

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA**



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA
Especialidade de Direito Penal e Ciências Criminais

Carollina Rachel Costa Ferreira Tavares

A VALORAÇÃO DO DEPOIMENTO DO COLABORADOR NO *COOPERATION AGREEMENT* NORTE-AMERICANO E A CORROBORAÇÃO PROBATÓRIA

Orientador:
Professora Doutor Paulo de Sousa Mendes

**LISBOA
2023**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA**



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

A VALORAÇÃO DO DEPOIMENTO DO COLABORADOR NO *COOPERATION AGREEMENT* NORTE-AMERICANO E A CORROBORAÇÃO PROBATÓRIA

Carollina Rachel Costa Ferreira Tavares

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa junto ao Gabinete de Mestrados e Doutoramentos, como exigência para a conclusão da parte académica do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, na especialidade de Direito Penal e Ciências Criminais, para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Sr. Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

**LISBOA
2023**

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação contou com a contribuição e o valiosíssimo apoio de várias pessoas. Assim, agradeço expressamente àqueles que foram essenciais a esse trabalho:

A Deus por tudo, especialmente pela minha vida, saúde, família, trabalho e pela oportunidade de cursar o mestrado em Portugal.

À minha família, pela dedicação em apoiar-me nos desafios e missões que me foram dedicados e pelos períodos de ausência para a conclusão deste trabalho.

Aos meus professores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em especial ao Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, meu orientador, e ao Professor Doutor Rui Soares Pereira, professor auxiliar de Direito Processual Penal no Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, na especialidade de Direito Penal e Ciências Criminais, por todo aprendizado e inspiração de disciplina e seriedade intelectual.

Ao Ministério Público Federal brasileiro, instituição a que estou vinculada profissionalmente e possibilitou-me realizar o mestrado em Portugal.

A todos os amigos, pelo incentivo à realização do mestrado, especialmente aos amigos portugueses, pela hospitalidade, aprendizado e assistência prestada em todos os momentos da minha estada em Portugal.

RESUMO

O *cooperation agreement* é um instituto de justiça negociada, em voga nos Estados Unidos da América, em que coautores e partícipes de certos delitos realizam acordo de cooperação com o Estado, a fim de produzir evidências contra outros indivíduos, em troca de benefícios no processo. A fim de se compreender os vários desafios envolvidos na aplicação do *cooperation agreement*, é relevante o debate sobre a busca da verdade, o direito ao confronto, o sistema de júri e a atuação discricionária do Ministério Público no âmbito de um sistema jurídico adversarial. Devido à probabilidade de erros judiciários, a par das regras de *disclosure* e *cross examination*, costumam ser adotadas no sistema norte-americano algumas *safeguards*, a exemplo da advertência ao júri para cautela na análise das informações prestadas pelo *accomplice* e da técnica da corroboração probatória. A corroboração probatória, tradicionalmente relacionada ao *common law*, destina-se a assegurar a fiabilidade de uma prova, mediante a exigência de uma segunda evidência independente, da qual se deduza a veracidade do enunciado probatório principal, *in casu*, a declaração do *accomplice*. Em relação à valoração probatória das declarações do *accomplice*, a corroboração probatória apresenta aplicação variável nas esferas federal e estaduais nos Estados Unidos. Não apresenta alta difusão entre os sistemas *civil law* e, no direito continental europeu, guarda relação com a cláusula *sole or decisive evidence*, cunhada em alguns julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Palavras-chave: *Cooperation Agreement*; Busca Da Verdade; Confronto; Discricionariedade; Corroboração.

ABSTRACT

The cooperation agreement is an institute of negotiated justice in the United States of America, in which co-authors and participants in certain crimes enter into a cooperation agreement with the State in order to acquire evidence against other individuals, in exchange for benefits in the process. It is very important to debate the search for truth, the right to confrontation, the jury system and the discretionary action of the Public Prosecutor's Office within the framework of an adversarial legal system, in order to understand the various challenges involved in applying the cooperation agreement. Due to the likelihood of miscarriages of justice, along with the rules of disclosure and cross examination, certain safeguards are usually adopted in the US system, such as the warning to the jury to be careful when analyzing the information provided by the accomplice and the technique of corroborating evidence. Evidential corroboration, traditionally related to the common law, is designed to ensure the reliability of evidence by requiring a second piece of independent evidence from which to deduce the veracity of the main piece of evidence, in this case, the accomplice's statement. Evidentiary corroboration has a variable application in the federal and state spheres of the United States, in relation to the probative value of the accomplice's statements. It is not very widespread in civil law systems and, in continental European law, it is related to the sole or decisive evidence clause, coined in some judgments of the European Court of Human Rights.

Keywords: Cooperation Agreement; Search for Truth; Confrontation; Discretion; Corroboration.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	1
1. O <i>cooperation agreement</i> estadunidense: análise das principais características jurídicas do instituto e das linhas gerais da gestão da prova testemunhal fornecida pelo <i>accomplice witness</i>	6
2. Os desafios para a cognição no <i>cooperation agreement</i> , tendo em vista a perspectiva de busca da verdade no sistema adversarial.....	19
3. Algumas notas sobre o direito à ampla defesa e ao confronto no processo adversarial, no direito continental (Caso <i>Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido</i>) e suas implicações na gestão da prova no <i>cooperation agreement</i>	40
4. Desafios jurídicos do sistema de jurados na valoração probatória do <i>cooperation agreement</i> : as advertências verbais do magistrado e a proposta de audiências judiciais de homologação, a fim de aferir a credibilidade do depoimento do <i>accomplice</i>	63
5. A atuação discricionária do Ministério Público e suas repercussões no exercício dos direitos de defesa e na gestão das provas no âmbito do <i>cooperation agreement</i>	81
6. A corroboração probatória e a prevenção de erros judiciários no âmbito da valoração do depoimento do colaborador	105
7. A corroboração probatória no <i>cooperation agreement</i> estadunidense, no direito continental europeu, e sua relação com a cláusula <i>sole or decisive evidence</i> na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	127
CONCLUSÃO	157
BIBLIOGRAFIA.....	166

INTRODUÇÃO

Sabe-se da dificuldade de se elaborar um estudo uniforme e coerente sobre o fenômeno da colaboração processual criminal nos Estados Unidos, devido a uma miríade de fatores. Podem-se mencionar, por exemplo, as diferenças significativas entre os sistemas judiciais estaduais e federais, entre os próprios sistemas estaduais, bem como as distintas práticas adotadas no mesmo sistema federal. Além disso, é possível citar o desempenho particular dos agentes da lei e de advogados de defesa, a personalidade de cada procurador, a qualidade da advocacia de defesa, a interação dos procuradores com os advogados de defesa individuais, o tipo e a força do caso, a agência governamental que conduz a investigação e as diferenças entre os cooperadores¹.

À medida que se aprofunda a pesquisa para o estudo em torno dos mecanismos adotados naquele país em prol da determinação da veracidade das declarações dos cooperadores criminais, aumentam-se os obstáculos para se realizar uma avaliação segura. Outros fatores desafiantes assomarão nesta análise sobre a possibilidade de se fundamentar uma condenação criminal nos Estados Unidos com base em um testemunho não-corroborado de cooperadores.

Contudo, apesar das distintas configurações dos institutos jurídicos em um mosaico federativo, é possível estudá-los tendo em conta a cultura jurídica subjacente naquela comunidade, que espraia princípios de leitura e ação sobre os conflitos sociais, os quais tendem a seguir um padrão harmônico de aplicabilidade. No caso específico dos Estados Unidos, ainda há o fator histórico de que o código federal de direito probatório daquele país (*Federal Rules of Evidence*), quando criado em 1975, deu origem a um processo espontâneo e inédito de harmonização das legislações

¹ Segundo Yaroshefsky, dentro dos noventa e quatro *United States Attorney's offices*, existem diferenças significativas na cultura e nas tradições jurídicas, nas políticas e prioridades dos gabinetes, na estrutura e na prática, e diferenças no grau de discricionariedade concedido aos procuradores individuais em determinados casos. YAROSHEFSKY, Ellen. Cooperation with Federal Prosecutors: Experiences of Truth Telling and Embellishment. *Fordham L. Rev.*, 1999, 68(1), pp. 917-964, pp. 19-20.

estaduais. E poucos anos depois houve ali um amplo movimento de transposição ou adaptação dos direitos estaduais aos cânones normativos dos tribunais federais².

A suspeita sobre a credibilidade das declarações das partes é regra de experiência secular. Assim, durante muito tempo o contributo probatório do saber das partes permaneceu total ou parcialmente interdito, a exemplo do impedimento à parte para depor como testemunha, ainda que sob juramento, nos mais diferentes ordenamentos³.

Neste aspecto, o Direito romano já propugnava uma série de máximas a impor suspeita sobre o testemunho das partes, de que são exemplos: *testis fides diligenter examinanda est* (a confiabilidade das testemunhas deve ser examinada diligentemente), *nemo debet esse testis in propria causa* (ninguém deve ser testemunha em seu próprio caso) e *nullus idoneus testis in re sua intelligitur* (não se compreende que alguém seja testemunha idônea em negócio seu). Não obstante, ali também se firmou que *testimoniarum usus frequens et necessarius est* (Digesto, 22, 5, 1), uma vez que, na prática, embora falível, aquela prova era frequentemente a única existente ou possível no caso⁴, diante do conhecimento privilegiado e fundamental do arguido sobre ocorrências concretas da realidade exterior.

A possibilidade de aproveitamento probatório do saber das partes não evoluiu da mesma forma nos diferentes sistemas jurídicos.

Quando comparados com os sistemas continentais, os sistemas anglo-saxões tiveram, desde o século XIX, uma evolução mais rápida na recepção judicial de relatos representativos e gerais das partes sobre fatos relevantes para o litígio, na mesma forma processual como são produzidas as declarações testemunhais. Com efeito, em países com influência do modelo *common law*, em que é permitido um interrogatório mais livre e cruzado, por meio do *examination* e do *cross examination*, observou-se um amplo aproveitamento probatório do saber das partes, em paridade

² MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 153.

³ TARUFFO, Michele. *A Prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 65.

⁴ PEDRA, Catarina Gomes. *A prova por Declarações de Parte no Novo Código de Processo Civil*. Em busca da Verdade Material no Processo. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade do Minho, Braga, 2014, 168 f., p. 13. Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/44537/1/Catarina%20Gomes%20Pedra.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

com o testemunho de terceiros formalmente desinteressados e alheios à controvérsia judicial, largamente submetido à livre apreciação do julgador.

Os acordos de cooperação processual, que se tornaram atualmente os principais veículos jurídicos para a utilização da parte para finalidades probatórias mais gerais, tiveram raízes na prática da *doctrine of approvement*, no âmbito dos sistemas *common law*, nos idos do século XVII. Quando uma pessoa era denunciada por um crime, poderia confessar ou indicar terceiros como co-participantes do crime, aceitando eventual misericórdia do Tribunal. Se o sujeito delatado pelo co-arguido fosse condenado, o perdão era concedido ao delator; se, contudo, aquele fosse absolvido, o *approver* era executado⁵.

Posteriormente, o perdão passou a ser concedido em tais acordos segundo a completude e a veracidade do testemunho, independentemente do resultado do julgamento. No desenvolvimento do instituto, o promotor público passou a ser o único agente com atribuição para decidir quando um co-arguido poderia ser chamado para testemunhar, até que, no século XIX, tornou-se disseminada a utilização de acordos processuais em busca de depoimentos de interesse do Estado, em troca da isenção de acusações e da mitigação ou abolição de penas.

Nos Estados Unidos da América, policiais e promotores historicamente têm celebrado acordos com criminosos, a fim de auxiliar na condenação de cúmplices. Neste aspecto, contemporaneamente ganhou destaque a prática policial de não realizar prisões legais, caso o indivíduo concordasse em trabalhar secretamente em prol do Estado, por meio da compra escamoteada de narcóticos, infiltração em quadrilhas ou para servir de fundamento para um mandado de busca. Outra praxe observada é quando o suspeito se recusa a colaborar com a persecução penal e a Polícia percebe que ele possui informações úteis, daí o promotor público poderá ser provocado para requerer em juízo uma imunidade processual e, assim, estimular o indivíduo a testemunhar e não exercer o seu direito à não autoincriminação.

Sob inspiração do panorama geral acima traçado, o presente trabalho foi concebido com o fim de investigar em que medida o sistema jurídico norte-americano busca confirmar a autenticidade das declarações fornecidas por criminosos, no âmbito dos acordos de cooperação criminal selados com o Estado (*cooperation*

⁵ THAMAN, Stephen C. São os acordos de cooperação no direito penal estadunidense reforços à verdade na apuração de fatos em casos graves? In: AMBOS, Kai et al. *Colaboração premiada: perspectiva comparada*. Belo Horizonte: Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 241-267, p. 252.

agreement), fazendo-se um exame perfunctório comparativo sobre o parâmetro geral de corroboração probatória adotado em outros sistemas jurídicos. Desta forma, o principal objetivo do presente estudo será a investigação dos meios de controle adotados no sistema estadunidense para aferir a veracidade da prova testemunhal constituída por declarações de colaboradores criminais (*accomplices*).

A escolha do ordenamento estudado decorre, por um lado, do princípio da natural liberdade seletiva que norteia um trabalho de pesquisa e, por outro, do interesse de investigação sobre a realidade jurídica do país que tanto influenciou vários ordenamentos ocidentais, no que diz respeito à intensa aplicação de institutos criminais de negociação processual com agentes criminais.

No primeiro capítulo serão abordadas as principais características do *cooperation agreement* no sistema norte-americano, sua distinção em relação a outros institutos de justiça penal negocial, assim como os modelos básicos de benefícios concedidos aos *accomplices*.

No segundo capítulo será estudada a inter-relação entre o instituto do *cooperation agreement* e o parâmetro de busca da verdade subjacente ao sistema adversarial, como também sua distinção em relação à filosofia de verdade almejada em sistemas *civil law* e a questão do controle sobre a sinceridade do testemunho.

No terceiro capítulo, os direitos à ampla defesa e ao confronto serão o objeto de estudo, tal como sua configuração no âmbito de um sistema adversarial. Será tratada a conexão do exercício destes direitos com a busca da verdade, bem como as diferentes configurações desta conexão a depender da tradição jurídica do ordenamento, demonstradas por meio de alguns casos judiciais (*Caso Crawford vs. Washington*, no âmbito da Suprema Corte norte-americana e o *Caso Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido*, no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos). Finalmente serão examinadas algumas problemáticas decorrentes do direito à ampla defesa e ao confronto, mais particularmente aplicáveis ao *cooperation agreement*.

No quarto capítulo, será analisado o impacto do sistema de jurados na gestão da prova testemunhal decorrente do *cooperation agreement*, com destaque para o estudo dos efeitos da implementação da advertência ao jurado sobre a necessidade de valorar com cuidado o depoimento do colaborador e das audiências preliminares com o *accomplice*, para se atestar a confiabilidade de suas declarações.

No quinto capítulo, tratar-se-á sobre o padrão altamente discricionário da atuação do Ministério Público no contexto do *cooperation agreement*, no que diz

respeito à oportunidade e à conveniência na celebração de acordos, à seleção de *cooperators* e à definição dos benefícios concedidos aos colaboradores, além de suas repercussões no exercício de direitos de defesa de todos os interessados processuais.

No sexto capítulo serão analisados o fenômeno dos erros judiciários no âmbito de institutos jurídicos de justiça negociada, a exemplo do *cooperation agreement* e a corroboração probatória como uma técnica de verificação das declarações de colaboradores processuais, com destaque para a análise de seus elementos normativos e natureza jurídica.

Finalmente, no sétimo capítulo, aprofundaremos o estudo sobre a corroboração probatória no contexto da tradição *common law*, bem como a sua configuração no sistema jurídico estadunidense, no campo do *cooperation agreement*. Paralelamente será analisado, de maneira comparativa, o modelo geral de corroboração probatória em voga em alguns sistemas de tradição *civil law* e a regra *sole and decisive evidence*, mediante a análise de alguns julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (*Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido* e *Shatschaschwili vs. Germany*).

Conforme registrado acima, são sabidas as vicissitudes de qualquer estudo voltado a pesquisar a prática judicial nos Estados Unidos, tendo em vista a forte estrutura federativa do país, que define diferentes panoramas jurisprudenciais e legislativos, para além dos costumes cultivados de maneira diferenciada em cada porção daquele tão vasto território.

Ainda assim, tentar-se-á expor os principais elementos da experiência do *cooperation agreement*, no que diz respeito à gestão probatória da veracidade das declarações do *accomplice*, sempre a destacar quando se trata de prática no âmbito federal ou em alguma outra unidade federativa daquela nação, tentando-se paralelamente identificar padrões gerais na legislação, jurisprudência e na conduta dos agentes da lei.

1. O *cooperation agreement* estadunidense: análise das principais características jurídicas do instituto e das linhas gerais da gestão da prova testemunhal fornecida pelo *accomplice witness*

No Direito norte-americano o *cooperation agreement* é uma espécie de acordo de cooperação entre o Estado e co-autores ou partícipes de delitos nos quais, diferentemente do tradicional *plea agreement*, admitir a culpa não é a principal meta ou utilidade do instituto. Antes, almeja-se utilizar a cooperação proativa ou histórica do agente criminoso, a fim de serem adquiridas evidências destinadas ao processamento de outros indivíduos. No *cooperation agreement*, um réu negocia as informações privilegiadas que possui, que podem ou não estar exclusivamente sob seu controle pessoal imediato, em troca de alguma espécie de benefício, a qual estará quase que exclusivamente no controle do Ministério Público⁶.

