de provas que esclareçam os fatos. Ainda, aponta que a retratação judicial não se sustenta perante o reconhecimento concludente da vítima, especialmente por inexistir retratação por revelia.¹⁰⁸ JOÃO GUALBERTO também instrui o seguinte no que atine à confissão em inquérito policial que revele um grande número de informações em breve lapso temporal:

O auto de qualificação e interrogatório, realizado na Polícia, em que o acusado confessa, de um só fôlego, 16 delitos que teria praticado em diferentes dias, horas, locais e com meios, comparsas, circunstâncias e resultados diversos não inspira grande credibilidade, pois não é crível possa um homem comum reproduzir com seriedade essa soma de dados informativos, o que faz com que esta prova seja de escasso significado jurídico.¹⁰⁹

Orienta BADARÓ que a confissão não evidencia materialidade delitiva nos crimes que deixam vestígios, por ser obrigatória a realização de corpo de delito (art. 158, CPP). Outrossim, relembra que o art. 198, CPP, que estabelece que o silêncio do acusado não importaria confissão, mas poderia dar base ao convencimento do juiz, não foi recepcionado no ordenamento jurídico desde a Constituição Federal, porque incompatível com o direito ao silêncio. De todo modo, a regra do parágrafo único do art. 186, CPP, revogou tacitamente aquele dispositivo.¹¹⁰

Acerca do direito ao silêncio, AURY LOPES JR. E RICARDO JACOBSEN GLOECKNER lecionam o seguinte:

107 Ibid., pp. 402-03.

108 Ibid., p. 404.

109 Ibid., p. 404.

110 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *Ebook*, p. RB-10.46.

Parece-nos inequívoco que o direito de silêncio aplica-se tanto ao sujeito passivo preso como também ao que está em liberdade. Contribui para isso o art. 8.2, g, da CADH, onde se pode ler que toda pessoa (logo, presa ou em liberdade) tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a se declarar culpada.

[...] O exercício do direito de silêncio, destaque-se, jamais poderá ser gerador de prejuízo jurídico para o imputado, devendo ser afastada a validade substancial do art. 198 do CPP.

Deve-se registrar a perversão contida no dispositivo, aparentemente “neutro”. Em primeiro lugar, essa norma não parece estar em consonância com o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado. De fato, como poderia ser fundamentada uma decisão judicial amparada no silêncio do acusado? Por certo que a valoração do silêncio do réu tão somente poderia se dar negativamente, isto é, reforçando uma presunção latente de que aquele que prefere o silêncio está ocultando algo. Não é possível, com uma argumentação lógica, estabelecer qualquer ilação acerca do ato judicial de interrogatório, uma vez que não há registro algum. Nada sendo falado pelo acusado, não há signo linguístico algum para confirmar determinada hipótese. Sendo assim, o silêncio somente pode operar no campo da presunção. E, como tal, como já referido inúmeras vezes, a única presunção admissível no processo penal é a de inocência. Destarte, é inequivocamente inconstitucional tal artigo, que mantém a antiga redação do art. 186 do CPP, que faz menção ao fato de o silêncio do réu ser interpretado em seu prejuízo. *Ad argumentandum tantum*, o art. 478, II, que regula o procedimento do tribunal do júri, afirma que as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer menção ao silêncio do acusado. Parece-nos indiscutível que o art. 198 do CPP não sobrevive a uma filtragem constitucional e sequer consegue manter uma coerência lógica...¹¹¹

Em relação ao art. 198, JOÃO GUALBERTO esclarece que TOURINHO FILHO entendeu que o art. 5º, LXIII, CF, estabeleceu o direito ao silêncio. “Essa regra, aliás, fez *Tourinho Filho* mudar de posição, colocando-se agora entre os que consideram o interrogatório apenas um *meio de defesa*”¹¹², pois aquele autor teria constatado a antinomia entre os artigos 186, 191 - antes de suas modificações - e 198 do Código de Processo Penal e se resignado a afirmar que eles teriam perdido importância, sem chegar ao ponto de entendê-los inconstitucionais.

111 LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, *Ebook*, pp. 1193-197.

112 RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência Processual Penal: Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp. 303-04.

3.8 DA DELAÇÃO OU CHAMAMENTO DE CORRÉU

3.8.1 Conceito e Natureza Jurídica

FERNANDO CAPEZ ensina que a delação ou chamamento de corréu se dá quando o acusado atribui prática de crime a terceiro, durante seu interrogatório, sob o pressuposto de que o investigado tenha confessado sua participação. A imputação teria valor de prova testemunhal e comporta que o delatado realize reperguntas ao delator.¹¹³

A esse respeito, BADARÓ aprofunda que, como o art. 188 do CPP não determina que as reperguntas advenham do “defensor do interrogado”, senão das “partes”, os outros acusados também teriam direito a realizar os questionamentos¹¹⁴. Além disso, entende que a confissão poderia ocorrer inclusive em fase de inquérito policial, e não apenas judicial¹¹⁵, porém, apenas seria valorada se confirmada em Juízo¹¹⁶.

Contudo, apesar de concordar que, quando do reconhecimento da prática do delito, o acusado preste confissão, BADARÓ ensina, ao contrário da posição de CAPEZ, que o delator não consiste em testemunha quando concede a delação¹¹⁷, como segue:

[...]