Diferentemente do *plea bargaining*, o qual é muito comparável a um contrato de adesão, no *cooperation agreement* o acordo costuma ser muito mais personalizado, detalhado e complexo, justamente porque depende da natureza das evidências prometidas pelo colaborador. Outro notório fator distintivo são as obrigações potencialmente mais onerosas e prolongadas, assumidas pelo co-arguido durante a assinatura do acordo, a exemplo do dever de conceder entrevistas, depoimentos, testemunhos (perante jurados, em sucessivos julgamentos), de realizar ações secretas, infiltração, observação e relatórios: compromissos que podem se estender por um futuro distante e até incerto⁷.

Difere também de outras figuras jurídicas que assomam ao processo para testemunhar, a exemplo do *tipster* (cidadão comum que resolve denunciar um delito), do *confidential informant* (criminoso que ocasionalmente fornece informações sobre criminosos, sem que haja acordo com o Estado nem promessa formal de leniência em determinado processo) e do *jailhouse informant* (indivíduo encarcerado que ouviu de outro prisioneiro informações sobre determinada atividade criminal e concorda em testemunhar sobre o que ouviu no próximo julgamento do réu)⁸. Na maioria das

⁶ CASSIDY, R. Michael. 'Soft words of hope': Giglio, accomplice witnesses, and the problem of implied inducements". *Northwestern University Law Review*, 2004, 98(3), pp. 1129-1177, p. 1135. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=525622&download=yes. Acesso em: 19 de outubro de 2020.

⁷ KNIZHNIK, Shana. Failed Snitches and Sentencing Stitches: Substantial Assistance and the Cooperator's Dilemma, 2015, 90(1), *N.Y.U. L. Rev.*, pp. 1722-1760, p. 1740.

⁸ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1134.

situações em que um informante testemunha em juízo, o Estado negocia com um *accompliance witness* ou com um *jailhouse informant*.

O *accompliance witness*, em síntese, concorda em testemunhar contra seus comparsas, em troca de leniência. Nos Estados Unidos o agente criminoso assume a postura processual de testemunha de acusação, após assumir a sua culpa previamente e revelar os meandros da atuação criminosa dos corrêus em um procedimento separado e geralmente secreto⁹. Será o Ministério Público que primeiramente admitirá o sujeito criminoso como colaborador (após avaliar o potencial de seu testemunho) e depois informará se a sua colaboração se mostrou produtiva e satisfatória para o resultado final do processo, para que alguma vantagem lhe seja concedida.

Os incentivos oferecidos aos colaboradores processuais vão desde dinheiro e outros benefícios pecuniários a promessas de leniência com relação a sua conduta criminosa, entrada em programa de proteção de testemunha, auxílio em pendências migratórias ou até benefícios para membros da família¹⁰. Quanto às recompensas processuais, estas também podem ocorrer sob três modelos básicos, em síntese: promessa de retirar ou não apresentar certa acusação; promessa de não recomendar certo tipo de sentença ou não se opor a certo tipo de sentença pleiteada pela defesa; e a promessa de concordar com o réu sobre certo tipo de sentença.

Desta maneira, o colaborador poderá ter a redução de sua pena final ou mesmo a imunidade processual como resultados práticos de seu processo, mediante a não propositura de ação penal, por meio do *cooperation agreement* com cláusula de irresponsabilidade penal completa (*transactional immunity*) ou com cláusula de irresponsabilidade penal limitada ao que foi objeto de seu testemunho (*use immunity*)¹¹.

Neste sentido, houve um período na aplicação deste tipo de acordo em que o Estado era impedido de processar o colaborador por qualquer delito relacionado ao seu depoimento (*transactional immunity*). Este modelo, contudo, foi alterado pelo legislador federal, a fim de que o Estado seja impedido de usar direta ou indiretamente

⁹ STRANG, Robert R. Plea bargaining, cooperation agreements, and immunity orders. *International Training Course Visitings Expert's Papers*, 155(92), 2015, pp. 30-37, p. 34. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/04ee/8da129e50f2cf4f8ce3cdc4df46bc3cabfa3.pdf?_ga=2.211568535.364331692.1552851463-661853801.1552851463. Acesso em: 05 jun. 2019.

¹⁰ THAMAN, Stephen C. *Op. cit.*, p. 253.

¹¹ STRANG, Robert R. *Op. cit.*, p. 30-37.

apenas o objeto direto do depoimento da testemunha, em um processo posterior movido contra o sujeito declarante (*use immunity*). Desta forma, qualquer prova derivada do testemunho do colaborador será inadmissível quando o indivíduo tiver imunidade e for processado pelo crime sobre o qual testemunhou¹².

No *use immunity*, o membro do Ministério Público deverá limitar de maneira explícita o escopo do acordo, a fim de que o colaborador não seja beneficiado de forma ampla e irrestrita e a imunidade processual fique condicionada direta ou indiretamente ao testemunho ou outro tipo de cooperação que foi fornecido, bem como ao distrito correlato à acusação pendente.

Neste aspecto, para processar o cúmplice previamente imunizado, o governo deve demonstrar que as provas invocadas para acusar e condenar a testemunha foram obtidas de fontes independentes. Após o *Caso Kastigar vs. Estados Unidos*, os tribunais geralmente empregam uma audiência probatória pré-julgamento para testar as evidências do governo quanto à acusação. Ou seja, é necessária uma audiência de pré-julgamento para teste de fonte independente, na qual a acusação deverá demonstrar que a evidência que se propõe utilizar é derivada de uma fonte legítima totalmente independente do testemunho requerido. Inevitavelmente, nesta audiência, o governo deve revelar alguma parte do seu manancial de provas, ou pelo menos as circunstâncias em que a prova foi obtida, antes que o juiz possa decidir sobre sua admissibilidade.

Como esclarece Saverda, um pesado ônus é atribuído ao Ministério Público, no processo subsequente relacionado ao indivíduo beneficiário da imunidade, visto que na referida audiência a acusação deverá mostrar que todas as provas que pretende usar para o processo foram obtidas exclusivamente em fontes independentes¹³. No entanto, ainda assim o *use immunity* apresenta duas vantagens ao Estado, se comparado aos demais modelos de transações criminais: primeiramente preserva a possibilidade de se processar o colaborador com base em provas independentes, se posteriormente o promotor verificar que o envolvimento da pessoa com a atividade delitiva foi mais sério do que parecia originalmente; e, em segundo lugar, encoraja a testemunha a ser colaborativa ao máximo, no que toca ao relato de todas as empreitadas criminosas de que tem conhecimento, pois quanto

¹² THAMAN, Stephen C. *Op. cit.*, p. 253.

¹³ SAVERDA, Christine J. *Accomplices in federal courts: a case for increased evidentiary standards. The Yale Law Journal*, 100(3), 1990, pp. 785–804, p. 802.

mais revelar, mais proteção o agente terá contra uma futura acusação¹⁴.

Segundo Cassidy, há, em síntese, três programas típicos de benefícios processuais, nos acordos de colaboração com o Estado¹⁵.

No primeiro modelo, o procurador não faz promessa de benefício ao colaborador, o qual testemunha contra o corréu sem garantias do tipo de leniência que receberá. Após o testemunho, o Ministério Público e a defesa do colaborador negociarão sobre a mais adequada peça acusatória ou sentença, com base no valor ou peso atribuído à cooperação do cúmplice.

No segundo modelo, o procurador e o coarguido concordam em avançar no julgamento contra o réu com concessões *previamente* definidas sobre a denúncia ou a sentença; o colaborador reconhece a culpa em relação a suas acusações e recebe uma sentença judicial antes de oferecer sua colaboração em juízo contra o corréu.

No terceiro modelo, o colaborador assume sua culpa e o Ministério Público permanece com o poder de recomendar algum benefício apenas após o testemunho. Aquele tem apenas a vantagem de saber que receberá alguma espécie de recompensa se testemunhar de maneira condizente com as declarações prestadas durante as audiências preliminares (diferentemente do primeiro modelo).

No primeiro e no terceiro modelo, não haverá promessas, recompensas ou estímulos materiais a serem revelados ao júri¹⁶, diferentemente do segundo modelo, em que a recompensa é oferecida antecipadamente, e o acordo e a sentença concedidos ao colaborador devem ser plena e antecipadamente revelados à defesa.

O modelo majoritariamente adotado nos Estados Unidos, na esfera federal, é o acordo em que se firmará de maneira certa e clara a obrigação do colaborador de dizer a verdade, quando convocado para testemunhar em juízo, mas permanecerá em aberto a obrigação do Ministério Público de apresentar uma moção de assistência substancial em relação ao cúmplice. Desta forma, nos tribunais federais, a prática dominante é que os *accomplices* se declarem culpados, segundo um acordo de

¹⁴ U.S. Department of Justice – Principles of Federal Prosecution. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.630>. Acesso em: 16 fev. 2022.

¹⁵ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p.1142-1149.

¹⁶ Esta foi a conclusão a contrario sensu da Suprema Corte, no Caso Giglio vs. USA, em que o Estado não divulgara no processo a promessa de imunidade ofertada a uma testemunha-chave, em troca do seu testemunho. No referido caso, definiu-se que a acusação tem o dever de apresentar à defesa todas as provas materiais que lhe estejam disponíveis, sob pena de violação ao devido processo legal. U.S. SUPREME COURT. *Giglio vs. USA*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/150/>. Acesso em: 29 ago. 2022.

cooperação com os *prosecutors* e sejam sentenciados somente após a conclusão das obrigações assumidas neste acordo (por exemplo, após testemunhar em todas as audiências em que suas declarações são necessárias).

No entanto, nem sempre este é o desenrolar dos acontecimentos em todo o sistema federal, pois eventualmente uma testemunha pode concordar em cooperar apenas depois de ter sido condenada e sentenciada ou um juiz pode insistir em sentenciá-la antes de a cooperação estar completa. Quanto à esfera estadual, por seu turno, a maioria dos estados não possui mecanismo que garanta o ajuste da sentença com base na cooperação subsequente do réu, ao contrário do sistema federal, em que a lei fornece um mecanismo para ajustar a sentença de um colaborador após o fato¹⁷, com base no art. 35 (b), do *Federal Rules of Criminal Procedure*¹⁸.

Apesar de não exigido expressamente por lei, quase todos os acordos de cooperação na esfera federal são postos por escrito, diferentemente da prática variável nos Estados, em que geralmente verificam-se acordos de cooperação celebrados de maneira oral e mais informal. Quando o acordo é escrito, deverá ser apresentado integralmente à defesa¹⁹.

O Manual do Departamento de Justiça para Procuradores Assistentes dos Estados Unidos (*U.S. Department of Justice Manual, Principles of Federal Prosecution*)²⁰ prevê basicamente três métodos para se obter o testemunho ou a cooperação de uma pessoa implicada na conduta criminosa sob investigação ou processamento judicial, a fim de que seja inaplicável a 5ª Emenda da Constituição norte-americana (que assegura o direito à não-autoincriminação)²¹ ou haja a renúncia

¹⁷ ROTH, Jessica. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. *American Criminal Law Review*, 737(1), 2016, p. 752.

¹⁸ "Upon the government's motion made more than one year after sentencing, the court may reduce a sentence if the defendant's substantial assistance involved: [...] information provided by the defendant to the government within one year of sentencing, but which did not become useful to the government until more than one year after sentencing". U.S. *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules/FRCrP12.1.2014.pdf. Acesso em 13 de janeiro de 2022.

¹⁹ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1147-1148.

²⁰ U.S. *Department of Justice – Principles of Federal Prosecution*. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.630>. Acesso em: 16 fev. 2022.

²¹ "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private

voluntária deste direito.

A primeira forma é aguardar a pessoa ser acusada, julgada e condenada, antes de se solicitar sua cooperação para investigação ou acusação de terceiros, quando assim for conveniente sob o ponto de vista temporal.

A segunda forma é a obtenção do acordo mediante a condição de se reduzir em número ou grau a acusação ou a sanção penal, o que será assegurado por meio de moção estatal à Corte, após a colaboração por parte do co-arguido, com base no Parágrafo 5K1.1 da *U. S. Sentencing Guidelines* e da Regra 35 das *Federal Rules of Criminal Procedure*²², método que será mais esmiuçado a seguir.

A terceira forma para garantir a cooperação de um réu em potencial é por meio da regra 18, §§ 6001-6003, do *United States Code*²³, quando o agente que não deseja cooperar pode ser obrigado a depor ou a fornecer informações. Neste caso, o sujeito pode ser ordenado a fornecer os dados necessários à acusação, mas os elementos por ele fornecidos não poderão ser utilizados contra ele, direta ou

property be taken for public use, without just compensation". U.S. Constitution of the United States. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 17 de fev. 2022.

²²(b) *Reducing a Sentence for Substantial Assistance.*(1) *In General. Upon the government's motion made within one year of sentencing, the court may reduce a sentence if the defendant, after sentencing, provided substantial assistance in investigating or prosecuting another person. (2) Later Motion. Upon the government's motion made more than one year after sentencing, the court may reduce a sentence if the defendant's substantial assistance involved: (A) information not known to the defendant until one year or more after sentencing; (B) information provided by the defendant to the government within one year of sentencing, but which did not become useful to the government until more than one year after sentencing; or (C) information the usefulness of which could not reasonably have been anticipated by the defendant until more than one year after sentencing and which was promptly provided to the government after its usefulness was reasonably apparent to the defendant. (3) Evaluating Substantial Assistance. In evaluating whether the defendant has provided substantial assistance, the court may consider the defendant's presentence assistance. (4) Below Statutory Minimum. When acting under Rule 35(b), the court may reduce the sentence to a level below the minimum sentence established by statute (...)*". U.S. Federal Rules of Criminal Procedure. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CPRT-115HPRT32758/pdf/CPRT-115HPRT32758.pdf>. Acesso em 17 fev. 2022.

²³ Nos termos do § 6002, do *United States Code*: "*Whenever a witness refuses, on the basis of his privilege against self-incrimination, to testify or provide other information in a proceeding before or ancillary to (1) a court or grand jury of the United States, (2) an agency of the United States, or (3) either House of Congress, a joint committee of the two Houses, or a committee or a subcommittee of either House, and the person presiding over the proceeding communicates to the witness an order issued under this title, the witness may not refuse to comply with the order on the basis of his privilege against self-incrimination; but no testimony or other information compelled under the order (or any information directly or indirectly derived from such testimony or other information) may be used against the witness in any criminal case, except a prosecution for perjury, giving a false statement, or otherwise failing to comply with the order*". U.S. United States Code. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section6002&num=0&edition=prelim>. Acesso em: 17 fev. 2022.

indiretamente, em qualquer caso criminal, exceto em processo por perjúrio ou por descumprimento de ordem judicial.

Aquele Manual também preceitua, na Cláusula 9-27.600, três circunstâncias que deverão ser consideradas pelos membros do Ministério Público antes de se ofertar imunidade processual em troca de cooperação: a indisponibilidade ou ineficácia de outros meios para obter a informação desejada, a existência de interesse público no acordo e a aprovação da medida pelas instâncias hierárquicas superiores²⁴.

Sobre a avaliação se há ou não interesse público para a realização de um *cooperation agreement*, outras orientações são apresentadas aos procuradores, em lista não exaustiva, sobre os fatores que deverão ser avaliados no caso concreto: a relevância daquela investigação e da respectiva persecução penal, de acordo com as diretrizes vigentes de política criminal e os interesses de segurança nacional, o valor da colaboração proposta para a investigação ou acusação, a culpabilidade relativa do colaborador no caso e seu histórico em relação à atividade criminosa e os interesses das vítimas²⁵.

É relevante destacar que o primeiro fator a ser considerado pelo Ministério Público (*importance of case*) diz respeito à missão primordial de se fazer cumprir a lei criminal, visto que um procurador não deverá rotineiramente ou indiscriminadamente celebrar acordos que mitiguem ou anulem o cumprimento da aplicação legal. Com efeito, deve reservar o uso de tais acordos para os casos em que houve o cometimento de uma infração grave, ou quando a ação penal é importante para os esforços de prevenção criminal e para a segurança nacional.

Quanto ao valor da cooperação, o Manual registra que é necessário que o procurador assegure-se de avaliar adequadamente o peso potencial da colaboração, mediante, por exemplo, uma “amostra de prova”, para deduzir a qualidade e a credibilidade do material vindouro (máxime quanto à possibilidade de confirmação dos elementos probatórios apresentados por meio de outras provas), ou se o material fornecido pelo *accomplice* ajudará de fato na causa criminal e se a mesma prova

²⁴“Except as hereafter provided, the attorney for the government may, with supervisory approval, enter into a non-prosecution agreement in exchange for a person's cooperation when, in his/her judgment, the person's timely cooperation appears to be necessary to the public interest and other means of obtaining the desired cooperation are unavailable or would not be effective.” U.S. Department of Justice – *Principles of Federal Prosecution*. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.430>. Acesso em: 17 fev. 2022.

²⁵*Idem*.

poderia ser fornecida por outra pessoa sem leniência.

Por outro lado, no que diz respeito às linhas gerais da dosimetria da pena em relação ao *cooperator*, as *U.S. Sentencing Guidelines* orientam a elaboração das sentenças, no âmbito dos tribunais federais, por meio do método de pontuação atribuído a circunstâncias agravantes e atenuantes, aplicadas na definição do mínimo e do máximo da pena de determinado delito, por meio de diretrizes de cunho não mandatário²⁶.

Desta forma, defere-se uma diminuição de dois ou três pontos ao réu que realizar o “aceite de responsabilidade”, de acordo com o artigo §3E.1.1, mas o nível efetivo de redução da pena dependerá dos antecedentes criminais do acusado.

Para que um réu seja considerado apto ao próprio “aceite de responsabilidade”, deverão ser verificadas algumas condições não exaustivas. Além de se examinar o momento em que o agente decidiu assumir a responsabilidade criminal, deverá ele admitir a conduta que compreende o delito objeto do processo e qualquer outra prática adicional relevante (ou não negá-la falsamente); abandonar voluntariamente a atividade criminosa; entregar-se voluntariamente às autoridades imediatamente após a prática do crime; cooperar com as autoridades na recuperação dos produtos e instrumentos do crime; renunciar voluntariamente a cargo ou posto ocupados durante a prática do delito; participar de programas de reabilitação pós-crime (por exemplo, aconselhamento ou tratamento com drogas)²⁷.

Além do “aceite de responsabilidade”, o sujeito que firmar o acordo de colaboração processual pode ter uma redução adicional da pena, condicionada à discricionariedade do promotor público. Com efeito, com base no Parágrafo 5K1.1 das *Guidelines*²⁸, a Corte sentenciante poderá reduzir a sanção no caso concreto,

²⁶ THAMAN, Stephen C. *Op. cit.*, p. 255.

²⁷ UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Guidelines Manual*. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2021/GLMFull.pdf>. Acesso em 14 dez. 2021.

²⁸ “Upon motion of the government stating that the defendant has provided substantial assistance in the investigation or prosecution of another person who has committed an offense, the court may depart from the guidelines. (a) The appropriate reduction shall be determined by the court for reasons stated that may include, but are not limited to, consideration of the following: (1) the court’s evaluation of the significance and usefulness of the defendant’s assistance, taking into consideration the government’s evaluation of the assistance rendered; (2) the truthfulness, completeness, and reliability of any information or testimony provided by the defendant; (3) the nature and extent of the defendant’s assistance; (4) any injury suffered, or any danger or risk of injury to the defendant or his family resulting from his assistance; (5) the timeliness of the defendant’s assistance”. UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Guidelines Manual*. Disponível em: <https://guidelines.ussc.gov/gl/%C2%A75K1.1>.

podendo divergir da grade penal ali pré-fixada, conforme o peso e a utilidade da assistência prestada pelo colaborador; mediante análise da consideração do Ministério Público sobre a cooperação; a depender da veracidade, da integridade e da confiabilidade das informações prestadas, bem como da natureza ou extensão da assistência, da existência de risco ou de ofensa ao réu ou a sua família, ou do momento da assistência. Com a edição do §5K1.1, o juiz perdera a capacidade de diminuir *ex officio* a pena do colaborador, independentemente da avaliação do Ministério Público sobre a importância da cooperação²⁹.

No sistema federal norte-americano há um modelo de penas mínimas, ditado pelo *United States Code*, com disposição análoga ao § 5K1.1 do U.S. *Sentencing Guidelines*, que corresponde à única maneira de o réu receber uma condenação menor. É o 18 U.S.C. § 3553(e), que autoriza ao juiz impor uma sentença em patamares inferiores ao padrão obrigatório, mas apenas quando houver a moção do Ministério Público neste sentido:

*(e) LIMITED AUTHORITY TO IMPOSE A SENTENCE BELOW A STATUTORY MINIMUM.—Upon motion of the Government, the court shall have the authority to impose a sentence below a level established by statute as a minimum sentence so as to reflect a defendant's substantial assistance in the investigation or prosecution of another person who has committed an offense. Such sentence shall be imposed in accordance with the guidelines and policy statements issued by the Sentencing Commission pursuant to section 994 of title 28, United States Code*³⁰.

Com o passar do tempo, é certo que o modelo de pena mínima obrigatória sofreu alterações, diante do clamor de maior discricionariedade judicial para fixação das sanções, razão pela qual algumas alterações legislativas foram observadas de que é exemplo, na esfera federal, a *Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994*³¹.

Houve, portanto, um aumento significativo de imputados que optaram por realizar acordos de culpa nos Estados Unidos devido ao regime em geral do

Acesso em: 15 nov. 2021.

²⁹ THAMAN, Stehen C. *Op. cit.*, p. 256.

³⁰ U.S. *United States Code*. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title18/html/USCODE-2011-title18-partII-chap227.htm>. Acesso em: 9 jan. 2023.

³¹ SIDHU, Dave S. *When Is a Mandatory Minimum Sentence Not Mandatory Under the First Step Act?*. Congressional Research Service, 2023. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10910>. Acesso em: 22 nov. 2023.

mandatory minimum e das *mandatory sentence guidelines*³². No caso dos delitos federais relativos ao narcotráfico, por exemplo, verificou-se um patamar de pena entre quatro meses e cinco anos aplicado aos imputados que, após essa reforma, realizaram alguma espécie de *plea bargaining*, diferentemente da cifra de dezesseis anos dos indivíduos que resolveram insistir com o andamento convencional do processo, segundo pesquisa citada pelo juiz nova-iorquino Rakoff³³. Não é custoso perceber que tal fenômeno igualmente passou-se no cenário do *cooperation agreement*.

O aspecto mais imprevisível do processo de cooperação com criminosos nos Estados Unidos, contudo, não é exatamente a fase judicial de dosimetria penal, mas sim a decisão prévia do Ministério Público de conceder ou não a moção em prol da redução, como bem explana Knizhnik. Enquanto no “aceite de responsabilidade” o ajuste é formalizado com o réu, de maneira que o benefício de diminuição da pena é quase automático e de concessão certa (porque decorrente da simples assunção da culpa), na moção de assistência substancial apresentada pelo Estado haverá essencialmente critérios de análise discricionária do agente estatal, com um sistema de recompensa variável, mas que ainda assim desperta profícuo interesse para os cooperadores³⁴. Com efeito, o juiz sentenciador não tem poder algum para considerar as características individuais do réu, a gravidade real de sua conduta criminosa ou o histórico de tentativas mal sucedidas de colaboração com o Estado, sem a prévia moção estatal em xeque.

Verifica-se uma ampla margem de discricionariedade do Ministério Público na execução do *cooperation agreement* nos Estados Unidos, desde o processo de escolha dos candidatos para a celebração de tal espécie de acordo, até a decisão final de um promotor de fazer uma moção com base no § 5K1.1 das *Guidelines*, a qual só pode ser revisada judicialmente quando baseada em motivo inconstitucional ou não tiver nexos diretos com qualquer fim legítimo do Estado³⁵.

Tal inteligência foi firmada em *Wade vs. Estados Unidos*, em que a Suprema

³² LIPPKE, Richard. Rewarding Cooperation: The Moral Complexities of Procuring Accomplice Testimony. *New Criminal Law Review*, 13(1), 2010, pp. 90-118, p. 91. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2189442>.

³³ RAKOFF, J. S. *Why innocent people plead guilty*. The New York Review of Books, 2014. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁴ KNIZHNIK, Shana. *Op. cit.*, p. 1732.

³⁵ *Idem*, p. 1725.

Corte declarou que os tribunais federais têm competência para reverter a decisão governamental de não apresentar uma moção de assistência substancial, visto que o poder discricionário de um procurador ao exercer essa prerrogativa está sujeito a limitações constitucionais que o Judiciário pode aplicar, mas apenas quando há razões manifestamente ilegítimas, como a raça ou a religião do réu, ou a má-fé do agente da lei³⁶. Não caberia, assim, sindicatar outros motivos, como o grau, a qualidade ou a extensão da colaboração ofertada.

O tema da discricionariedade do Ministério Público no âmbito do *cooperation agreement* será resgatado no quarto capítulo desta pesquisa.

A controvérsia sobre a prática do Estado de assegurar testemunho de cúmplices criminais, mediante promessa de leniência, já foi objeto de intensos conflitos judiciais nos Estados Unidos, a ponto de se ter debatido se a promessa estatal de não processar um cúmplice que resolve colaborar com informações viola o estatuto federal anti-suborno (Caso *US vs. Singleton*).

Embora o Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Décimo Circuito tenha firmado que a prática ministerial de negociar com criminosos não foi prevista de maneira clara no estatuto anti-suborno e representa um ato de soberania estatal ao longo de muitos anos da História daquele país, as acaloradas críticas ao instituto deixaram marcas no debate acadêmico sobre o tema da negociação processual de benefícios processuais, em troca de informações da prática delitiva³⁷.

Outro crítico aspecto na operacionalização do *cooperation agreement* diz respeito à possibilidade de fabricação de informações pelos cúmplices. Deveras, muito se discute sobre o que representaria uma cooperação fidedigna do colaborador, já que há um incentivo implícito para fabricar versões em prol da tese da acusação, diante da prerrogativa de o Ministério Público considerar o acordo nulo, por falsidade das declarações³⁸.

Dentre as medidas concretas utilizadas para limitar ou diminuir os riscos da dependência de uma causa criminal às provas testemunhais fornecidas por co-arguidos insere-se tradicionalmente a tipificação da conduta do falso testemunho ou perjúrio. Paralelamente, tem sido apresentada a necessidade de se inserirem novos

³⁶U.S. SUPREME COURT. *Wade v. United States*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/181/>. Acesso em 20 mar. 2022.

³⁷CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1129.

³⁸*Idem*, p. 1147.

mecanismos de controle da qualidade do material probatório fornecido pelo *accomplice witness*, a exemplo de audiências judiciais preliminares, a fim de autorizar a produção da prova testemunhal apenas quando o juiz atestar indícios mínimos de credibilidade do colaborador.

Também tem sido aventada a proibição ao Estado de condicionar benefícios processuais à satisfação dos seus agentes da persecução, *v.g.*, apenas quando houver condenação de determinado sujeito ou alguma outra obtenção de sucesso na investigação criminal. E finalmente também tem sido bastante recorrente o apelo ao incremento de regras de corroboração probatória nas instâncias estaduais e federais, objeto principal de estudo no presente trabalho.

Finalmente, não há informações seguras e definitivas sobre a escala de utilização do *cooperation agreement* nos vários sistemas judiciais espalhados na federação estadunidense³⁹. Contudo, segundo o *United States Sentencing Commission*, no âmbito federal, aproximadamente 12,4% dos acusados recebeu diminuição de pena no ano de 2015, com base em uma *substantial assistance*, cifra que se manteve relativamente estável desde os sete anos antecedentes, tendo atingido o mínimo de 11,2% apenas no ano de 2011. Por outro lado, por volta de 74% das colaborações em que houve sucesso, tratava-se de casos de drogas e fraudes, sendo que em 2008 mais de 50% de dez mil acusados que se beneficiaram com base na Seção 5K1.1. foram denunciados por crimes envolvendo drogas⁴⁰.

Em pesquisa levantada por Baer⁴¹, no ano de 2008, 13,5% dos réus condenados no sistema de justiça criminal federal eram colaboradores da Justiça, mas em vários outros distritos judiciais o número de arguidos que cooperaram foi bem superior a 20%. O número absoluto de arguidos cooperantes manteve-se relativamente constante, apesar de a percentagem ter diminuído de 18,7% em 1999 para 13,5% em 2008, fato que pode ser explicado por vários motivos: o conjunto de infrações perseguidos passou a incluir infrações para as quais o *cooperation agreement* é de pouca ajuda; os agentes da lei podem ter se tornado “consumidores” mais eficientes das informações obtidas com os colaboradores, por meio da condenação de um maior número de indivíduos com o mesmo número de

³⁹THAMAN, Stephen C. *Op. cit.*, p. 259.

⁴⁰ROTH, Jessica. *Op. cit.*, pp. 748-750.

⁴¹BAER, Miriam H. Cooperation's Cost. *Washington University Law Review*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1665137>, pp. 1-53, pp. 44-47.

accomplices; ou provavelmente os números tenham se tornado mais fidedignos do que costumavam ser, por causa da relativização dos modelos mandatórios de pena da *Guidelines*, conforme já tratado alhures.

2. Os desafios para a cognição no *cooperation agreement*, tendo em vista a perspectiva de busca da verdade no sistema adversarial

É possível conceber os sistemas adversarial e inquisitorial como macroestruturas de interpretação, lentes pelas quais os atores jurídicos compreendem e atuam na realidade, entendem e representam o processo penal. Assim sendo, os mesmos termos ou significantes, comuns em todas as línguas e idiomas, podem apresentar invariavelmente significados e alcances jurídicos diversos, em cada uma daquelas culturas processuais. É o que ocorre, por exemplo, com o termo “verdade”.

Este é o ensinamento de Langer⁴², o qual também registra que permanece viva a associação entre as culturas processuais adversarial e inquisitorial e as jurisdições anglo-americanas e de *civil law* da Europa Continental e da América Latina, respectivamente. Esta relação dá-se principalmente no que diz respeito à instrução processual e ao julgamento, devido à forma como cada um destes sistemas representa a melhor forma de solucionar os conflitos penais.

Destaque-se, neste contexto, a advertência de Mendes sobre a tendência para uma certa harmonização simultânea dos sistemas, em direção a um amplo modelo misto, mormente após a Segunda Guerra Mundial, quando se difundiu a doutrina da adversariedade, devido à afirmação da hegemonia mundial dos Estados Unidos, fenômeno que não abalou, contudo, a diferença de paradigma entre o sistema adversarial anglo-saxônico e a tradição do direito processual penal europeu continental⁴³.

O que se convencionou classificar como processo adversarial consiste basicamente numa forma de “dizer o direito”, calcada numa disputa entre acusação e defesa, perante um árbitro passivo, bem diferente dos sistemas ditos inquisitoriais, em que o processo penal é concebido primacialmente como uma investigação oficial sobre a verdade dos acontecimentos, levada a cabo por agentes estatais.

⁴² LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, 2(3), 2017, pp. 33-34.

⁴³ MENDES, Paulo de Sousa. A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento. *In: Aa. Vv. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Coimbra : Coimbra Editora, vol. 2, 2013, p. 1365.

Ademais, são marcantes para a caracterização do sistema adversarial: a participação do leigo na atividade jurisdicional (a compor um tribunal bifurcado ao lado do juiz - o órgão técnico-profissional, que terá menor controle hierárquico sobre o mérito das decisões); a preferência pela produção da prova via oral nos julgamentos; a ausência de uma fundamentação obrigatória dos veredictos; bem como a existência de detalhadas regras que filtram os elementos probatórios admitidos no julgamento e guiam a avaliação da prova finalmente será avaliada nos autos⁴⁴.

Por outro lado, calha resgatar o panorama histórico em que foi construída a identidade do sistema adversarial em algumas nações, com tradição intelectual fincada justamente na sua distinção em relação ao direito continental, o que nem sempre correspondeu a uma efetiva dicotomia. Com efeito, algumas necessidades políticas para sua legitimação foram pautadas, o que obstou a incorporação declarada de elementos marcantes do sistema romano-canônico, fenômeno que muito naturalmente estendeu-se para o *law of evidence*, cujas diretrizes intelectuais, políticas, sociais e econômicas, não obstante influenciadas de alguma maneira pelo modelo jurídicopositor, não poder-lhe-ia fazer tributo direto⁴⁵.

Neste sentido, uma das diferenças comparativas mais férteis entre estes sistemas processuais é a análise da função atribuída às partes no esclarecimento dos fatos em busca da *verdade*, com destaque para o papel exercido pelos agentes do Estado para tal fim. Enquanto o modelo adversarial centra-se basicamente em uma descoberta dos fatos gerenciada por dois competidores no processo, que definem a própria extensão daquela disputa, no modelo continental a responsabilidade pela descoberta dos acontecimentos é atribuída primordialmente aos funcionários ligados ao aparelho judiciário.

Com óbvias implicações nas *rules of evidence*, o processo anglo-americano teve suas marcas identitárias vinculadas a uma cultura política conflitual de resolução de disputas (“adversalismo jurídico”), muito ligada à ascensão da categoria profissional dos advogados, com elevada intervenção no processo, e cada vez menos protagonismo direto das partes interessadas, o que leva muitos historiadores contemporâneos a considerarem que várias práticas judiciárias sedimentadas neste

⁴⁴ LANGER, Máximo. *Op. cit.*, p. 46;57.

⁴⁵ MESQUITA, Paulo Dá. *A Op. cit.*, p. 126.

decurso histórico deveram-se, sobretudo, aos interesses dos advogados, e não à necessidade dos julgadores⁴⁶.

Conforme esclarece Grande, no cerne desta polarização está uma atitude e filosofia autenticamente distintas em relação à busca da verdade, o que implica igualmente noções particularmente diversas sobre o que é justiça. Longe de um tipo processual estar mais comprometido com a verdade do que o outro, a diferença sistêmica entre o caráter adversarial do *common law* e o acusatório do *civil law* está localizada na trilha que cada sistema segue na busca desta *verdade* e na suposição particularizada sobre que tipo de verdade é considerada passível de descoberta no processo penal⁴⁷.

Deveras, há inclusive relevante bloco de acadêmicos que defendem o sistema adversarial como preferível ao sistema acusatório, sob o ponto de vista da metodologia da descoberta da verdade, ainda que alguma variante do conceito filosófico de verdade como correspondência (entre o objeto e o intelecto) possa ser compartilhada por ambos os sistemas⁴⁸.

Desta forma, o sistema adversarial adota a perspectiva de que não existe uma verdade ontológica que possa ser atingida por uma parte neutra, visto que até mesmo terceiros originalmente desinteressados formarão hipóteses iniciais da realidade, as quais apenas confirmam informações que foram assimiladas de maneira seletiva. Isto é, os indivíduos interpretam de forma inconscientemente tendenciosa as informações que assumem para apurar a verdade.