Seria uma testemunha que não presta o compromisso de dizer a verdade (art. 203) e não poderia cometer o crime de falso testemunho (CP, art. 342)! Além disso, por óbvio, tratar-se-ia de “testemunha” que não poderia ser contraditada. Finalmente, seria uma testemunha que não pode ser arrolada pelas partes.²⁶⁰

O corréu não tem a característica de terceiro, exigida de toda e qualquer testemunha, sendo inegável o seu interesse no processo. [...]¹¹⁸

113 CAPEZ, F. Curso de processo penal. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*, p. 869.

114 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *Ebook*, p. RB-10.48.

115 *Ibid.*, p. RB-10.47.

116 *Ibid.*, p. RB-10.49.

117 *Ibid.*, p. RB-10.48.

118 *Ibid.*, p. RB-10.48.

Por outro lado, BADARÓ admite que, para ser equiparada à prova testemunhal, com validade contra o delatado, a delação necessariamente será submetida ao contraditório (art. 5º, LV, CF). Logo, as partes e seus defensores poderão elaborar perguntas ao delator, como se fosse prova arrolada pela acusação (art. 212, CPP), sob pena de não ser considerada apta a fundamentar a sentença como prova testemunhal.¹¹⁹

JOÃO GUALBERTO ensina no mesmo sentido: “Por força do princípio constitucional do contraditório, não se pode entender válida como prova judicial a palavra de co-réu se à defensoria do comparsa não foi assegurado o direito de reperguntar”.¹²⁰ O autor complementa ainda: “Manter-se a condenação com apoio somente na palavra de co-réu não é aceitável, máxime sendo ele processado como receptador das coisas que teriam sido furtadas pelo acusado”.¹²¹

3.8.2 Requisitos

Quanto aos requisitos da delação, BADARÓ leciona consistirem nos seguintes: a) a confissão do corréu delator quanto à participação no crime, sem a qual não há confissão ou ato de acusação, apenas ato de defesa sem valor probatório; b) a delação seja corroborada pelos demais elementos de provas, inclusive na decisão de pronúncia¹²²; e c) a confirmação da confissão extrajudicial em Juízo, no qual, se houver retratação, a afirmação em sede policial não terá valor probatório. “Sem estes requisitos e sem que tenha sido respeitado o contraditório, com possibilidade de reperguntas pelas partes, a delação não tem qualquer valor, sendo um ato destituído de eficácia jurídica”.¹²³

3.8.3 Valor Probatório

BADARÓ leciona que a delação deverá obrigatoriamente ser corroborada por outros meios de prova, tanto para fundamentar sentença condenatória, como

119 Ibid., p. RB-10.48.

120 RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência Processual Penal: Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 405.

121 Ibid., p. 406.

122 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, *Ebook*, p. RB-10.50.

123 Ibid., p. RB-10.49.

decretação da prisão preventiva ou decisão de pronúncia, ainda que esta trate de juízo de probabilidade. Nesses casos, os outros elementos de prova que caracterizarão os indícios suficientes de autoria, de modo que exclusivamente a delação seria inapta a fazê-lo.¹²⁴

A esse respeito, JOÃO GUALBERTO relembra que o ordenamento jurídico brasileiro não condiz em tomar o réu como testemunha em relação aos corréus acusados do mesmo delito, pois a testemunha está sujeita a cometer falso testemunho, enquanto o réu poderia mentir sem que isso lhe implique sanção, bem como a ele garante-se o direito de manter silêncio para não se autoincriminar,¹²⁵ considerando o disposto no art. 5º, LXIII, CF, e no art. 186, CPP.

3.8.4 Da Colaboração Premiada

BADARÓ ensina que o ordenamento jurídico brasileiro disciplina em variados diplomas legais acerca da colaboração premiada, popularmente chamada de “delação premiada”, e instrui da seguinte forma:

Tais normas geralmente se limitam a prever os requisitos para sua aceitação e, no plano do direito material, seus efeitos quanto à pena: ora a extinção da punibilidade, ora o início do cumprimento de pena em regime aberto e ora apenas a redução da pena. Há, ainda, hipóteses específicas em que se possibilita a aplicação de pena restritiva de direito, ao invés de privativa de liberdade. Há, pois, variações quanto aos seus requisitos e efeitos penais.

Apenas a título exemplificativo, há regimes específicos na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986, art. 25, §2º), na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006, art. 33, §4º), na Lei de Lavagem de Dinheiro (§5º do art. 1º da Lei 9.613/1998, art. 1º, §5º) e na Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas, que também trata da proteção aos réus colaboradores (Lei 9.807/1998, arts. 13 e 14).¹²⁶

O autor relata que o regime mais completo e detalhado da delação premiada consiste no que a Lei das Organizações Criminosas estabeleceu (Lei n. 12.850, de

124 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 7 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 462.

125 RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência Processual Penal: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pp. 404-05.

126 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 7 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 463.

02 de agosto de 2013), já que trata tanto dos efeitos materiais de benefícios em relação à sanção, como do procedimento para a celebração do acordo, “sua homologação, a produção da prova decorrente da delação e, por fim, o valor probatório da colaboração premiada”.¹²⁷

Porém, os regimes anteriormente citados não foram revogados pela Lei das Organizações Criminosas, pois pode-se beneficiar os condenados por crimes de colarinho branco, de lavagem de dinheiro e de tráfico de drogas em razão das reduções de pena constantes em cada um dos respectivos regimes, ainda que ante a ausência de celebração de acordo e sua homologação.¹²⁸

O autor ressalta, no entanto, que o regime de colaboração premiada previsto na Lei das Organizações Criminosas incidirá em todos os casos de delação premiada, em razão da analogia. Isto porque não importa para o seu procedimento se o agente colaborador participava de organização criminosa, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas ou crime contra o sistema financeiro nacional, ou seja, “o que inspira a indigitada regra é a necessidade de maior cuidado e preocupação com o risco de erro judiciário, quando a fonte de prova é um coimputado”.¹²⁹