Diante de tais limitações cognitivas, o método adversarial de resolução dos conflitos considera como inatingível aos seres humanos uma abordagem genuinamente apartidária de busca da verdade. E como solução restaria apenas

⁴⁶ MESQUITA, Paulo Dá. *Op. cit.*, p. 130.

⁴⁷ GRANDE, Elisabetta. Dances of criminal justice : thoughts on systemic differences and the search for the truth. In: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter (Editor). *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in honour of Professor Mirjan Damaška*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 146.

⁴⁸ “No sistema adversarial, a verdade no processo não é encontrada, mas é construída através de um autêntico procedimento retórico de produção dos fatos (*Herstellung des Sachverhalts*). Ademais, a verdade do julgamento é conscientemente assumida como um produto contingente do confronto entre as provas concorrentes apresentadas pelas partes, as quais têm de ser, por fim, escrutinadas pelo juiz de fato segundo critérios probabilísticos. A epistemologia subjacente ao sistema adversarial quadra bem com o estabelecimento de graus de probabilidade, afastando assim o conceito de prova do velho conceito de verdade material e, ao invés, aproximando-o da ideia moderna de verdade probabilística, que os juristas reconhecem como verdade aparente, formal, possível ou relativa”. MENDES, Paulo de Sousa. O *standard* de prova e as probabilidades: uma proposta de interpretação inspirada no direito comparado. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (Editor). *Fundamentos de direito probatório em matéria penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p.104.

abandonar a lógica das práticas cognitivas comuns supostamente isentas, para adotar-se uma noção de verdade dependente da disputa entre duas interpretações da realidade e perseguida apenas por meio do confronto justo entre duas partes, as quais promoverão seu lado da história diante de um julgador passivo⁴⁹.

No sistema adversarial, assim, as partes em regra atuam de forma independente, são responsáveis pela investigação do caso e apresentam suas evidências diante de um juiz ou júri passivo e neutro, que decidirá sobre a culpa. A responsabilidade de busca da verdade pertence ao Ministério Público e à defesa, enquanto que o dever do juiz é garantir o devido processo legal. Se as partes decidirem não apresentar todas as provas, o juiz não intervirá. Neste sistema, então, a verdade presume-se emergir do resultado da contestação entre duas partes⁵⁰.

O adversarialismo jurídico, pois, tende a ser caracterizado fortemente pela ideologia do individualismo competitivo e da igualdade formal, que torna não só o processo, como as demais áreas do direito norte-americano, um espaço livre para a competição entre os advogados que representam as partes. O conflito é decidido com base no desempenho advindo do livre embate das partes, sendo este o critério para se declarar o vencedor: o êxito será considerado justo por definição, bastando que tenha havido confronto entre as partes, sendo irrelevante o conteúdo ou a qualidade da decisão⁵¹.

Como se fosse uma competição esportiva, o papel do juiz é naturalmente passivo⁵², a fim de permitir o livre embate entre os competidores, não podendo aquele interferir no “desenvolvimento da partida” ou no resultado final, já que será apenas o desempenho da parte que poderá definir o vencedor no processo⁵³.

Deste modo, muito se discute sobre a indiferença do processo adversarial com a verdade dos acontecimentos *sub judice*. A tendência de cada parte apresentar apenas as provas que interessem ao seu sucesso no feito processual, sem que haja um elemento de busca neutra e imparcial da verdade, capaz de compensar este viés

⁴⁹ GRANDE, Elisabetta. *Op. cit.*, p. 147.

⁵⁰ GILLIÉRON, Gwladys. The Risks of Summary Proceedings, Plea Bargains, and Penal Orders in Producing Wrongful Convictions in the U.S. and Europe. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013, pp. 237-260.

⁵¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 133.

⁵² CHASE, Oscar G. *Law, culture and ritual: Disputing systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005. p. 62.

⁵³ TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 132.

competitivo que marca o sistema adversarial, acaba por desacreditá-lo como um método efetivamente orientado para a busca da *verdade*, principalmente sob os olhares do modelo inquisitorial.

Neste aspecto, como técnica genuinamente afeta aos processos adversariais, há quem reconheça no método *cross examination* de inquirição de testemunhas o instrumento privilegiado para a descoberta da verdade, por gerar uma predisposição das partes em obter e apresentar o máximo de provas, devido ao ambiente competitivo do processo, o que, em tese seria capaz de enriquecer o campo de análise dos fatos *sub judice*. Contudo, entendemos que não é suposto que do mero confronto argumentativo entre as partes origine-se a veracidade dos fatos, pois não há nada que garanta que quaisquer das versões apresentadas correspondam à verdade⁵⁴, tema que será retomado adiante neste trabalho.

Deveras, o exame da veracidade ou falsidade dos fatos controvertidos, além de exigir mais tempo, custos e atividades processuais, segundo a lógica adversarial, poderia agravar o conflito entre as partes, postergando a solução do processo⁵⁵.

Nesta perspectiva mais contingencial da verdade, a depender do resultado do confronto das partes, é possível perceber como a teoria dos *standards* de prova consolidou-se tão mais fortemente no sistema anglo-saxão do que no direito continental. Conforme leciona Beltrán⁵⁶, nos sistemas de *common law* é habitual a remissão a estados mentais que, mencionados sob vários nomes, apelam à crença ou à certeza do jurado, para que só a partir de então alguém seja considerado culpado e apto a ser condenado. O *standard* probatório, então, começou a tornar-se uma regra de decisão, capaz de indicar o nível mínimo de corroboração de uma hipótese criminal, para que a acusação pudesse ser considerada provada, ao menos na perspectiva pessoal do jurado.

No sistema europeu, as partes são forçadas a esclarecer a verdade dos fatos, antes de a questão ser apresentada em juízo. A polícia, o Ministério Público e o juiz

⁵⁴Neste sentido, TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 134. Adotam-se aqui os ensinamentos de Jordi Ferrer Beltrán sobre a pertinência de se conceber a verdade como correspondência, uma vez que podem existir até boas razões contextuais para ocorrerem diferentes níveis de exigência probatória, a fim de se admitir como verdadeira uma determinada hipótese fática, o que não implica, contudo, que a verdade mesma seja contextual. Assim, ao se assumir uma noção de verdade como correspondência, a principal premissa é de que a verdade será sempre absoluta, não havendo verdades relativas; o que é relativo é o grau de corroboração e a prova que aponta que esses fatos ocorreram: a relatividade é, pois, epistemológica, e não ontológica. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Op. cit.*, 2020, p. 778.

⁵⁵ *Idem*, p. 133.

⁵⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 88.

são desencorajados a encaminhar acusações irrazoáveis contra qualquer réu, e – mais do que isso – são até mesmo obrigados a considerar evidências favoráveis ao réu. Nesse sentido, os juízes têm um papel mais ativo do que no sistema adversarial, em que a coleta de evidências é uma tarefa das partes.

Segundo Mendes, o direito continental dá ênfase na íntima convicção do julgador, como forma de aquisição de certeza sobre os fatos, enquanto o *common law* destaca a *evidence* como conceito objetivo⁵⁷.

Muitas consequências derivam desta diferença de abordagem, conforme explana Killias⁵⁸. Por exemplo, detectores de mentira não são lícitos nos países signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos, nem são permitidas técnicas de manipulação, apresentação de evidências falsas para confrontar o réu, ou perguntas com respostas fechadas (apenas confirmatórias), bem diferente do que acontece no sistema adversarial dos EUA. Na análise sobre os estilos de interrogatório, verifica-se que métodos mais neutros de questionário (*information-gathering approach*) mantiveram no sistema continental – e em alguns casos até aumentaram – a probabilidade de verdadeiras confissões, bem como paralelamente reduziram a probabilidade de falsas confissões.

Ademais, o papel do advogado de defesa e do Ministério Público também exerce configuração bem distinta nos sistemas acusatório e adversarial, pois enquanto os advogados de defesa nos EUA chegam a conduzir uma contra investigação, empregando muito tempo e recursos para tanto, os advogados de defesa europeus têm acesso aos arquivos da persecução penal desde uma fase inicial do procedimento, advindos de órgãos oficiais do Estado. O *Parquet* usualmente recebe todos os *inputs* razoáveis, já que, caso contrário, o juiz poderá interromper o julgamento para ordenar que a investigação seja concluída.

⁵⁷ Segundo o Professor Paulo, contudo, ainda assim tal diferença não se mostra tão evidente no processo penal, como é possível verificar nas instruções de viés subjetivo conferidas aos jurados: para que possam condenar um réu além de toda dúvida razoável, deverão estar convencidos de que sua culpa, *v.g.*, atinge o mesmo grau de convencimento que costumam ter em um problema de importância em sua vida, em que deverão atuar com confiança e sem hesitação. MENDES, Paulo de Sousa. A prova penal e as regras da experiência. In: Aa.Vv. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010, Vol. III, pp. 116-117.

⁵⁸ KILLIAS, Martin. Errors Occur Everywhere—But not at the Same Frequency: The Role of Procedural Systems in Wrongful Convictions. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013, pp. 62-67.

Nos EUA os fatos são estabelecidos no processo penal de modo semelhante ao que se passa no processo civil em outros países do ocidente, em que a declaração da parte quanto ao tamanho do prejuízo é assumida como verdadeira, por exemplo, e é muito difícil repelir essa admissão de culpa posteriormente. No processo penal continental, no entanto, não é assim, pois o Judiciário está obrigado a buscar a verdade, e a confissão quase sempre é acompanhada de outras evidências que a corroborem.

Por estas e outras razões, é que Killias afirma que o sistema norte-americano teria mais reformas a fazer do que o europeu, como é possível perceber no movimento jurisprudencial de reformas na década de 1960, levado a cabo pela Suprema Corte dos EUA, provavelmente motivadas, em parte, pelo papel crucial das confissões no sistema norte-americano⁵⁹.

A descoberta da verdade, portanto, constitui tema problemático no sistema processual anglo-americano. Segundo Mesquita, o adversarialismo e a cultura do processo como um jogo, uma disputa, determinaram respostas jurídicas voltadas principalmente ao relacionamento entre as partes, num forte viés antagonista, o que gerou inevitáveis efeitos no regime jurídico da prova e na verdade das alternativas decisórias advindas de um processo dessa estirpe. Assim, a matriz dialético-argumentativa do sistema adversarial sobrepôs-se à concepção de um processo evolutivo e ordenado, fisionomia típica dos sistemas processuais do *civil law*⁶⁰.

Sob o risco de o processo adversarial sempre oferecer oportunidades para as partes ocultarem, distorcerem e manipularem a verdade dos fatos, na *Federal Rules of Evidence* desde 1975 há previsão de que o conjunto de normas federais sobre as provas deverá ser interpretado como um todo, para o fim de se apurar a verdade e de se assegurar uma solução justa ao processo. Segundo a Rule 102⁶¹: “*These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination*”.

⁵⁹ KILLIAS, Martin. *Op. cit.*, p. 69.

⁶⁰ MESQUITA, Paulo Dá. *Op. cit.*, pp. 146-147.

⁶¹ U.S. *United States Code*. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/title28a/node218&edition=prelim>. Acesso em: 17 ago. 2021.

Tal norma, contudo, juntamente com instrumentos de iniciativa probatória existentes naquele sistema, em nada contribuiu para a mudança da ideologia do processo adversarial.

Conclui-se, portanto, que no aspecto do relacionamento particular dos sistemas inquisitorial e adversarial, respectivamente, com a busca da verdade, ainda são verificadas de maneira marcante as tendências clássicas de cada um destes modelos processuais. Até nos casos em que foi adotada alguma negociação processual sobre a culpa na Europa, a exemplo de procedimentos simplificados que autorizam a condenação sem processo (*penal orders proceedings*), observa-se que o réu não correrá o risco de ter uma pena mais dura, quando não desejar transigir com o Ministério Público; isto porque o acordo só será executável se os fatos estiverem suficientemente claros e a culpabilidade não for duvidosa (diferentemente do que ocorre no padrão geral dos acordos “*plea*” dos Estados Unidos). Assim, o risco de falsa confissão, ao se aceitar um acordo penal nos sistemas da Europa continental, não existe na mesma extensão do que nos EUA.

Segundo Chase, o processo litigioso americano apresenta peculiaridades bastante excepcionais, mesmo quando comparado com seus irmãos da família de direito consuetudinário, a exemplo da Inglaterra, não obstante a inclusão dos Estados Unidos no grupo dos países de cultura adversarial, devido a conexão filosófica geral de seus procedimentos com princípios de matiz mais liberal (liberdade, individualismo, igualitarismo, populismo e antiestatismo). E uma das características mais fortemente associadas ao “excepcionalismo processual americano” diz respeito justamente à inexistente responsabilidade judicial quanto à gestão processual dos fatos que embasam a lide⁶². Com efeito, o sistema dos EUA propugna que os juízes assumam um papel muito mais passivo, no que diz respeito à instrução do processo, do que em outros países de direito consuetudinário⁶³.

⁶² CHASE, Oscar G. *Op. cit.*, pp. 54-55;62.

⁶³ “Even among common law countries that also share an adversarial trial tradition, the US is more extreme in both the amount of control the parties are permitted in presenting evidence as well as the degree of passivity thought desirable for the trial judge [...] The US system also prefers that judges assume a much more passive role with respect to the development of evidence at trial than judges in other common law countries. One indication of this phenomenon is the near abandonment in the US of the traditional common law responsibility of judges to summarise the evidence for the jury at the end of the trial.” PIZZI, William T. Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body?. In: J. JACKSON, John. LANGER, Máximo. & TILLERS, J. (Eds.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, pp. 65–80. London: Hart Publishing, 2008, pp. 67-68.

É evidente que esta perspectiva da busca da verdade gera impactos na gestão da prova colhida, por meio do *cooperation agreement*.

Com efeito, em princípio não se verifica diferença ontológica entre as declarações de um terceiro, supostamente sem interesse direto no fim da lide penal e as de um agente criminoso (inclusive as confessórias, de reconhecida relevância probatória), tendo em vista que ambas são manifestações de ciência e de conhecimento sobre determinado facto, embora haja diferenças ocasionais quanto ao sentido, aos requisitos e efeitos, conferidos de maneira diferenciada por uma ordem jurídica em particular para estas narrativas.

Neste aspecto, as noções processuais de “parte” e de “testemunha” ampliam-se ou restringem-se de acordo com o que os Poderes constituídos definem em cada ordem jurídica, em nada alterando aquilo que as pessoas que são investidas destes *status* efetivamente apreenderam pelos seus sentidos, no momento em que ainda não faziam parte de nenhuma relação processual⁶⁴.

Constatar tal realidade, contudo, não pode dar-se de maneira desprevenida, sob pena de gerar odiosos erros judiciários, uma vez que os acusados podem se sentir impelidos à desforra contra corréus, inclusive nos acordos de colaboração com o Estado, como forma de melhorarem sua situação penal, mormente quando se está sujeito a um sistema rígido de aplicação das sanções e a um modelo de discricionariedade judicial altamente limitado, mediante as *U. S. Sentencing Guidelines*⁶⁵. Isto é registrado com intensidade nos estudos acadêmicos afetos ao *cooperation agreement*, ainda quando o objeto principal de análise não é o modelo adversarial de busca da verdade ou o parâmetro de verdade adotado naquela cultura jurídica (se verdade como *coerência* ou como *correspondência*⁶⁶).

A miríade de dilemas que podem surgir, decorrentes do parâmetro de busca da verdade em processos adversariais que admitem instrumentos probatórios como o *cooperation agreement*, inclui até mesmo os casos de informantes dispostos a admitir crimes de que eles próprios são inocentes, por acreditarem que os agentes da

⁶⁴ PEDRA, Catarina Gomes. *Op. cit.*, p. 70.

⁶⁵ THAMAN, Stephen C. *Op. cit.*, p. 261.

⁶⁶ Em síntese, na perspectiva da “verdade como correspondência”, assume-se a existência de uma verdade absoluta para a interpretação dos fatos como um valor de referência e tendencial, ainda que não alcançável no processo judiciário; na “verdade como coerência”, analisa-se a validade do enunciado fático a partir de sua integração coerente, harmônica, no conjunto da narrativa tratada nos autos. TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26.

lei não acreditarão em suas versões de defesa, razão pela qual lhes restaria apenas admitir algum envolvimento com o crime, para daí tentar obter alguma clemência, sejam eles culpados ou não por este ou outro delito⁶⁷.

Steven Cohen, ex-procurador dos Estados Unidos no Distrito Sul de Nova York, ao descrever as dificuldades do trabalho de um *prosecutor* na avaliação da credibilidade de possíveis testemunhas dispostas a colaborar, e na sucedânea busca pela corroboração de suas narrativas, conta o episódio em que duas testemunhas, com extensos antecedentes criminais, admitiram falsamente ter participado de crimes para obter acordos de cooperação⁶⁸. Quando as mentiras foram descobertas e os *accomplices* foram confrontados, um deles justificou que os procuradores nunca acreditariam em sua inocência em relação ao crime que os outros sujeitos efetivamente cometeram; o outro *accomplice*, por sua vez, declarou que acreditava não possuir informações suficientes para oferecer ao Estado, então acabara por inventar deliberadamente vários crimes, a fim de parecer convincente.