A mais ampla disciplina da vulgarmente chamada delação premiada, denominada legalmente como “colaboração processual”, estaria disposta nos artigos 4º a 9º da Lei do Crime Organizado (Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013), e seria composta de três fases: a) negociação e acordo; b) homologação judicial; e c) sentença, quando decidir-se-á acerca do cumprimento ou não das condições e consequente aplicação ou não aplicação do benefício.¹³⁰

Destaca-se o significativo avanço legislativo da matéria a partir da Lei das Organizações Criminosas, que estabeleceu o “efetivo regramento legal sobre o conteúdo, a forma, o momento e, até mesmo, ainda que parcialmente, o procedimento probatório da delação. Até então, o legislador se limitava a tratar dos efeitos materiais [...] que a delação terá”,¹³¹ como a redução da pena, sua substituição ou a extinção da punibilidade. Porém, não se deixa de observar que tal

127 Ibid., p. 463.

128 Ibid., p. 463.

129 Ibid., p. 463.

130 Ibid., p. 463.

131 Ibid., p. 464.

disciplina da colaboração premiada enfatiza muito mais o conteúdo do acordo que a forma de produção da prova ou que a maneira como o direito à prova dos delatados em face do delator deverá acontecer.¹³²

BADARÓ entende que a delação premiada consiste num incidente probatório:

Uma premissa que nos parece fundamental para a análise probatória da delação premiada é que ela **não se efetiva em um único ato isolado**. Ao contrário, a delação premiada **caracteriza-se por um conjunto de atos consistindo um verdadeiro incidente probatório**. Assim, inicia-se com o acordo de vontades entre o investigado ou acusado delator e o Ministério Público, no qual são estabelecidos os limites do acordo, o seu conteúdo, as obrigações do delator, as exigências a serem satisfeitas, os processos em que poderão ser utilizados, os efeitos pretendidos em termos de redução ou mesmo isenção de pena, entre outras questões.

Além do acordo de vontades em si, documentado em um ato escrito, a delação envolve uma série de outros atos: a própria declaração do delator; a entrega de documentos ou coisas em seu poder, que contribua para o cabal esclarecimento dos fatos e punição dos demais responsáveis; a confirmação judicial das declarações extrajudiciais; eventual análise de documentos e outras provas ligadas aos fatos; o compromisso de pagar a multa penal; e, em alguns casos, até mesmo a renúncia ao direito de recorrer.¹³³

3.8.4.1 *Dos sujeitos processuais*

Os sujeitos processuais consistirão, em regra, no investigado ou réu, num polo, e o Ministério Público, no outro, para então levar-se o acordo a homologação. Isto, pois o §6º e “caput” do artigo 4º da Lei referem-se a acordo entre as partes, o que seria irrelevante se remontasse às partes do acordo, e não às do processo instaurado ou a instaurar.¹³⁴

Embora ocorra na prática, é defesa a celebração entre a Autoridade Policial e o investigado, apesar de as negociações poderem iniciar perante aquela (§6º do art. 4º da Lei). Nesta hipótese, no entanto, o acordo deverá firmar-se sob a anuência do Ministério Público, titular privativo da ação penal pública (art. 129, “caput” e inc. I, CF), sem a qual não haverá celebração do acordo, já que seus efeitos “poderão ter

132 Ibid., p. 464.

133 Ibid., p. 464.

134 Ibid., p. 464.

reflexos diretos sobre a futura pretensão processual do Ministério Público, podendo levar, até mesmo, ao não oferecimento da denúncia”.¹³⁵

Veda-se ainda que o Juízo tome conhecimento ou participe das negociações da delação, pois eventual descumprimento do acordo ensejará a desconsideração de todos os seus termos, “inclusive da eventual confissão do réu que pode integrar a proposição inicial”.¹³⁶ BADARÓ complementa o seguinte a esse respeito:

Caso o julgador presencie os atos prévios à delação, não conseguirá descartar mentalmente os elementos dos quais tomou conhecimento, mesmo que a delação não ocorra e os atos de negociação sejam descartados. A participação do juiz em tal acordo colocará em risco a sua imparcialidade objetiva.¹³⁷

3.8.4.2 Do momento da realização e seus efeitos

O “caput” do art. 4º prevê que a concessão dos benefícios será requerida pelas partes, o que tende a fazer entender que o momento do acordo seria exclusivo da fase processual. Não obstante, a celebração da colaboração processual poderá ocorrer durante as investigações, no curso do processo e até mesmo após o trânsito em julgado da condenação penal. Durante as investigações, pois os §§3º e 4º do art. 4º dispõem que a colaboração premiada que se der enquanto se procede à investigação preliminar, ou durante o processo, poderá suspender o prazo por 6 (seis) meses, prorrogáveis pelo mesmo período, para oferecimento da denúncia; obstar o Ministério Público de ofertá-la; ou suspender a prescrição processual.¹³⁸

Em tais situações, a regra vale somente em relação ao delator, e não aos delatados, que poderão estar presos cautelarmente. Assim, apesar da necessidade de o processo ser unitário, dados os efeitos da continência por cumulação subjetiva, desmembrar-se-á o feito quanto ao delator.¹³⁹

Na ausência de oferecimento de denúncia, ou seja, sendo o colaborador o primeiro a prestar efetiva delação e não se tratar de líder de organização criminosa,

135 Ibid., p. 465.

136 Ibid., p. 465.

137 Ibid., p. 465.

138 Ibid., p. 465.

139 Ibid., p. 477.

com base no art. 4º, §4º, da referida Lei, a colaboração processual afasta a obrigatoriedade da ação penal.¹⁴⁰

Ademais, a celebração da colaboração processual poderá se dar após a sentença, de acordo com o §5º do art. 4º, o que possibilitará a redução da pena até a metade ou a progressão do regime, mesmo que não presentes os requisitos objetivos para tal.¹⁴¹

Sobressai-se ainda como efeito da colaboração no delator a sua renúncia ao direito ao silêncio, na presença do defensor, e submissão ao compromisso legal de dizer a verdade (art. 4º, §14). Além disso, ainda que em sentença se tenha concedido perdão judicial ou sequer se tenha oferecido denúncia em face do delator, a pedido das partes, da Autoridade Policial ou de ofício, o colaborador poderá ser ouvido em Juízo em processo em que os delatados sejam partes.¹⁴²

3.8.4.3 Do Procedimento

Após concretizado, remeter-se-á o acordo de delação ao Juízo para homologação. Na sequência, o Ministério Público oferecerá denúncia em face do colaborador, que deverá cumprir as condições estabelecidas, no tocante às provas, como entrega de documentos, indicação de outras provas, prestação de depoimento, dentre outros. Por fim, o Juízo em sentença analisará “a efetividade da colaboração e aplicará o benefício que entender mais conveniente, não estando vinculado aos termos negociados pelas partes”.¹⁴³

Com a concordância das partes para celebração do acordo, lavrar-se-á termo por escrito, nos termos do art. 6º da Lei, destacando-se a necessidade de nele constar o disposto nos incisos I, II e III, respectivamente: a discriminação da colaboração e possíveis resultados; as condições da proposta; e a declaração da aceitação do delator e seu defensor.¹⁴⁴

Se ocorrer a chamada “imunidade processual”, prevista no art. 4º, §4º, da Lei, o colaborador tampouco será denunciado, hipótese na qual se sobressai ainda mais

140 Ibid., p. 477.

141 Ibid., p. 465.

142 Ibid., p. 477.

143 Ibid., p. 465.

144 Ibid., pp. 465-66.

a intervenção judicial quando da homologação do acordo. Nesse caso, o “mecanismo de dupla verificação judicial com objetos distintos, um na homologação e outro na sentença, é relativizado”.¹⁴⁵

3.8.4.4 Da Retratação

O §10 do art. 4º da Lei determina: “§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.¹⁴⁶

BADARÓ leciona que se denomina de proposta de acordo aquela ainda na fase de negociações, enquanto as partes buscam anuência mútua. “Depois de celebrado o acordo, mesmo que este ainda não tenha sido homologado, não haverá apenas proposta de acordo, mas o próprio acordo de vontades”.¹⁴⁷

Depois que as partes celebram o acordo e, principalmente, com a homologação do mesmo pelo Poder Judiciário, não haverá mais oportunidade para simples “retratação”. Primeiro, porque não se terá mais propostas, e sim um acordo já perfeito e acabado. Segundo, porque contará com a chancela judicial, reconhecendo a voluntariedade, a legalidade e a regularidade do acordo (art. 4º, §7º).¹⁴⁸

Assim, após a homologação, as obrigações assumidas serão cumpridas ou inadimplidas. No primeiro caso, o juiz concederá os benefícios na medida da concretização das condições impostas, em sentença. No segundo, o delator perderá o direito aos benefícios previstos, o que será reconhecido em sentença.¹⁴⁹

No entanto, diante da obviedade da constatação, BADARÓ explica que o dispositivo, mais do que estabelecer a possibilidade de retratação durante o período de proposta do acordo, determina “o regime de valoração das provas

145 Ibid., p. 466.

146 BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 ago. 2013.

147 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 7 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 466.

148 Ibid., p. 466.

149 Ibid., p. 466.

autoincriminatórias produzidas pelo colaborador que se propunha a celebrar o acordo, mas, arrependido, se retratou”.¹⁵⁰

Logo, em primeiro lugar, como o dispositivo cita o advérbio “exclusivamente”, pressupõe-se que o conteúdo das provas em referência poderá ser valorado em face dos delatados. Em segundo lugar, BADARÓ entende que a ampla expressão “provas autoincriminatórias” abrange todas aquelas produzidas pelo delator, e não somente suas declarações, como interpretam outros autores. Em terceiro lugar, que a impossibilidade tratada no dispositivo incidirá em caso de retratação seja por parte do delator ou do Ministério Público.

Ainda em relação à exclusividade citada no §10, art. 4º, o autor mostra haver controvérsia quanto ao sentido contrário do texto legal e leciona prevalecer a interpretação de que tanto as declarações como os demais elementos probatórios que o delator ofereceu poderão ser valorados em face dos delatados. Neste ponto, BADARÓ ressalta ser “fundamental atentar para que se trata de uma proibição de valoração probatória relativa”,¹⁵¹ já que valerão para alguns e não outros sujeitos processuais, e ensina que as regras de proibição de valoração de provas relativas detêm regime próprio, diverso do tratamento da prova ilícita, tratado no art. 157, CPP, ou das derivadas das ilícitas, prevista no seu §1º. A proibição de valoração relativa de provas seria pouco utilizada no ordenamento nacional, de modo que a prova ou seria lícita e, assim, plenamente valorável, ou ilícita e, portanto, inadmissível, afastada do material sujeito a consideração.¹⁵² “As declarações do colaborador que se retratou, assim como os demais elementos por ele fornecidos, poderão ser valorados, sem qualquer limitação legal, em face dos delatados. Por outro lado, não terão qualquer valor diante do delator arrependido”.¹⁵³

A lei não especificou se a proibição de valoração relativa ocorrerá em sentido estrito ou amplo. O primeiro significaria que nenhum elemento fornecido pelo delator poderá lhe contrapor direta, como na formação do convencimento judicial, ou indiretamente, na hipótese de utilizá-lo como substrato para notícia-crime iniciadora

150 Ibid., p. 467.

151 Ibid., p. 468.

152 Ibid., p. 467-68.

153 Ibid., p. 468.

de futura investigação.¹⁵⁴ Já no sentido amplo, possibilitar-se-ia a utilização indireta do elemento probatório contra o delator.