Durante a narrativa da história dos crimes, em relação aos quais eles próprios são inocentes, os supostos cúmplices podem recorrer até mesmo a fatos que os agentes da lei divulgaram durante as reuniões ou em documentos provenientes da acusação. Ademais, o contexto prolongado em que certos tipos de informantes interagem com agentes da lei aumenta o risco de falso testemunho, visto que, no decurso da tentativa de avaliar a credibilidade e a utilidade das declarações prestadas pelo cúmplice, e depois de se prepararem para a audiência de instrução e julgamento,

⁶⁷ Sobre a problemática das falsas confissões voluntárias, importante é observar a existência deste fenômeno em outros institutos penais negociais, com algumas motivações tangíveis análogas às descritas para os *accomplices* no *cooperation agreement* (obter uma penalidade menor) ou outras aparentemente intangíveis, como a tentativa de chamar atenção social para si. Segundo pesquisa realizada por AEBI & CAMPISTOL: “*The vast majority of the scientific literature on wrongful convictions focuses on wrongful convictions focuses on innocents convicted against their will. In this article, on the contrary, we will concentrate on persons who are wrongfully convicted by their own will. This sort of ‘voluntary wrongful conviction’ is usually based on a false confession. False confessions have been studied mainly as the result of coercion exerted on suspects during interrogation. In that case, the suspects are confessing the offense in order to scape police pressure. They have also been studied in the context of guilty pleas, in which suspects plead guilty in order to obtain a milder punishment than the one they would get by pleading a not guilty. Researchers have also analyzed cases in which individuals make false confessions voluntary, either because they are seeking attention or because they suffer from delusions or are mentally disturbed. However, there are cases in which innocent people take responsibility for an offense without obtaining a tangible personal benefit, such as a milder punishment or some attention from the public*”. AEBI, Marcelo F. & CAMPISTOL, Claudia. Voluntary’ false confessions as a source of wrongful convictions: The case of Spain. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013, p. 193.

⁶⁸ COHEN, Steven M. What Is True? Perspectives of a Former Prosecutor. *Cardozo Law Review*, 23(1), 2002, pp. 817–82, pp. 823-824 .

muitos promotores e agentes policiais, ainda quando agem de boa-fé, podem acabar por revelar detalhes dos resultados obtidos com a investigação, sobre a execução e os nomes de suspeitos, por exemplo.

Este tipo de contaminação também pode ocorrer em relação aos *jailhouse informants* (os “informantes do presídio”, conforme explicado acima). Contudo, tais informantes provavelmente gastarão menos tempo com agentes da lei do que o cúmplice que se encontra a entabular um acordo de cooperação com o Estado. Se o *jailhouse informant* ofertar inicialmente informações, contrariadas por provas já disponíveis à acusação, promotores provavelmente não evoluirão nas tratativas de cooperação e não serão agendadas novas reuniões, com oportunidade para o informante mudar sua versão. Por outro lado, se as suas declarações forem consideradas dignas de credibilidade, geralmente serão circunscritas a um ponto específico, a exigir poucas reuniões com a acusação.

No caso de um cúmplice postulante de um *cooperation agreement*, ao contrário, acaba-se por oferecer-lhe múltiplas oportunidades para mudar sua narrativa, por se considerar que a maioria dos *accomplices* não divulga todo o seu conhecimento sobre os fatos no primeiro encontro. Isto é provável de ocorrer particularmente quando a acusação não detém provas robustas contra o réu e o testemunho antecipado do cúmplice pode ser valioso para melhorar a qualidade do acervo probatório da denúncia⁶⁹.

Não são apenas a alta frequência dos encontros e os tipos de perguntas normalmente realizadas que aumentam as chances de contaminação deliberada da narrativa do cúmplice pela versão dos agentes da lei. Esta contaminação poderá acontecer também nas ocasiões em que o informante repete o relato que a acusação almeja e passa a adotá-lo cognitivamente como verdadeiro, ainda quando confrontado. Tal situação nem sempre poderá ser detectada, devido à chamada *tunnel vision* (“visão de túnel”)⁷⁰, que se configura quando atores do sistema de justiça criminal focam a investigação sobre um determinado sujeito de maneira tendenciosa, por meio da filtragem de evidências, por ignorância ou supressão das narrativas que afastam a culpabilidade, o que acaba por justificar suspeitas criminais, mediante a

⁶⁹ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, pp. 766-767.

⁷⁰ BRANTS, Chrisje. Tunnel Vision, Belief Perseverance and Bias Confirmation: Only Human. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013, p. 163.

interrupção do sentimento habitual de ceticismo, que orientaria uma busca mais isenta da verdade⁷¹.

Neste sentido, não é de se desprezar que vieses cognitivos dos promotores, determinados por uma série de fatores, desde idiossincráticos até de ordem ambiental e corporativa, são capazes de afetar a sua percepção sobre a veracidade das declarações dos colaboradores.

Com efeito, o dever público de litigar zelosamente em nome da segurança pública muitas vezes pode entrar em conflito com sua função como prestador de um serviço jurisdicional justo e equilibrado, e prejudicar o controle epistemológico do material probatório fornecido pelos *accomplices*. Assim, a presunção de boa-fé por parte dos promotores e de demais agentes da lei não elimina preocupações com a falta de credibilidade no resultado de alguma de suas ações na gestão das evidências apresentadas pelo colaborador, a exemplo das situações em que se verifica um viés de confirmação ou um desejo inconsciente de dar crédito a todo custo à versão dos eventos narrada por aquele, de maneira a encaixá-la em noções preconcebidas da acusação.

Para além de situações de má-fé dos agentes da lei, não é de se desprezar também que a atuação próxima e conjunta com o colaborador pode humanizar a imagem do criminoso e levá-los a acreditar na verdade da narrativa, ainda que os fatos não tenham alguma fonte externa de confirmação.

Tais preconceitos podem criar situações em que os membros do Ministério Público não apenas confiam em evidências falsas, mas também deixam de examinar os buracos potenciais nas narrativas ofertadas por suas testemunhas.

Deste modo, promotores, imbuídos ou não de boa-fé, podem confiar em suas reações instintivas sobre o caso e desenvolver um alto senso de confiança no material

⁷¹ Bernd Schünemann tem estudo empírico sobre a ocorrência de julgamentos enviesados no âmbito do processo penal alemão, mediante a análise do tipo de conduta engendrada pelo juiz nas audiências de instrução, após acesso ao dossiê investigativo, tendo se demonstrado a tendência de o julgador confirmar sua decisão prévia. SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, 11(1). Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionaLeituraPDF/7330>. Acesso em: 13 jul. 2023. Da mesma forma, Stephen Thaman, no II Workshop Internacional “Quaestio facti”, citou outro estudo empírico, em que juízes e membros do Ministério Público leram um processo construído de forma a que as provas de culpa não fossem claramente suficientes para sustentar uma condenação penal, mas as provas que contradiziam a versão dos fatos apresentada pelo procurador acabaram sendo rejeitadas, consciente ou inconscientemente (dissonância cognitiva), e as que as confirmavam eram realçadas nas razões do julgamento. THAMAN, Stephen. *II Workshop Internacional “Quaestio facti”*. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=tBr6WMuQ12Q&t=11s>. Acesso em: 14 jul. 2023, trecho [00:15:12]).

fornecido pelo *accomplice*, também devido ao grau de dependência em relação àquela prova para o sucesso da causa, um senso de confiança incapaz de gerar um escrutínio isento sobre as eventuais lacunas e mentiras na narrativa apresentada, tema que será mais detalhado no Capítulo 5 deste trabalho.

No debate sobre a busca da verdade no *cooperation agreement*, não obstante a complexidade dos dilemas acima pontuados, percebe-se infelizmente que o foco da discussão acadêmica se concentra, em regra, sobre o controle da *sinceridade* do testemunho, e não sobre a veracidade das informações prestadas. Isto é, as medidas preventivas e corretivas propostas nesta seara tendem a garantir exclusivamente que a testemunha não afirme nada em que não creia, nem afirme algo que não corresponda à sua memória, mas não contribui para o efetivo controle epistêmico do testemunho⁷².

Tal tendência acarreta vários perigos de erro judiciário, por restringir a gestão da prova ao estado psicológico da testemunha, com consequências graves no tipo de evidências adotadas para fundamentar uma condenação. Disto decorrerá uma incapacidade estrutural daquele sistema em solver muitos desafios epistêmicos do processo, a exemplo dos ditos “erros sinceros”, que ocorrem quando a crença original da testemunha é equivocada, não obstante o sentimento de sincera confiança do declarante sobre o que afirma.

Deste modo, a *confiança* passa a ser adotada como fator preponderante do ato de confirmação epistêmica de um testemunho, espécie de vulnerabilidade admitida⁷³, quando se acredita que alguém, que em tese tenha condições de enganar, não o fará.

Ora, a confiança supõe alta subjetividade, com uma tendência em prol da pessoa em quem se confia e alta discricionariedade para se decretar o momento em que se rompe a confiança, e também porque está em jogo uma avaliação do passado, sobre o comportamento moralmente idôneo da testemunha no passado, o que definitivamente não tem relação com a veracidade ou qualidade do seu testemunho na atualidade⁷⁴.

A epistemologia do testemunho tem demonstrado que a produção deste tipo de prova não se trata propriamente de uma transferência de conhecimento ou crenças

⁷² TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, 2012, p. 155.

⁷³ RAMOS, Vitor de Paula. *La Prueba Testifical*. Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 81.

⁷⁴ *Idem*, p. 82.

de uma pessoa a outra, mas sim um processo comunicativo que exige um recomeço epistêmico: quem recebe a informação deverá empreender sua própria investigação epistêmica, para confirmá-la ou refutá-la, ou seja, a fim de constatar a suficiência ou não das confirmações, a depender sempre do *standard* epistêmico a que esteja submetido o receptor do testemunho⁷⁵.

Neste “recomeço epistêmico”, há duas visões, em síntese, sobre o modo de recepção das informações obtidas em um testemunho: uma corrente que defende a presunção de veracidade do testemunho, salvo razões em contrário, por se acreditar i) na predisposição dos indivíduos de crerem na palavra dos demais e de falarem a verdade, ii) e por se considerar que tudo o que uma pessoa sabe não foi obtido por ela própria, visto ser impossível uma pessoa, sozinha, fazer todo o trabalho de campo para confirmação de todos os conhecimentos a que teve acesso ao longo da vida (*presuntivismo* ou *não reducionismo*); e outra corrente que defende que o testemunho deve ser confirmado por outros elementos, para que realmente haja validação epistêmica, visto que a narrativa testemunhal não pode ser fonte básica de conhecimento *a priori* (*não presuntivismo* ou *reducionismo*)⁷⁶.

O *dualismo* é apresentado pela epistemologia do testemunho como terceira corrente alternativa, capitaneada por Jennifer Lackey, a qual sustenta que a confirmação epistêmica do testemunho deve considerar que a informação prestada tem independência em relação ao seu emissor e ao seu receptor, razão pela qual não bastaria ter razões positivas para crer na palavra da testemunha, uma vez que seria possível o repasse de informações verdadeiras (isto é, que correspondem à realidade), a partir de testemunhos mentirosos (isto é, não sinceros, que não correspondem às crenças de quem emite a mensagem)⁷⁷.

Esta concepção sobre a independência da linguagem em relação aos sujeitos comunicativos abre um espaço na epistemologia do testemunho que permite extrapolar a rígida dicotomia entre sinceridade x mentira, para abordar o fenômeno dos “erros sinceros”. Com efeito, na análise dos testemunhos, sob a ótica da busca de uma verdade com correspondência na realidade exterior⁷⁸, deve-se perceber que

⁷⁵ RAMOS, Vitor de Paula. *Op. cit.*, p. 80.

⁷⁶ Vitor de Paula Ramos aponta como um dos principais expoentes da corrente do presuntivismo e do não presuntivismo, respectivamente, Thomas Reid e David Hume. *Idem*, pp. 88-95.

⁷⁷ *Idem*, p. 97.

⁷⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017, pp. 86-95. No presente trabalho, avaliamos quão relevante e adequado é um estudo sobre o

as informações prestadas podem ser falsas não apenas mediante mentiras deliberadas - quando o agente afirma algo que crê e sabe que é falso -, mas também mediante “erros sinceros”, quando a testemunha é sincera, mas sua declaração não é verdadeira.

No “erro sincero”, fica nítido que a oposição entre *mentira* e *verdade* não é a melhor para avaliar o grau de confirmação epistemológica de uma declaração. Isto porque a mentira diz respeito à sinceridade do sujeito e à sua memória com a realidade, ou seja, mente quem conta uma versão diferente do que se recorda. Neste sentido, por causa de um erro de percepção, lapso de memória, dificuldade de compreensão ou expressão linguísticas, distintos graus de instrução dos sujeitos comunicativos etc., é possível que a testemunha haja percebido de maneira equivocada o que aconteceu e daí a sua narração poderá corresponder de maneira fidedigna ao que se recorda, apesar de esta recordação não corresponder à realidade⁷⁹.

Desta forma, serão possíveis as seguintes combinações: afirmação verdadeira e mentirosa; verdadeira e sincera; falsa e mentirosa; e falsa e sincera. Assim, ter-se-á situação, por exemplo, em que o sujeito está mentindo (quando declara ter uma recordação diferente à que na realidade tem), mas acaba por dizer a verdade (quando a narração corresponde ao que efetivamente ocorreu).

Sob a ótica da busca da verdade com assento epistemológico na realidade exterior ao processo, portanto, não importa saber se a testemunha está a ser sincera ou não, mas sim se está a fornecer informações verdadeiras. Disto resulta que analisar se o depoimento foi sincero ou mentiroso não contribui muito para o controle da veracidade da informação prestada⁸⁰. Ademais, para a busca da verdade, por exemplo, em um determinado juízo, interessarão tanto as declarações verdadeiras e sinceras, como as verdadeiras e não sinceras⁸¹.

valor probatório de institutos como o *cooperation agreement*, que adote um ponto de vista de epistemologia judiciária defendido por Badaró, o qual tenha uma concepção racionalista cognitivista e correspondentista (ao invés de cética ou coerentista) e assente-se na busca da verdade como condição necessária (mas não suficiente) para uma decisão justa. BADARÓ, Gustavo. A valoração probatória da colaboração premiada. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: Juspodvm, 2020, p. 653.

⁷⁹ RAMOS, Vitor de Paula. *Op. cit.*, p. 86.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Idem*, p. 98.

Todo este debate permite uma revalorização da dimensão epistêmica do “testemunho jurídico”, para que a informação narrada passe a ser analisada de forma objetiva e com maior exigência na sua valoração, por meio do cotejo permanente com outros elementos dos autos, já que, *v.g.*, é possível que alguém de excelente reputação preste um testemunho falso ou que alguém já condenado por perjúrio no pretérito preste um testemunho verdadeiro.

Deste modo, para um controle epistêmico mais seguro dos testemunhos jurídicos, não se pode considerar qualquer narrativa apresentada em juízo pela testemunha como confiável e suficiente para permitir inferências e obter conhecimentos, mediante uma presunção de veracidade da mensagem emitida. A tradicional preocupação excessiva com a pessoa da testemunha, que implica uma análise abstrata de sua confiabilidade e uma presunção de sinceridade e veracidade de seu testemunho, baseada na falta de provas em contrário, acaba por gerar uma perda de qualidade epistêmica na retrospectiva dos fatos, porque o Direito abandona a possibilidade de comprovar se a informação prestada é de fato suscetível de confirmação por outros elementos dos autos ou da própria realidade.

Por todos estes aspectos suscitados à luz de aportes teóricos conferidos por uma epistemologia judiciária⁸², é de se supor a alta quantidade de dilemas sistêmicos que serão verificados em processos de matiz adversarial, para a busca da verdade. No caso dos feitos em que houve colaboração processual, no estilo do *cooperation agreement*, os estudos acadêmicos, então, tendem a reconhecer a debilidade e o fracasso de mecanismos clássicos como o juramento e a responsabilidade penal por falso testemunho. Contudo, observamos que nem sempre se reconhece que o cerne deste insucesso está justamente na tentativa de controle sobre a *sinceridade* do testemunho.

Deveras, a eficiência do juramento tende a ficar prejudicada em uma sociedade laica e caracterizada por grandes contextos sociais como a atual, em que não há um temor efetivo a uma instância sobre-humana superior ou mesmo às

⁸² Segundo a lição de Badaró, “a epistemologia judiciária se assenta em uma concepção racionalista que, segundo Anderson, Schum e Twining, deve trabalhar com as seguintes premissas: a epistemologia é cognitivista em vez de cética; a teoria da verdade como correspondência é preferível à teoria da verdade como coerência; o modelo de tomada de decisão deve ser racional; o modelo de raciocínio para tanto é o indutivo; a busca da verdade é um meio para a decisão justa, tendo um valor elevado, ainda que não insuperável”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 132.

instituições sociais e suas sanções comunitárias, capazes de estimular quem jura a dizer a verdade. Além disto, a prestação de um perjúrio ainda pode ser considerada vantajosa, sob a uma ótica econômico-jurídica, quando é possível maximizar as vantagens econômicas de quem jura, máxime quando se constata que a condenação penal por falso juramento não costuma representar uma ameaça real⁸³.

No sistema norte-americano relata-se que o crime de perjúrio acaba por ter limitados efeitos de salvaguarda, devido aos obstáculos técnicos para uma condenação, e mesmo para sua persecução (por exemplo, diante da dificuldade em demonstrar a materialidade de que o testemunho seria capaz de influenciar o veredicto ou a exigência de que a falsidade seja demonstrada por duas testemunhas independentes ou uma testemunha independente e prova corroborativa do fato). E, não obstante as Cortes federais e a comunidade jurídica reconhecerem repetidamente que as chances de perjúrio aumentam pelos incentivos dados no *cooperation agreement*, a legislação daquele país ainda é omissa em solucionar tal problema, e condenações continuam a ser exaradas sem a corroboração de testemunhos. Neste sentido, não só falha o sistema em deter o perjúrio, como ainda provê incentivo ao réu após testemunhar falsamente⁸⁴.