3.8.4.5 Da homologação

Encaminhar-se-á para homologação o termo de acordo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, além do costume que se tem adotado de juntar o que se tem nomeado como anexos, ou seja, “uma descrição pormenorizada dos fatos que o colaborador tem conhecimento e pretende esclarecer perante as autoridades”¹⁵⁵ (art. 4º, §7º da referida Lei).

A distribuição do pedido de homologação será feita sob sigilo e nele será vedado que constem informações que permitam identificar o colaborador e o objeto do acordo. A decisão será tomada no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (art. 7º, “caput” e §1º, da Lei referida).¹⁵⁶

Para homologar o acordo, o juiz deverá constatar a sua regularidade, legalidade e voluntariedade, razão pela qual poderá ouvir sigilosamente o colaborador, na presença de seu defensor (art. 4º, §7º). “A oitiva do colaborador terá por objetivo verificar a voluntariedade do acordo, isto é, se o pacto não está eivado de vício de vontade, como erro, simulação ou coação”.¹⁵⁷ Já a legalidade relaciona-se à ausência de violação a norma legal, pois não se poderá, por exemplo, propor o não oferecimento de denúncia contra o líder da organização criminosa, ante o exposto no art. 4º, §4º, I; enquanto a regularidade concerne à consonância com normas infralegais, como os atos normativos internos do Ministério Público ou da OAB que disciplinem as atividades de promotores e advogados, respectivamente.¹⁵⁸ “Em suma, o juízo de legalidade e regularidade do acordo envolve uma análise comparativa e de adequação das cláusulas específicas e os efeitos propostos, com o ordenamento jurídico”.¹⁵⁹

154 Ibid., p. 468.

155 Ibid., p. 468.

156 Ibid., p. 468.

157 Ibid., p. 469.

158 Ibid., p. 469.

159 Ibid., p. 469.

BADARÓ arremata que a colaboração processual permite a produção de efeitos da autonomia da vontade no processo criminal, o que resulta na necessidade de delimitação quanto a quais regras penais e processuais penais constituem normas dispositivas e quais delas consistem em normas cogentes. Logo, o autor exemplifica que a defesa poderá renunciar ou desistir de recursos (o inverso do disposto no art. 576, CPP), razão pela qual tal previsão poderá constar no acordo. No entanto, em razão da legalidade estrita, reserva de jurisdição, do devido processo legal e, sobretudo, do princípio da legalidade, é defesa a negociação das sanções penais, sua espécie, patamar ou regime de cumprimento.¹⁶⁰

A previsão de uma pena específica no acordo rompe com a sistemática da lei. O legislador, corretamente, desconfia da colaboração premiada. [...] Aliás, a cabeça do art. 4º já determina que será “O juiz” que terá a tarefa de “conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos”, de acordo com os resultados legais que advenham da colaboração. E os benefícios poderão ser somente estes.¹⁶¹

O maior benefício penal consiste na extinção da punibilidade, via concessão de perdão judicial, que não se restringirá às hipóteses legais, como no homicídio culposo (art. 121, §5º, CP), mas poderá ser outorgado inclusive para o crime de organização criminosa ou a ele conexos.¹⁶²

A lei também possibilitou a substituição da pena privativa de liberdade por qualquer das restritivas de direitos (art. 43, do Código Penal), sendo que, para tal, os critérios do art. 44, CP, poderão ser afastados sob anuência das partes, ante o disposto no art. 4º da Lei das Organizações Criminosas. No entanto, não há previsão para criação de regimes de cumprimento de pena diferenciados, o que enseja que o regime deverá ser fixado de acordo com os §§2º e 3º, do art. 33, do CP, devendo ainda a progressão ocorrer segundo o disposto na Lei de Execução Penal. Não

160 Ibid., pp. 469-71.

161 Ibid., p. 471.

162 Ibid., p. 471.

obstante, BADARÓ entende que, nesses pontos, seria adequado que o legislador conferisse maior viabilidade à autonomia da vontade.¹⁶³

Na hipótese de o juiz não verificar a voluntariedade, legalidade ou regularidade do acordo, poderá recusar a homologação da proposta e devolvê-la às partes para as adequações necessárias, com eventual sugestão para ajustá-la aos limites da legalidade ou regularidade (art. 4º, §8º, da Lei de Organizações Criminosas). Ainda, no caso de constar uma cláusula ilegal, o autor explica que o juiz “não poderá aceitá-la, recusando-se a homologá-la. Se a não homologação dessa cláusula não for um impeditivo à validade das demais cláusulas, o acordo receberá uma homologação parcial, com a negativa de eficácia apenas da cláusula ilegal”.¹⁶⁴

3.8.4.6 Da Impugnação

A lei não dispôs acerca da possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada, mas, para o aprofundamento do tema, faz-se necessário diferenciar os atos do acordo em si e da decisão judicial homologatória.¹⁶⁵