Sobre o falso testemunho ou perjúrio, as disposições que o definem em diferentes países, e não apenas nos Estados Unidos⁸⁵, ilustram a confusão que no âmbito do Direito existe entre *sinceridade* e *mentira*, *verdade* e *falsidade*, o que implica o equívoco de se exigir que a testemunha se comprometa a “dizer a verdade”, sob as penas da lei⁸⁶. O delito de falso testemunho, deste modo, apenas pretende

⁸³ TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, 2012, p. 192.

⁸⁴ SAVERDA, Christine J. Accomplices in federal courts: a case for increased evidentiary standards. *Yale*, 100(1), 1990, pp. 785-804, pp. 788-790.

⁸⁵ Segundo o 18 U.S. Code §1621, define-se o delito de perjúrio nos seguintes termos: “Whoever (1) having taken an oath before a competent tribunal, officer, or person, in any case in which a law of the United States authorizes an oath to be administered, that he will testify, declare, depose, or certify truly, or that any written testimony, declaration, deposition, or certificate by him subscribed, is true, willfully and contrary to such oath states or subscribes any material matter which he does not believe to be true; or (2) in any declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, United States Code, willfully subscribes as true any material matter which he does not believe to be true; is guilty of perjury and shall, except as otherwise expressly provided by law, be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both. This section is applicable whether the statement or subscription is made within or without the United States”. U.S. United States Code. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/part1/chapter79&edition=prelim>. Acesso em: 19 jan. 2023.

⁸⁶ RAMOS, Vitor de Paula. *Op. cit.* p. 157.

inibir declarações falsas e mentirosas, deixando uma lacuna de regulação para as declarações verdadeiras e mentirosas, e para os erros sinceros.

A eficiência do juramento ou de estar diante de uma autoridade estatal será diretamente proporcional ao risco que a descoberta da mentira causará à testemunha, bem como dos problemas advindos da resposta moral e jurídica que a sociedade e a autoridade não de conferir. Ou seja, em um país em que a autoridade não é reconhecida moralmente, digna de credibilidade, ou em que o ato de mentir é comum ou não é percebido como algo sério, o juramento e a presença da autoridade não trarão nenhum benefício para o sistema. Em países como o Brasil, por exemplo, parece ser verdade a afirmação de que nos depoimentos sob juramento da testemunha, os erros costumam ser encontrados em um percentual não inferior ao apurado nos depoimentos sem juramento⁸⁷.

O estado atual da ciência revela que os operadores jurídicos em geral não têm uma expertise própria para detectar mentiras, de modo que o que se faz normalmente no âmbito jurídico (ao se buscar separar testemunhas sinceras das não sinceras, com base na intuição decorrente do mero contato pessoal com os indivíduos) representa antes exercícios de adivinhação, uma forma de obtenção de conhecimento tão irracional como as provas de duelo e de ferro quente da Idade Média, muitas vezes menos precisos do que o lançamento de uma moeda ao ar⁸⁸.

Não só a epistemologia do testemunho dá-nos motivos para situar o tratamento dos testemunhos jurídicos sob o prisma da necessidade de controle das informações prestadas, como também estudos de psicologia experimental, que permitem demonstrar o equívoco corrente no ambiente jurídico de se supor a capacidade de detectar declarações não sinceras e os inúmeros fatores que podem ocasionar uma declaração falsa, ainda que seja extremamente sincera⁸⁹. Ademais, a questão torna-se ainda mais complexa quando se conclui que a psicologia não dispõe de nenhum instrumento científico que permita distinguir entre a verdade e a mentira, mais eficiente do que se pode fazer mediante o bom senso ou a lógica⁹⁰.

⁸⁷ RAMOS, Vitor de Paula. *Op. cit.*, p. 156.

⁸⁸ *Idem*, p. 114 e 165.

⁸⁹ *Idem*, p. 112.

⁹⁰ VIEIRA, Antonio. Riesgos y Controles epistémicos en la delación premiada: aportaciones a partir de la experiencia en Brasil. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (eds.). *Del Derecho ao razonamiento probatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 61.

Neste aspecto, vários estudos de psicologia descartam que alguns fatores típicos da crença popular (como os movimentos de cabeça, nervosismo, repetição de palavras etc.) poderiam indicar de maneira taxativa a mentira. Tal conclusão foi obtida, por exemplo, na pesquisa realizada por Antonio L. Manzanero, José M. Quintana e María J. Contreras, com três grupos diversos de pessoas (estudantes de psicologia, policiais com experiência em interrogatório e policiais sem experiência em interrogatório), mediante a análise de testemunhos de pessoas com capacidade mental reduzida. Os resultados foram claros sobre a indiferença na capacidade de detectar mentiras entre os três grupos supracitados e sobre a falta de evidências no sentido de que profissionais que trabalham mais corriqueiramente na detecção de mentiras (como policiais e detetives) seriam melhores neste mister do que os não *experts*⁹¹.

As pesquisas de Psicologia do testemunho também indicam a preocupação demasiada da comunidade jurídica em garantir a suposta sinceridade do testemunho, sem valorar a possibilidade em si de que o testemunho seja verdadeiro e a desconsiderar os fatores que podem influenciar uma testemunha a cometer erros sinceros, ainda que pretenda dizer a verdade. Aqui sobressaem as falhas de percepção, relativas às dificuldades que podem surgir na observação do fato pelo sujeito, as quais podem gerar erros sinceros, que não implicam propriamente uma falha de memória.

Desta forma, a Psicologia dos testemunhos tem contribuído com importantes luzes sobre a configuração dos chamados erros sinceros, por meio de diferentes etapas envolvidas na formação da narrativa dentro do próprio imaginário do declarante. Não se pode olvidar a possibilidade de equívocos no processo de codificação, quando o sujeito capta a informação percebida, seleciona-a (também e especialmente de maneira sensorial), dá-lhe sentido por meio da interpretação e, finalmente, integra-a às estruturas pré-existentes da própria memória⁹². O mesmo há de ser concluído na retenção dos dados da realidade, na recuperação da informação e até finalmente na comunicação da narrativa.

⁹¹MANZANERO, A. L., QUINTANA, J. M., e CONTRERAS, M. J. Importance of police experience on intuitive credibility of people with intellectual disabilities. *Research in Developmental Disabilities*, 36(1), pp. 191–197.

⁹²SALAS, Fernando Lunas. Fiabilidad de la prueba testimonial: breve análisis desde la psicología del testimonio y los errores de la memoria. *Prolegómenos*, 24(48), 2021, pp. 53-67. Disponível em: <https://doi.org/10.18359/prole.5701>. Acesso em: 19 fev. 2022.

Como a prova testemunhal é sempre uma espécie de prova de memória, e a memória humana é suscetível de falhas, há sempre um risco de o testemunho incorrer em erros, sem que o declarante esteja a mentir deliberadamente, e a narrativa poderá apresentar-se muitas vezes de maneira coesa e coerente, rica de detalhes e bastante convincente, mas desvinculada do que se passou na realidade. Neste contexto, segundo Manzanero, neste processo há riscos de se produzir erros de omissão, quando no testemunho faltam detalhes importantes, por esquecimento ou ocultação, ou erros de comissão, quando são introduzidos nos testemunhos informações falsas de maneira deliberada (mentira) ou devido a autossugestão ou a indução por acesso a dados *post factum*, erros na distinção entre a realidade e a fantasia, inferências errôneas, etc⁹³.

Os fatores que podem gerar estas falhas na percepção são de variadas espécies, a exemplo de aspectos visuais básicos como a luz, a velocidade, a distância, o tempo de duração do evento testemunhado, a idade etc. Tais erros podem ser substanciais, a exemplo da estimação de velocidade, que pode variar a quase 20 quilômetros por hora, bem como no testemunho sobre distâncias, com média de erro de 12,57 metros, em distâncias entre 35 e 41 metros⁹⁴.

Ademais, alguns fatores do processo de recuperação da informação podem interferir de maneira negativa na memória da testemunha, não apenas ao diminuir sua precisão, mas também ao criar fatos que não ocorreram, a exemplo do tempo sucedido desde o fato objeto do testemunho, informação repassada à testemunha sobre os acontecimentos após ocorridos e *feedback* sobre o desempenho da testemunha.

Porque há uma série de fatores que podem influir na memória da testemunha, conclui-se quão frágeis podem ser as informações prestadas em juízo, principalmente quando se trata de agentes que já têm um comprometimento pessoal com o fato criminoso testemunhado, tema de que trata o presente estudo.

Diante do que foi exposto acima, é de se reconhecer que o controle jurídico da sinceridade e da veracidade dos depoimentos, mediante aportes teóricos da epistemologia, são temas problemáticos e não enfrentados institucionalmente no âmbito de sistemas adversariais, principalmente em uma cultura processual como a

⁹³ VIEIRA, Antonio. *Op. Cit.*, p. 61.

⁹⁴ RAMOS, Vitor de Paula. *Op. cit.*, p. 145.

norte-americana, em que não há propriamente uma preocupação deliberada com a verdade no processo como correspondência, diante da valorização do resultado do embate dialético-argumentativo entre as partes.

Quando se transportam estas discussões para o instituto do *cooperation agreement*, verificam-se ainda maiores dificuldades para contornar as falhas na qualidade do material probatório que será gerido nos autos, diante das circunstâncias de execução corrente deste instituto, marcada por alta discricionariedade dos agentes da lei e ausência de uniformidade no tratamento amplo dos direitos de exercício de defesa, o que será tratado com mais pormenor a seguir.

3. Algumas notas sobre o direito à ampla defesa e ao confronto no processo adversarial, no direito continental (Caso *Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido*) e suas implicações na gestão da prova no *cooperation agreement*.

Em princípio, o contraditório e a ampla defesa do réu podem funcionar como importantes mecanismos para a busca da verdade, na medida em que permitem um vasto e benéfico controle sobre as provas que serão admitidas no processo. Neste aspecto, munir o réu de uma ampla liberdade de acesso aos autos e para interrogar a testemunha, a fim de colocar à prova tanto o peso de sua narrativa como a sua credibilidade, diante da exposição das motivações que teve para testemunhar, por exemplo, coaduna-se com a força que os sistemas jurídicos em geral, com destaque para os adversariais, conferem ao direito à defesa, para a apuração da verdade⁹⁵.

Segundo Ferrer-Beltrán⁹⁶, o exercício do direito de defesa pelo réu é capaz, em tese, de fiscalizar a correta aplicação de regras epistemológicas e jurídicas na admissão da prova, de maneira a serem aceitas todas as provas relevantes, com afastamento daquelas que ofendam núcleos de garantias fundamentais do sistema. Ademais, cria um ambiente mais rico de reconstituição dos fatos, devido à intervenção das partes na produção das provas, mediante o fornecimento de elementos contrários ou corroborantes às que foram apresentadas pela parte adversa, e por meio da impugnação à fiabilidade das provas oferecidas pela outra parte, por meio da proposição de provas de “segunda ordem”.

Para tanto, é necessário que seja assegurado ao réu conhecer e rastrear as provas que detém a acusação e que haja adoção de mecanismos de avaliação da credibilidade das provas aportadas nos autos, especialmente quando provenientes de colaboração processual com co-imputados, a implicar circunstâncias diferenciadas de admissibilidade de evidências no processo⁹⁷.

⁹⁵ Isto porque, nos dizeres de Ferrer-Beltrán, “[...] o valor ou finalidade da apuração da verdade não possui estruturalmente a mesma posição que os demais [*valores*]. Como já sustentei anteriormente, o objetivo institucional da prova no processo é a apuração da verdade. E isso não pode ser de outra forma, visto que esse objetivo é estruturalmente necessário para que funcione o próprio direito como mecanismo de motivação da conduta. Somente se as consequências jurídicas previstas pelo direito para determinadas ações se aplicam efetivamente a essas ações (idealmente sempre a essas ações e nunca a outras), os cidadãos terão motivos para atuar conforme ao previsto pelo direito, e esse poderá cumprir sua função de mecanismo de resolução de conflitos” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Valoração racional da prova*. Trad. Vítor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 120-121).

⁹⁶ *Idem*, p. 128-129.

⁹⁷ VIEIRA, Antonio. *Op. cit.*, p. 65.

Reconhecer o serviço que este direito exerce em prol da busca da verdade longe está de rebaixar o seu valor fundamental autônomo em qualquer ordenamento ocidental moderno. Antes, visa-se a identificar a busca da verdade como uma faceta estrutural dos sistemas processuais em geral e o direito à prova como uma especificação ou derivação do direito de defesa⁹⁸.

Todavia do embate dialético das partes não decorre necessariamente todos os fatores que habilitarão uma valoração segura sobre a confiabilidade do testemunho ou sobre tudo o que a testemunha sabe sobre os fatos⁹⁹. Isto porque não há neutralidade na escolha, preparação e inquirição das testemunhas por cada uma das partes, bem como existe a possibilidade de distorção ou ocultação de provas desfavoráveis¹⁰⁰.

Ademais, no modelo adversarial de postura passiva do juiz nas audiências, o contrainquiridor não conseguirá, em regra, interrogar a testemunha sobre fatos diferentes daqueles que foram objeto da *direct examination*¹⁰¹. Afinal, a parte que requereu a oitiva daquela testemunha é quem delimitará o objeto do testemunho, não havendo, pois, chances de se extrapolar a cognição sobre aquela prova oral, a pretexto de se buscar a verdade fora do âmbito almejado pelas partes¹⁰².

⁹⁸ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Op. cit.*, 2021, p. 80.

⁹⁹ Neste sentido manifestou-se Bachmaier Winter, no âmbito do II Workshop Internacional "Quaestio Facti", realizado na Universidade de Lisboa (em livre tradução): "Assim, a presença oral e física da testemunha deve ser garantida para a melhor avaliação da confiabilidade da testemunha. É evidente que isto também visa a proporcionar o interrogatório, razão pela qual também representará uma forma de examinar a confiabilidade da testemunha. No entanto, esta conclusão pode ser contestada, porque ninguém demonstrou até o momento, de maneira empírica, que o depoimento da testemunha será mais verdadeiro se for produzido perante um juiz, nos sistemas da Europa continental (em que os falsos testemunhos dificilmente ou quase nunca são processados), do que aquele produzido no momento em que o crime é cometido. Assim, uma vez preparada a testemunha e levada a julgamento, isto não garante que sua declaração seja mais verdadeira do que a aquela prestada em momento recente, depois de ter sido interrogada, por assim dizer, no cenário da cena do crime". WINTER, Bachmaier. II Workshop Internacional "Quaestio Facti". Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=uL6f8Xj3pOI&ab_channel=CentrodeInvestiga%C3%A7%C3%A3o deDireitoPrivado, [00: 03:23]. Acesso em: 20 out. 2023.

¹⁰⁰ TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, 2014, p. 112.

¹⁰¹ TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, 2012, p. 185.

¹⁰² "No obstante, en el sistema jurídico estadounidense adversarial se prevé que cada uno de los litigantes acentúen la parte de verdad que conviene a sus intereses en el caso y que los abogados planteen las preguntas a sus testigos de forma concreta para que éstos puedan decir toda la verdad relevante con respecto a estas preguntas específicas, sin que se filtre ningún dato incriminatorio. Se prevé que la parte de verdad que uno de los litigantes omite será sacada a la luz por la otra parte mediante la presentación de contra-testigos o con el interrogatorio cruzado o mediante ambas; lo cual, en mi opinión, es parte de la justificación epistemológica de un sistema adversarial (algunas veces funciona como se espera 45; pero muchas veces, me temo, no lo hace)". HAACK, S. Toda la verdad y nada más que la verdad. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S. l.], 35, 2012, pp. 571–587, p. 585. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2012-n35-toda-la-verdad-y-nada-mas-que-la-verdad>. Acesso em: 12 nov. 2023.

Mutatis mutandis, é o mesmo dilema que sói ocorrer nas acareações, em que se costuma fazer uma comparação entre as versões dos declarantes, sendo possível que ambos estejam mentindo ou que ambos estejam sendo sinceros. A convergência que decorrerá deste mecanismo poderá ser não apenas mentiroso, como também falso, o que implica que o consenso sobre um fato não necessariamente outorgar-lhe-á veracidade¹⁰³.

Neste aspecto, poder-se-ia argumentar que também no modelo de inquirição típico do *civil law* não há neutralidade em relação à prova oral que cada parte pretende produzir. Contudo, a presença de um juiz com maiores poderes instrutórios em audiência, capaz de interferir na aquisição de informações durante o depoimento da testemunha, torna a dinâmica da produção da prova oral diversa da que ocorre no modelo adversarial. Neste, ao contrário, o júri não possui mais o poder de dirigir perguntas às testemunhas e o juiz, não obstante possua tal prerrogativa, a exemplo da Rule 614(b) das *Federal Rules of Evidence*, não a utiliza, devido à cultura dominante de que deve interferir minimamente no confronto entre as partes¹⁰⁴. A seguir, o teor da Rule 614(b): “*The court may examine a witness regardless of who calls the witness*”¹⁰⁵.

Assim, acreditamos que apostar na condução da função epistêmica do processo pelo juiz, retirando-se a apuração dos fatos da iniciativa e das escolhas táticas exclusivas das partes, não representa deferir-lhe uma função inquisitória e abusiva, já que as prerrogativas judiciais tendem a ser apenas integrativas e acessórias, caso as partes não exercitem de maneira completa seu direito de prova¹⁰⁶.

Tema com implicações diretas na busca da verdade em sistemas processuais adversariais diz respeito ao direito ao confronto, que, consagrado primeiramente em 1791, mediante a Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, atualmente encontra-se vastamente registrado no ordenamento internacional, como é possível observar na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6º, nº 3, d), na

¹⁰³ RAMOS, Vitor de Paula. *Op. cit.*, p. 159.

¹⁰⁴ TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, 2012, p. 186.

¹⁰⁵ U.S. *United States Code*.
<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/title28a/node218&edition=prelim>. Acesso em: 18 de agosto de 2021.

¹⁰⁶ TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, 2012, p. 203.

Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8º, n. 2, f) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 14, n. 3).

Com efeito, o direito ao confronto apresenta alta correlação com a forma como o sistema norte-americano gere a apuração dos fatos no processo, por constituir o pilar fundamental do direito probatório constitucional daquele país, máxime após o acórdão *Crawford vs. Washington*¹⁰⁷.

Segundo a definição da Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos¹⁰⁸, em todos os processos criminais, o acusado terá direito a ser confrontado com as testemunhas da acusação. Devido a este enunciado, tradicionalmente associou-se o conceito do direito ao confronto ao *cross examination* ou ao direito de realizar a inquirição cruzada das testemunhas, muito por influência de John Henry Wigmore, por se considerar que o mecanismo mais privilegiado para se verificar a veracidade e a credibilidade do depoimento de uma testemunha será o exame cruzado, mormente no contexto de um processo penal marcado pela oralidade e fontes probatórias de origem pessoal¹⁰⁹.

Com efeito, na formulação teórica do direito ao confronto é comum associá-lo ao modelo de inquirição de testemunhas feita pelos advogados das partes, segundo a sequência da *direct-examination* e da *cross-examination* (e eventualmente da *redirect* e *recross examination*), em que cada parte inquire diretamente suas testemunhas e contrainquire as testemunhas da parte adversária, com o fim de desfazer a credibilidade da prova oral, diante de um juiz passivo¹¹⁰. Ao lado da instituição do júri, o *cross examination* seria um dos grandes pilares do sistema processual dos Estados Unidos, o qual já foi considerado como um dos maiores engenhos legais inventados para a busca da verdade¹¹¹.

¹⁰⁷ MESQUITA, Paulo Dá. *Op. cit.*, p. 159.

¹⁰⁸ “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence*”. U.S. Constitution of the United States. Disponível em: [¹⁰⁹ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras. O direito ao confronto e o caso Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido. *Revista de Concorrência e Regulação*, nº 23-24, 2015, p. 328.](https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-6/#:~:text=In%20all%20criminal%20prosecutions%2C%20the,of%20the%20accusation%3B%20to%20be. Acesso em: 10 fev. 2023.</p></div><div data-bbox=)

¹¹⁰ TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, 2012, p. 183.

¹¹¹ *Idem*, p. 183.

Contudo, atualmente já se vislumbra um alcance jurídico muito superior em relação ao direito ao confronto, conforme preceitua Figueiredo¹¹², a englobar nesta nomenclatura os seguintes direitos: produção da prova testemunhal em audiência pública; presença física do réu na produção da prova testemunhal; produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; dever das testemunhas de se comprometerem a dizer a verdade; descoberta da verdadeira identidade das testemunhas; e inquirição das fontes de prova testemunhal desfavoráveis, no momento concomitante à colheita das respectivas declarações.

Com efeito, o Caso *Crawford vs. Washington* representou grande marco neste debate, quando a Suprema Corte norte-americana afastou a aplicação restrita do direito ao confronto às declarações prestadas em juízo e, ampliando o conceito, estendeu-o aos depoimentos indiretos (*hearsay testimony*) e às declarações realizadas fora do processo, inclusive de vítimas, quando conscientemente colhidas pelas autoridades investigadoras, ainda que sem a pretensão de uso probatório¹¹³.

Neste *leading case*, Kenneth Lee pretensamente tentou violar a esposa de Crawford (Sylvia), tendo ocorrido uma luta corporal em que Lee foi esfaqueado por Crawford. Os depoimentos policiais de Crawford e de sua mulher apresentaram algumas contradições sobre a iniciativa das agressões por parte de Lee, para fins de se configurar legítima defesa na conduta de Crawford. Na fase de instrução do processo, Sylvia preferiu não testemunhar perante os jurados (*marital privilege*) e o seu depoimento, conforme apresentado à Polícia, foi admitido e valorado como prova. Crawford, então, alegou violação ao seu direito ao confronto e a Suprema Corte dos Estados Unidos concluiu que aqueles depoimentos policiais não poderiam ser admitidos como provas, independentemente de sua confiabilidade¹¹⁴.

Conforme Bachmaier Winter, não obstante a clara relação entre o direito de *hearsay* e o confronto, ambos os conceitos não se confundem. Enquanto que no

¹¹²FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras. *O direito do acusado ao confronto das testemunhas de acusação na produção da prova penal*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019, pp. 12-13.

¹¹³"Thus, testimonial statements include not only statements made as testimony at the trial itself," but also testimony given at a prior trial, 52 or other judicial proceeding, 3 and statements, like the one Crawford, knowingly made to investigating authorities. At the other end, some statements, including those made in furtherance of a conspiracy, can be rather easily deemed non-testimonial, because they were made absent any indication of evidentiary use, 55 and these do not raise a concern under the Confrontation Clause". FRIEDMAN, Richard D. 'Face to Face': Rediscovering the Right to Confront Prosecution Witnesses. *Int'l J. Evidence & Proof* 8, n. 1, 2004, pp. 1-30, p. 21.

¹¹⁴ SUPREME COURT. *State v. Crawford*. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/wa-supreme-court/1281961.html>. Acesso em: 02 mar. 2023.

regime do *hearsay* impede-se a leitura ou a reprodução de declarações provenientes de prova testemunhal indireta, realizadas perante agentes oficiais e introduzidas nos autos por meio de uma testemunha “ouvi-dizer”, no direito ao confronto há verdadeira obrigação positiva de presença física da testemunha de acusação em julgamento, com o objetivo primordial de facilitar o *cross examination*¹¹⁵.

Na história do direito anglo-americano, segundo FRIEDMAN¹¹⁶, verificou-se uma tendência jurídica uniformemente restritiva, no que diz respeito às condições ofertadas ao acusado no processo, para se questionar uma declaração utilizada pelo Estado. Isto provavelmente se deve ao fato de o confronto não ser considerado formalmente uma norma constitucional e devido às próprias regras de *hearsay*, que acabaram por valorizar a fiabilidade das declarações testemunhais não prestadas em juízo, a fim de admiti-las como prova no processo, ainda quando não realizado prévio *cross examination*¹¹⁷. Contudo, é de se reconhecer que o sistema processual dos Estados Unidos adota posição mais veemente na defesa do direito ao confronto, quando comparado até mesmo com a Inglaterra e outros países de *common law*¹¹⁸.

O direito ao confronto de tradição anglo-americana exerceu influência decisiva em muitos ordenamentos próprios do sistema *civil law*, ainda que não tenha se realizado um transplante direto da prática cultural deste direito, já que não representou nenhuma transição em grande escala para um julgamento controlado pelas partes¹¹⁹.

¹¹⁵ BACHMEIR WINTER, Lorena. Principio de inmediación y confrontación: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical. In: AMBOS, K. y MALARINO, E. (coord.). *Fundamentos de Derecho Probatorio del Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 12.

¹¹⁶ FRIEDMAN, Richard D. Confrontation: The Search for Basic Principles. *Geo. L. J.*, 86(4), 1998, pp. 1011-1043, pp. 1022-1025.

¹¹⁷ BACHMEIR WINTER, Lorena. *Op. cit.*, p. 15.

¹¹⁸ Segundo Bachmeir Winter, no âmbito do II Workshop Internacional "Quaestio Facti", realizado na Universidade de Lisboa, há uma clara distinção entre o direito ao confronto, sob o influxo da 6ª Emenda da -Constituição norte-americana, e o direito ao confronto e o princípio da imediação, no sistema continental. Isto porque, nos EUA, aquele direito visa principalmente a garantir ao acusado a presença física da testemunha, e não exatamente a fornecer a melhor avaliação sobre a fiabilidade da testemunha, sob o ponto de vista do julgamento dos fatos BACHMEIR WINTER, Lorena. II Workshop Internacional "Quaestio Facti". Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=uL6f8Xj3pOI&ab_channel=CentrodInvestiga%C3%A7%C3%A3o deDireitoPrivado, [00: 08:26]. Acesso em: 20 out. 2023.

¹¹⁹ "Although the right to examine witnesses would seem to have stretched the Continental notion of *une procédure contradictoire* beyond its traditional boundaries, this right has not required any full scale transition towards a party-controlled trial as the right to confrontation does not mean that in order to be used as evidence the statements of witnesses should always be made at a public hearing. So long as opportunities exist for challenging witnesses before trial, the absence of an opportunity to examine these witnesses at trial is not fatal to compliance with Article 6 standards.⁵¹ This would seem as discomfoting to traditional common law approaches, so long associated with the adversarial right of *cross examination* at trial, as to civil law traditions. JACKSON, John. *Transnational Faces of Justice*:

O ordenamento europeu, portanto, também colheu frutos deste direito, o qual é tributário da ideia corrente do “direito a um processo equitativo” (*fair trial*)¹²⁰, não obstante os desafios decorrentes da realidade de regimes jurídicos diferentes e sobrepostos na comunidade europeia, com iniciativas multilaterais de diversos grupos de interesses¹²¹. Neste panorama é que foi positivado o artigo 6, nº 3, d, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, segundo o qual o acusado tem o direito de “interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação [...]”¹²².

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) historicamente tem definido as linhas mestras da arquitetura do direito ao confronto no ordenamento europeu, devido à inexistência generalizada de regras sobre a exclusão de provas nos sistemas jurídicos continentais (*exclusionary rules*), em que elementos de prova que não passam pelo escrutínio do acusado são excluídas do acesso do julgador¹²³.

Longe de uma vertente classicamente adversarial, mediante casos emblemáticos como *Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido* e *Schatschaschwili vs. Alemanha*, o Tribunal delineou novos liames para o exercício e proteção do direito ao confronto, com base na exclusão de depoimentos de testemunhas de acusação que não foram confrontadas pelo acusado, quando esta prova é decisiva ou única para a condenação (cláusula do *sole or decisive evidence*), ou quando a declaração tenha um valor probatório relevante, com grande importância para determinar as circunstâncias e a culpa do acusado, embora de maneira não decisiva para a condenação¹²⁴. A *sole or decisive evidence rule* será melhor analisada no último capítulo deste trabalho.

Two Attempts to Build Common Standards Beyond National Boundaries. In: J. Jackson, M. Langer & P. Tillers (Eds.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška* (pp. 221–250). London: Hart Publishing, 2008, p. 232.

¹²⁰ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras. *Op. cit.*, p. 58.

¹²¹ “A Europa não só fala a duas vozes, o TEDH e a UE (116), como também fala em todo o lado, com diversos tons através de canais diferentes, de forma confusa e em demasia. Mas a defesa já compreendeu o desafio e deixará de lembrar, mais cedo ou mais tarde, aquilo que é bem conhecido e comprovado: um processo penal justo com uma defesa eficaz precisa de mecanismos de proteção, precisa de uma previsibilidade comum alcance europeu e de fiabilidade das regras, para assim garantir a igualdade de armas com a perseguição penal (117). A Europa permanece um desafio”. GLESS, Sabine. A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, 21(3), 2011, pp. 395-426, p. 426.

¹²² UE. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 14 fev. 2023.

¹²³ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras. *Op. cit.*, p. 66.

¹²⁴ DIONYSOPOULOU, Athanasia. *Das Konfrontationsrecht des Beschuldigten in der jüngsten Rechtsprechung des EGMR nach dem Urteil Schatschaschwili gegen Deutschland*. ZIS, 10/2017, p. 633.

Especificamente no Caso *Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido*, considerou-se de maneira explícita que em algumas situações é *necessária* a mitigação do direito ao confronto, após uma análise global do processo indicar que a declaração testemunhal não confrontada está acompanhada de evidências de suporte corroborativas, consideradas pelo Tribunal como fatores de “contrabalanceamento”¹²⁵.

No Caso *Al-Khawaja*¹²⁶, o médico Al-Khawaja foi acusado de crime sexual praticado contra duas pacientes, enquanto estavam hipnotizadas, durante consultas no ano de 2003. Uma das vítimas suicidou-se, mas antes de sua morte declarou à polícia o abuso e contou extraoficialmente a dois amigos que teria sido violentada. Durante o processo judicial, a declaração policial desta vítima falecida foi admitida como prova e foram colhidos os depoimentos dos amigos supracitados. O acusado, condenado por atentado violento ao pudor, recorreu ao Tribunal de Recurso, alegando, em síntese, que a declaração da vítima falecida não deveria ter sido admitida e que o júri não fora devidamente instruído sobre as circunstâncias de prejuízo desta evidência à defesa. Tal recurso, contudo, não recebeu provimento.

No Caso *Tahery*, Ali Tahery foi acusado de lesão corporal grave contra o indivíduo S, por fato ocorrido em 2004. Não obstante num primeiro momento nenhuma das testemunhas inquiridas na cena do crime terem afirmado que viram o acusado esfaquear S, dias depois, porém, uma delas declarou à polícia que havia visto *Tahery* proferir a facada contra a vítima. Perante os jurados, apenas leu-se a declaração desta última testemunha, devido ao seu medo de testemunhar em juízo. O acusado Tahery foi condenado pela maioria por lesões corporais graves e interpôs recurso, alegando que a incapacidade de interrogar a testemunha violou o seu direito a um julgamento justo. Contudo o Tribunal de Recurso considerou que o júri foi informado de todos os assuntos necessários para o seu processo de tomada de decisão.

Durante o primeiro julgamento realizado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, decidiu-se que não é possível utilizar declarações não submetidas ao

¹²⁵ WIDDER, Elmar. The Right to Challenge Witnesses – an Application of Strasbourg's Flexible ‘Sole and Decisive’ Rule to other Human Rights. *Cambridge International Law Journal*, 3(4), 2014, pp. 1084-1097, pp. 1086-1088.

¹²⁶ ECHR. *Case-Law*. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/#%22fulltext%22:%22AlKhawaja%22,%22documentcollectionid%22:%222GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-108072%22>. Acesso em: 4 dez. 2023.

escrutínio do acusado e, nestas circunstâncias, igualmente estaria vedado avaliar a credibilidade da testemunha. O acusado, assim, deve ter a oportunidade de confrontar as testemunhas, seja na fase pré-processual seja no julgamento, se a condenação se basear única e decisivamente em depoimentos de testemunhas que não foram confrontadas pelo acusado em algum momento ou quando não lhes foi ofertada esta oportunidade. Desta forma, a Câmara concluiu que nos dois casos (*Al-Khawaja e Tahery*) houve violação do art. 6º, n. 1 e 3, d, da CEDH.

Este julgamento, todavia, foi revertido pela Grande Câmara, com o fundamento de que foram utilizados mecanismos de “contrabalanceamento” no caso *Al-Khawaja*, suficientes para impedir uma violação ao direito de examinar as testemunhas, apesar de a defesa ter enfrentado dificuldades diante da ausência da testemunha no julgamento e da admissão das suas declarações extraprocessuais.

Particularmente no Caso *Tahery*, a Grande Câmara entendeu que houve violação do art. 6º, da CEDH, primeiramente porque o depoimento da testemunha ausente no julgamento tinha natureza decisiva na condenação e, por outro lado, porque não se verificou nos autos nenhuma outra evidência capaz de corroborar as declarações daquela testemunha não confrontada. Portanto, analisando se o procedimento como um todo foi justo, entendeu-se que não houve mecanismos de contrabalanceamento para compensar as dificuldades em desfavor da defesa, o que representa violação ao art. 6º, da CEDH.

O Caso *Crawford vs. Washington*, no âmbito da Suprema Corte norte-americana, e o Caso *Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, bem demonstram a sofisticada composição que o direito ao confronto e a busca pela verdade no processo podem apresentar na gestão do caso concreto, a depender da tradição jurídica em que inserida a querela.

Uma plêiade de desafios jurídicos podem ser extraídos do exercício do confronto, sem descurar das implicações práticas que cada ordenamento pode atribuir a este direito para a verificação da verdade factual nos autos. A par disto, no exame destes dois casos, bem se constata como as idiossincrasias dos sistemas acusatório e adversarial, respectivamente, podem ser decisivas ora para flexibilizar direitos de defesa do réu, ora para relativizar uma suposta investigação mais fidedigna sobre a verdade dos fatos.

Neste sentido, o saldo avaliativo, a partir dos parâmetros traçados naqueles julgados, é que o confronto tende a ganhar mais proeminência em relação à busca

da verdade, quando se trata de casos tratados sob um influxo cultural adversarial, já que o auxílio que determinado pronunciamento pode dar ao descobrimento dos fatos sob litígio em nada o tornará determinante, de maneira pura e simples, para se autorizar uma violação ao direito ao confronto¹²⁷. Por outro lado, em cenários inquisitoriais, de que é exemplo o sistema continental europeu, restrições à defesa podem ser permitidas, se se basearem numa necessidade legítima, segundo critérios de ponderação caso a caso e adequada compensação¹²⁸.