Além da esperada possibilidade de que tanto o acordo como a decisão homologatória sejam lícitos e corretos, arrisca-se ou que haja vício no acordo, mas não na decisão; ou vice-versa; ou ainda que ambos estejam irregulares. Exemplo da primeira hipótese errônea consistiria num acordo que disponha acerca da utilização de pena violadora da dignidade humana, como açoites em praça pública, homologado por juiz competente; da segunda situação, em caso de acordo regular, porém homologado sem fundamentação; e, na terceira, acordo que permita imunidade processual a líder de organização criminosa e homologado por juiz incompetente.¹⁶⁶

As partes do acordo de colaboração premiada são legitimadas para impugná-lo. Terceiros apenas poderão fazê-lo mediante ações autônomas de impugnação, se o conteúdo do acordo lhes acarretar prejuízo jurídico. Outrossim, para impugnar o

163 Ibid., pp. 471-72.

164 Ibid., p. 472.

165 Ibid., pp. 472-73.

166 Ibid., p. 473.

acordo, o vício deverá concernir à homologação em si, sendo que esta admitirá impugnação também por ilegalidade reflexa, se o acordo envolver ilegalidade.¹⁶⁷

Não caberá impugnação do acordo sob a alegação de que o delator o firmara a fim de prejudicar o delatado ou de que as informações prestadas não corresponderiam à realidade, pois o Juízo quem decidirá pela veracidade ou falsidade do conteúdo da delação homologada, em sentença, juntamente às demais provas.¹⁶⁸ Portanto, a esse respeito, BADARÓ conclui o seguinte:

Em expressões mais simples: ao juiz da homologação do acordo de delação premiada cabe analisar a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo (Lei 12.850/2013, art. 4º, §7º), sem verificar a culpa ou a inocência do colaborador e do delatado. Já ao juiz da sentença, ao final do processo e com a instrução concluída, caberá analisar declarações do delator e demais meios de prova por ele fornecidas, em conjunto com os demais meios de provas e meios de obtenção de provas produzidos (Lei 12.850/2013, art. 4º, §11).¹⁶⁹

Repise-se que, portanto, não cabe impugnação à homologação do acordo de colaboração premiada quanto à falsidade ou veracidade de seu conteúdo, pois tal decisão não trata de tais questões, mas tão somente de sua legalidade, regularidade e voluntariedade. De todo modo, por óbvio estar garantida a ampla defesa durante o curso do processo em que o delatado constitua-se como réu.¹⁷⁰

Por fim, como o ato homologatório consiste em decisão interlocutória, pois não põe fim ao processo nem decide o mérito, tampouco se amolda às hipóteses dos incisos I e II do art. 593, CPP, não será cabível apelação contra o ato de juiz singular. Além disso, sendo regra no processo penal brasileiro a irrecorribilidade mitigada, já que cabível recorrer das decisões interlocutórias que apenas constem no rol do artigo 581, CPP, o qual não prevê a hipótese tratada, e como a Lei das Organizações Criminosas não abordou recurso para o ato homologatório do acordo de colaboração, não se pode impugná-lo via recurso em sentido estrito. Assim, em caso de risco à liberdade de locomoção, poder-se-á utilizar “habeas corpus”,

167 Ibid., p. 473.

168 Ibid., p. 473.

169 Ibid., p. 474.

170 Ibid., pp. 474-75.

enquanto o Ministério Público poderá dispor de mandado de segurança. Por outro lado, nas ações penais de competência originária dos tribunais, por ser o ato homologatório monocrático, de competência dos relatores, a decisão será agravável, nos termos do art. 39 da Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990.¹⁷¹

3.8.4.7 *Da força vinculante*

Assenta-se dúvida quanto à possibilidade de que o juiz a proferir a sentença, momento no qual serão definidos os benefícios a conceder-se ao delator, recuse-se a aplicar cláusulas do acordo homologado judicialmente. BADARÓ entende pela vedação, uma vez que, durante a validade do acordo, as questões já examinadas da voluntariedade, legalidade e regularidade não poderão ser revistas pelo Juízo sentenciante, que estará vinculado ao Juízo homologatório anterior. Excetuar-se-iam as situações de fato novo ou descoberta de fato anterior do qual o Juízo homologatório não tivera ciência.¹⁷² A esse respeito, o autor assinala o seguinte:

A razão de ser da homologação do acordo, antes do início de seu cumprimento, é conferir segurança jurídica para as partes. Diante de um acordo homologado, saberão que, se observarem e respeitarem o que foi pactuado, terão direito a obter as consequências benéficas de seu adimplemento, bem como estarão cientes dos prejuízos em se descumprir o acordo.

[...]

Ou seja, os termos do acordo já homologado não serão mais verificados ou revistos. O juiz não exercerá um segundo juízo sobre a voluntariedade, legalidade e regularidade do acordo. Essas questões já foram decididas no juízo homologatório e, o acordo, na sentença, será apreciado nos exatos termos em que foi homologado. Para se definir o grau de cumprimento efetivo ante os resultados concretos obtidos, com a consequente concessão de benefícios maiores ou menores, em equivalentes proporções.¹⁷³

3.8.4.7 *Da Produção da Prova*

Em primeiro lugar, importa diferenciar que o delator poderá ser corréu no mesmo processo em que se investiga os delatados, ou não. Naquele caso, o delator fornecerá sua versão dos fatos no interrogatório, mas, no segundo, em depoimento, em regime diferente ao de testemunha. Ademais, o conteúdo acusatório de suas

171 Ibid., pp. 474-75.

172 Ibid., pp. 475-76.

173 Ibid., pp. 476.

declarações resultará na necessidade de que seja “ouvido antes ou conjuntamente com as testemunhas de acusação. De qualquer modo, suas declarações não poderão se dar durante ou após a oitiva das testemunhas de defesa, sob pena de inviabilizar o exercício de contraprova”.¹⁷⁴

BADARÓ leciona que, tanto ao se considerar a delação como interrogatório especial ou como prova testemunhal anômala, busca-se, afinal, um instrumento probatório que permita listar no processo elementos de prova advindos de fonte pessoal, ou fonte oral, uma vez que produzidos através da prestação de declaração de fato que os sentidos captaram e que foram comunicados verbalmente. Neste ponto que se assemelham, portanto, o interrogatório do acusado, o depoimento das testemunhas, as declarações do ofendido e o depoimento de corréu que realizou a colaboração premiada, que deverão ser produzidos em contraditório, sob pena de violação do direito ao confronto (art. 8.2.f, da CADH). No último caso, ainda, assegurar-se-á o direito às perguntas e reperguntas das partes, inclusive do delatado, tendo em vista o seu direito à prova.¹⁷⁵

3.8.4.8 Do Valor Probatório

BADARÓ inicia a análise do valor probatório da delação premiada com uma afirmação impactante: “a delação sempre foi motivo de grandes resistências, pela sua natural potencialidade de gerar injustiças. E isso, muito antes de se cogitar de delação premiada”.¹⁷⁶

Nesse sentido, segundo Muñoz Conde, atribuir valor probatório à declaração do corréu incentivaria a violação do direito fundamental à presunção de inocência, bem como criaria a tendência no processo penal de lidar com “chantagens, acordos interessados entre alguns acusados, entre a polícia e o Ministério Público, com a consequente retirada das acusações contra uns, para conseguir a condenação de outros”.¹⁷⁷

Para BADARÓ, por sua vez, melhor seria estar no meio termo entre negar qualquer valor probatório à delação premiada e, de outro, conceder-lhe valor pleno.

174 Ibid., p. 477.

175 Ibid., pp. 477-78.

176 Ibid., p. 478.

177 Ibid., p. 478.

Portanto, ideal seria admitir à delação premiada valor probatório atenuado. Tal consistiria na vertente que o legislador atribuiu à Lei das Organizações Criminosas, no tocante aos coautores ou partícipes delatados, pois o §16 do art. 4º veda que o Juízo profira sentença condenatória exclusivamente com base nas declarações do colaborador.¹⁷⁸

Ante a limitação, o autor explica haver “inegável limitação legal ao livre convencimento judicial que, normalmente, é governado por regras epistemológicas e não jurídicas”.¹⁷⁹ Neste ponto, o autor retoma a ideia já considerada quando do tratamento do sistema do livre convencimento motivado do juiz: a restrição não é apta a caracterizar um retorno ao sistema da prova legal ou tarifada, como na Idade Média, mas na adoção de um “regime de **prova legal negativa**, em que se determina que somente a delação premiada é **insuficiente para a condenação do delatado**. O legislador [...] estabeleceu, abstratamente, [...] o que é insuficiente para superar a dúvida razoável”.¹⁸⁰

Logo, tal regra de corroboração torna indispensáveis os demais elementos probatórios para utilização da delação premiada em sentença condenatória. Esse posicionamento já se configurava na jurisprudência antes da Lei das Organizações Criminosas.¹⁸¹

Conforme a jurisprudência italiana, a valoração probatória da afirmação do coimputado fixa-se em três critérios: a) a credibilidade do delator, ou seja, se é considerado digno de fé; b) a coerência e verossimilhança do relato; e c) os elementos extrínsecos, isto é, que outros elementos de prova também sustentem as declarações do delator. Os dois primeiros seriam requisitos intrínsecos, como na análise de qualquer testemunho, sendo subjetivo na primeira hipótese e objetivo na segunda; enquanto o último caracterizar-se-ia como extrínseco.¹⁸²

A valoração do elemento intrínseco e objetivo, relativo à credibilidade do delator, considera a pessoa do delator, ou seja, sua personalidade, passado,

178 Ibid., p. 478.

179 Ibid., p. 478.

180 Ibid., pp. 478-79.

181 Ibid., p. 479.

182 Ibid., p. 479.

motivos para a confissão, dentre outros, a exemplo da ausência de inimizade contra o delatado.¹⁸³

Mensura-se o elemento intrínseco objetivo no tocante à firmeza, constância e especificidade lógica da declaração, isto é, sua coerência interna e colocação racional com os fatos narrados, além da citação de muitas particularidades que permitam verificação em fatos objetivos; e da univocidade, ou seja, da ausência de ambiguidade. Já o requisito extrínseco relaciona-se não às afirmações do delator, mas aos fatos a que se referem.¹⁸⁴

Logo, a coerência versará dos pontos de vista objetivo e subjetivo, o que torna propensa a corroboração em outras provas em apenas parte da delação e não em sua integridade; ou em relação a um dos delatados e não aos demais.¹⁸⁵

Como a lei não especifica a natureza do meio de prova relacionado aos elementos de corroboração, esta poderá ocorrer por “qualquer meio de prova ou meio de obtenção de prova: documentos, depoimentos, perícias, interceptações telefônicas...”¹⁸⁶

Desponta a questão da corroboração cruzada (“mutual corroboration”), bem como se seria apta a justificar uma condenação duas ou mais delações concordantes entre si. Para responder o questionamento, BADARÓ aponta que o §16 do art. 4º da Lei não trata da admissibilidade da delação. “Ao contrário, é uma prova admissível que, contudo, recebe um descrédito valorativo, por ser proveniente de uma fonte considerada ‘impura’, o que justifica o seu ontológico ‘quid minus’ em relação ao testemunho”.¹⁸⁷ Portanto, o autor inquire qual seria o sentido de admitir a corroboração da delação premiada em outra delação premiada, haja vista que o legislador a ela atribuiu “categoria inferior ou insuficiente”¹⁸⁸ de prova. Conclui pela vedação da corroboração cruzada, por configurar-se em hipótese de grande chance de erro judiciário.¹⁸⁹

183 Ibid., p. 479.

184 Ibid., pp. 479-80.

185 Ibid., p. 480.

186 Ibid., p. 480.

187 Ibid., p. 481.

188 Ibid., p. 481.

189 Ibid., p. 481.

A vedação do §16 do art. 4º da Lei ainda reforça o dever de motivação e veda a delação “nua”¹⁹⁰, pois o Juízo deverá elencar, na hipótese de decretar a condenação, elemento de prova diferente da delação premiada para fundamentar a condenação, sob pena de violação de lei federal, ausente necessidade de reanálise do material probatório, razão pela qual se poderá interpor recurso especial.¹⁹¹

190 Em outras palavras, sem um elemento exterior de confirmação.

191 Ibid., p. 482.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que se pudesse fornecer uma explicação razoável acerca da confissão criminal, buscou-se contextualizar brevemente acerca do modo como foi considerada ao longo do tempo. Para isso, introduziu-se o tema dos sistemas de valoração de prova, desde o sistema ordálico ou dos juízos de Deus, juntamente com o da prova legal ou tarifada, no qual se atribuía à confissão o valor de prova plena; até o sistema da prova livre, da íntima convicção ou do julgamento “secundum conscientiam”, consoante o qual o juiz decidiria livremente, sem estar atrelado às provas referentes ao processo ou necessitar fundamentar seu convencimento; e, finalmente, até o sistema que o Código de Processo Penal adotou, do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, que conferiu à confissão o valor de prova relativa, sendo exigida sua corroboração nas demais provas para embasamento de decreto condenatório, à exceção das provas cautelares e antecipadas, segundo BADARÓ.

Nesse ponto, introduziu-se o tema das provas pré-constituídas e constituídas, para tratar da regra do art. 155, “caput”, do CPP. Também aprofundou-se no tocante ao princípio do livre convencimento motivado do juiz. Além disso, verificou-se a crítica de BADARÓ acerca da transformação que se deu no último, apontando que a epistemologia deveria ser o critério para evitar que o terceiro sistema permitisse uma volta ao da prova livre, íntima ou convicção; bem como que as excepcionais intervenções legislativas na valoração da prova deveriam, em caráter negativo, impossibilitar o retorno ao sistema da prova legal ou tarifada.

Na sequência, realizou-se breve contextualização acerca do interrogatório de mérito, momento importantíssimo para a eventual ocorrência da confissão judicial, bem como do procedimento que o Código de Processo Penal a ele dispensou.

Iniciou-se então a exposição acerca da confissão criminal, foco da pesquisa, em relação à qual se analisou o conceito; modo de obtenção quando considerada a rainha das provas; elementos; objeto; natureza jurídica; classificação; características; valor probatório; delação ou chamamento do corréu como

subespécie, analisando-se, por sua vez, seu conceito e natureza jurídica, requisitos, valor probatório e, como regramento específico, contextualização acerca da colaboração premiada, seus sujeitos processuais, momento de realização e efeitos, procedimento, possibilidade de retratação, homologação, impugnação, força vinculante, modo de produção da prova e valor probatório.

Por fim, entende-se que a confissão criminal, seja em gênero ou na espécie da delação ou subespécie da colaboração premiada, detém tratamento condizente com os direitos e garantias individuais da pessoa humana, bem como com o dever estatal de punir,¹⁹² pois não deverá ser utilizada, salvo raras exceções, como nas provas cautelares e antecipadas, como única prova a embasar sentença condenatória.

192 “[...] Portanto, não existe um direito de punir, posto que não é o Estado quem exige nada para si. São os demais indivíduos que exigem como direito seu que o Estado empregue o mecanismo de controle social do Direito penal. Assim, para o Estado remanesce somente um dever de punir e jamais um direito”. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 19.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 7 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. **Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v9>. Acesso em: 21 abr. 2022.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/646402?title=Curso%20de%20processo%20penal>. Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal 8 de setembro de 1941. **Diário Oficial da União**, ano 1941, 13 out. 1941.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *Ebook*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/794276?title=Curso%20de%20processo%20penal>. Acesso em: 18 abr. 2022.

FERNANDES, Antonio Scarance (Coord.); ALMEIDA, José Raul Gavião de (Coord.); MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011, *E-book*. ISBN: 9788502133273. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/582460?title=PROVAS%20NO%20PROCESSO%20PENAL%20-%20ESTUDO%20COMPARADO#popover>. Acesso em: 18 abr. 2022.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen . **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/580978?title=INVESTIGA%C3%87%C3%83O%20PRELIMINAR%20NO%20PROCESSO%20PENAL>. Acesso em: 18 abr. 2022.

- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução Crítica. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, *Ebook*. Disponível em:
<https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/752866?title=Fundamentos%20do%20Processo%20Penal>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência Processual Penal**: Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF**: 24 a 28 de agosto de 1998, Brasília, ano 120, Disponível em:
<https://arquivos-trilhante-sp.s3.sa-east-1.amazonaws.com/documentos/informativos/informativo-0120-stf.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2022.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal** . 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.