As problemáticas advindas de declarações extrajudiciais, analisadas nos *leading cases* supracitados, revelam em muito os desafios que poderão se apresentar para a garantia dos direitos de defesa e a gestão dos elementos de prova colhidos no âmbito do *cooperation agreement*, a considerar o manancial de informações que são fornecidas para os agentes da lei na fase das tratativas do acordo. Além disso, é alto o nível decisório que o Ministério Público poderá ter fora do ambiente processual, para definir os contornos da colaboração e até sobre quem receberá ou não o *status* de *accomplice*, ou mesmo se o colaborador fará jus a alguma benesse.

Por outro lado, embora seja bastante crítico o processo de escolha das testemunhas que cooperam com o Estado e de redação dos acordos, ainda

¹²⁷ Conforme a lição de FRIEDMAN, segundo a qual a determinação da verdade não seria, por si só, um critério forte para determinar a aplicabilidade do direito ao confronto. Neste sentido: “*These are all arguments suggesting that reliability of a hearsay statement is a poor criterion to determine whether admissibility of a hearsay statement will assist the truth determination process. Plainly, these arguments apply just as forcefully if the confrontation right, as well as ordinary hearsay law, is at stake. In applying the confrontation right, moreover, I believe an additional, broader consideration comes into play: Truth-determination is itself a poor criterion for determining applicability of the confrontation right. That is, whether or not admissibility of the challenged statement would assist truth-determination should not be determinative of whether admissibility violates the confrontation right. If a witness delivers live testimony at trial, the court does not excuse the witness from cross-examination on the ground that the evidence is so reliable that cross-examination is unnecessary to assist the determination of truth.*” FRIEDMAN, Richard D. Confrontation: The Search for Basic Principles. *Geo. L. J.* 86(4), 1998, pp. 1011-1043, p. 1028.

¹²⁸ Sobre o tema, assim conclui Ölçer: “In its Art. 6 fair trial analysis, the Court engages in a broad and flexible umbrella test of balancing, allowing for restrictions of sub-rights, as long as the proceedings as a whole were fair. Restrictions of some rights may be allowed, if they are grounded in a legitimate necessity, are kept to a minimum, and are adequately compensated for. Whether or not compensation is achieved depends on the manner in which other rights are affected. In any analysis of Art. 6 ECHR, an important point of departure is that ‘(i)n a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 would not correspond to the aim and the purpose of that provision’. High as its status may be however, the intricate structure of Art. 6 ECHR, which consists of a catalogue of different types of rights, creates interpretative difficulties: ‘(w)hile the right to a fair trial under Article 6 is an unqualified right, what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case’”. ÖLÇER, F. Pinar. The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights. In: THAMAN, S. (eds). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, Vol. 20. Dordrecht: Springer, 2013, p. 376.

predomina na cultura adversarial dos Estados Unidos o sentimento de que a proteção contra o perjúrio dificilmente será atingida por meio da repressão a este poder discricionário de promotores e procuradores. Isto porque, em uma análise econômica do fenômeno, os benefícios que a sociedade usufrui, em tese, com as condenações (que só foram conquistadas por causa da cooperação) costumam superar os riscos de perjúrio. Ademais, independentemente de quem seleciona as testemunhas em um julgamento criminal, não seria possível prever a veracidade das declarações com precisão, temas que serão melhor abordados no capítulo seguinte.

Desta forma, apenas a salvaguarda de um amplo *cross examination* pode expor o quanto o depoimento de uma testemunha é influenciado por promessas do governo. Assim, para contrabalançar a crescente discricionariedade estatal na oferta e na elaboração de acordos, a defesa deve ter maior autonomia no âmbito de seu interrogatório¹²⁹.

Daí porque no modelo norte-americano de cooperação criminal com agentes criminosos, o exercício do direito de defesa do réu representa uma das mais importantes salvaguardas da busca da verdade no processo. Ao lado da leitura do acordo no plenário do júri e da possibilidade de análise de seu inteiro teor durante o julgamento, bem como da instrução cautelar aos jurados sobre os riscos de um acordo condicional com o co-imputado (especialmente quando o depoimento deste não foi corroborado por outras evidências), será o pleno desempenho da defesa no momento do interrogatório do *accomplice* que efetivamente garantirá um *fair trial*. Isto já foi assentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em várias situações, a exemplo do caso *United States vs. Dailey*¹³⁰.

Contudo, a considerar que apenas 3% dos casos criminais federais nos Estados Unidos seguem para julgamento, há de se reconhecer que aquele país acaba por apresentar uma baixa experiência de exposição dos colaboradores ao *cross examination* e que raramente os acordos de cooperação com corréus serão revelados à defesa, já que estes acabam por não prestar depoimento perante o júri. Como explana Thaman, durante as negociações de um acordo de confissão, frequentemente os acusados são incentivados a renunciar ao direito de divulgação

¹²⁹ MARTINEZ, Spencer. Bargaining for Testimony: Bias of Witnesses Who Testify in Exchange for Leniency. *CLEV. ST. L. REV.* 141(1), 1999, p. 158.

¹³⁰ US COURT OF APPEALS. *United States v. Dailey*. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-dailey-3#e2310081-aef3-4db1-9024-332e5b1ea624-fn8>. Acesso em: 6 abr. 2022.

de provas exculpatórias que a acusação detenha, como seria o caso da existência de um *cooperation agreement*, prática que já foi considerada constitucional pela Suprema Corte norte-americana¹³¹.

Com efeito, numa concepção mais global de devido processo legal, a acusação deveria entregar à defesa quaisquer provas exculpatórias ou de mitigação que tenham sido coletadas, a exemplo de acordos de cooperação e de elementos que podem ser usados para questionar a credibilidade das principais testemunhas de acusação.

Na tradição do common law a necessidade de restabelecer um equilíbrio entre as partes desaguou na conformação de institutos jurídicos a exemplo das regras de *discovery*, que disciplinam um conjunto de obrigações que as partes têm entre si e impõe-lhes a exibição ou disponibilidade de acesso e conhecimento, em determinada etapa processual (*pre-trial*), às fontes de prova que cada parte possui¹³².

Nos Estados Unidos, este conjunto de obrigações está consolidado nas chamadas *Federal Rules of Criminal Procedure*, sendo a *Rule 16* a incumbida de regulamentar o dever de *disclosure* das evidências, que permitirá à defesa conhecer as provas de que dispõe a acusação, buscar eventualmente novas provas em sentido contrário, bem como investigar a fiabilidade e a licitude da prova em poder do outro. Nos termos daquela norma, todas as declarações orais, escritas ou gravadas, provenientes do réu, bem como seus antecedentes criminais, demais documentos, objetos, relatórios, exames periciais, que sejam eventualmente importantes para o exercício da defesa, deverão ser divulgados pelos agentes da lei, a pedido do acusado¹³³.

Não obstante a aparente generalidade de sua descrição, a literatura norte-americana identifica uma série de lacunas no instituto, as quais restringem de facto o acesso efetivo às evidências que estão à disposição dos agentes da lei.

Além da proteção específica que é dada à privacidade da vítima, quando dados que lhe são relativos ainda não estão sob a custódia dos agentes da lei, a

¹³¹ THAMAN, Stephen C. *Op. cit.*, p. 270-271.

¹³² VIEIRA, António. *Op. cit.*, p. 67-68.

¹³³ U.S. *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules/FRCrP12.1.2014.pdf. Acesso em: 25 abr. 2022.

*National Crime Victim Law Institute*¹³⁴, vinculada a *Lewis Clark Law School*, esclarece que a interpretação do *discovery* já foi delimitada para que a acusação seja constitucionalmente obrigada a divulgar informações apenas quando tenham relação direta com a formação da culpa (*Brady vs. Maryland*¹³⁵) e que estejam sob a custódia ou controle da acusação.

Embora haja ordenamentos estaduais com regramentos específicos sobre o *discovery*, o réu criminal não tem direito constitucional federal à descoberta geral de todo e qualquer documento que esteja em poder da acusação (*Weatherford vs. Busey*¹³⁶), mediante acesso irrestrito aos arquivos do Estado em busca de provas de defesa. Desta forma, quando o réu não consegue identificar especificamente qual material exculpatório está na posse ou controle do Ministério Público, este manterá a autoridade para determinar qual material apresenta essa natureza e, portanto, poderá ser divulgado.

Quando se trata especificamente da aplicação deste instituto no âmbito do *cooperation agreement*, verifica-se que os réus delatados raramente têm oportunidade de defender-se contra este tipo de prova, antes do julgamento, uma vez que o promotor pode manter em sigilo a identidade do informante até o momento da audiência, com base nas próprias regras de *disclosure*. É o que dispõe o *United States Code*, segundo o qual, em síntese, em qualquer processo criminal instaurado, nenhuma declaração ou relatório possuídos pela União, que tenha sido utilizado por uma testemunha da acusação, será objeto de *disclosure* até que tenha ocorrido o testemunho e o contraditório em audiência; todavia, após a prestação do testemunho, o tribunal deverá ordenar que tal declaração relacionada ao assunto testemunhado seja entregue diretamente ao réu, para seu exame e uso¹³⁷:

§3500. Demands for production of statements and reports of witnesses

¹³⁴ NCVLI. *Discovery versus Production*. Disponível em: <https://law.lclark.edu/live/files/21768-discovery-versus-productionthere-is-a>. Acesso em: 25 abr. 2022.

¹³⁵ Em *Brady vs. Maryland*, a Suprema Corte declarou, em síntese, que a supressão pela acusação de provas favoráveis a um acusado que tenham sido solicitados viola o devido processo legal quando as provas são relativas à formação da culpa ou para a punição, independentemente da boa-fé dos agentes da lei. U.S. COURT. *Brady vs. Maryland*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/>. Acesso em 25 de abril de 2022.

¹³⁶ Em *Weatherford vs. Busey*, a Suprema Corte declarou, em síntese, que a cláusula do devido processo legal não exige que a acusação revele antes do julgamento os nomes dos agentes infiltrados ou outras testemunhas que prestarão depoimento contra a defesa. U.S. COURT. *Weatherford vs. Busey*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/545/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

¹³⁷ U.S. *U.S. Code*. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section3500 & num= 0 & edition= preliminar>. Acesso em: 9 mar. 2022.

(a) In any criminal prosecution brought by the United States, no statement or report in the possession of the United States which was made by a Government witness or prospective Government witness (other than the defendant) shall be the subject of subpoena, discovery, or inspection until said witness has testified on direct examination in the trial of the case.

(b) After a witness called by the United States has testified on direct examination, the court shall, on motion of the defendant, order the United States to produce any statement (as hereinafter defined) of the witness in the possession of the United States which relates to the subject matter as to which the witness has testified. If the entire contents of any such statement relate to the subject matter of the testimony of the witness, the court shall order it to be delivered directly to the defendant for his examination and use.

[...]

(d) If the United States elects not to comply with an order of the court under subsection (b) or (c) hereof to deliver to the defendant any such statement, or such portion thereof as the court may direct, the court shall strike from the record the testimony of the witness, and the trial shall proceed unless the court in its discretion shall determine that the interests of justice require that a mistrial be declared.

(e) The term "statement", as used in subsections (b), (c), and (d) of this section in relation to any witness called by the United States, means-

(1) a written statement made by said witness and signed or otherwise adopted or approved by him;

(2) a stenographic, mechanical, electrical, or other recording, or a transcription thereof, which is a substantially verbatim recital of an oral statement made by said witness and recorded contemporaneously with the making of such oral statement; or

(3) a statement, however taken or recorded, or a transcription thereof, if any, made by said witness to a grand jury.

Demais repercussões oriundas da alta discricionariedade ministerial também são verificadas no plano do exercício de defesa do arguido delatado. Um importante paradigma neste campo é o Caso *Giglio vs. USA*¹³⁸, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou a necessidade de se revelar à defesa que determinada testemunha colabora com o governo, em troca de não ser processada. Ponderou-se ali sobre o dever de apresentar todo o material probatório da acusação ao júri (um dever substancial de *disclosure*), sob pena de ofensa ao devido processo legal. Sob tal exegese, do Estado é possível exigir a revelação de qualquer prova que seja benéfica ao réu, sendo-lhe vedado reter evidências que, de alguma forma, podem

¹³⁸ Neste caso, John Giglio foi condenado por fraude bancária e, enquanto estava pendente seu recurso para o Tribunal do Segundo Circuito dos EUA, seu advogado descobriu que a acusação não tinha revelado a promessa de imunidade feita a um co-imputado, em troca do testemunho contra Giglio. A Suprema Corte daquele país, então, anulou a condenação, por entender que tal fato deveria ter sido revelado no início do julgamento pela acusação U.S. SUPREME COURT. *Giglio v. United States*. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1971/70-29>. Acesso em: 19 ago. 2023.

beneficiar a defesa, a exemplo de benefícios processuais e penais, capazes de influenciar uma tendência de versão no testemunho.

Deste modo, omitir alguma prova que potencialmente interesse ao réu (a exemplo da existência de promessas implícitas para a prestação de certo testemunho) pode ser considerada ofensa à 6ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, por retirar da defesa a capacidade de influenciar a decisão do júri, por meio do *cross examination*.

Ademais, também pode representar violação à cláusula do devido processo da 14ª Emenda da Constituição:

*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*¹³⁹.

Com efeito, a 14ª Emenda da Constituição é aplicável indistintamente à União e aos Estados, a fim de proteger de maneira igualitária todos os seus cidadãos, sem privilégios nem distinções desproporcionais.

Esta cláusula de proteção obriga o Estado a governar imparcialmente e a fazer distinções entre os indivíduos apenas em aspectos efetivamente relevantes, segundo um objetivo público legítimo. Assim, quando um indivíduo acredita que o governo federal ou um governo estadual violou os seus direitos de igualdade, poderá processar o Estado¹⁴⁰.

Certamente o procurador tem obrigação ética e constitucional de impedir a apresentação consciente de evidências falsas num julgamento e de corrigir tais situações quando ocorrerem. Mas quando o agente ministerial desconhece a falsidade ou não tem meios de atestar a credibilidade do testemunho de um colaborador, o processo fica desprotegido quanto a oportunidades de controle epistêmico destas informações, principalmente pela defesa, que ficará comprometida

¹³⁹U.S. Constitution of the United States. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-14/>. Acesso em: 12 out. 2021. Em tradução livre: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum estado produzirá ou aplicará lei que possa restringir os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; também nenhum estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro da sua jurisdição a igual proteção das leis”.

¹⁴⁰CLL. *Equal Protection*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/equal_protection. Acesso em: 12 out. 2021.

no exercício consciente e amplo do direito ao confronto. É nesta problemática que a divulgação ampla de todos os incentivos oferecidos para a cooperação do *accpliance* pode representar uma medida paliativa, caso configurada como norma de conduta profissional aos procuradores¹⁴¹.

Posto isto, qualquer incentivo ao testemunho do cúmplice, conferido por algum agente da lei, seja a polícia seja o Ministério Público, deveria, em tese, ser revelado à defesa do réu.

Contudo, não obstante a exegese que sagrou-se vencedora no Caso *Giglio vs. USA*, um complexo desafio verificado como decorrência lógica deste debate jurisprudencial diz respeito à própria identificação do que seja uma promessa, recompensa ou incentivo, diante da eventual formulação de incentivos implícitos ou ocultos ao depoimento do co-imputado, que impactará fortemente no controle epistêmico do testemunho dos cúmplices, tema que será abordado no capítulo seguinte, acerca da discricionariedade do Ministério Público no sistema penal estadunidense.

O *Model Rules of Professional Conduct*, protótipo de normas de ética profissional, também elaborado pela *American Bar Association*, na Regra 3.8, também não é suficientemente preciso para abordar os desafios aqui apresentados em relação ao *cooperation agreement*, uma vez que apenas recomenda que os promotores entreguem à defesa qualquer material informativo que tenda a negar a culpa do acusado:

The prosecutor in a criminal case shall:

[...]

(d) make timely disclosure to the defense of all evidence or information known to the prosecutor that tends to negate the guilt of the accused or mitigates the offense, and, in connection with sentencing, disclose to the defense and to the tribunal all unprivileged mitigating information known to the prosecutor, except when the prosecutor is relieved of this responsibility by a protective order of the tribunal;

[...]

(g) When a prosecutor knows of new, credible and material evidence creating a reasonable likelihood that a convicted defendant did not commit an offense of which the defendant was convicted, the prosecutor shall:

(1) promptly disclose that evidence to an appropriate court or authority, and

(2) if the conviction was obtained in the prosecutor's jurisdiction,

¹⁴¹ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1166.

(i) promptly disclose that evidence to the defendant unless a court authorizes delay, and
(ii) undertake further investigation, or make reasonable efforts to cause an investigation, to determine whether the defendant was convicted of an offense that the defendant did not commit.
(h) When a prosecutor knows of clear and convincing evidence establishing that a defendant in the prosecutor's jurisdiction was convicted of an offense that the defendant did not commit, the prosecutor shall seek to remedy the conviction¹⁴².

Não é certo, contudo, que esteja abrangido nesta regra o dever de divulgar promessas, recompensas e incentivos eventualmente dirigidos pela polícia ou outros órgãos estatais a testemunhas cúmplices, quando for do conhecimento do procurador.

Diante disso, Michael Cassidy recomenda alterar estas regras, para que, diante de promessas, recompensas e incentivos também dirigidos por agentes policiais para agentes criminosos colaboradores, os promotores sejam alvo de uma norma de conduta ético-profissional voltada para a divulgação dos benefícios sabidamente conhecidos, com base nas orientações do Caso Giglio e da Regra 3.8, da *Model Rules of Professional Conduct*¹⁴³.

Muitas questões processuais no direito americano e especialmente na esfera federal dificultam que os acusados descubram até mesmo quem são as testemunhas da acusação e que tipo de benefícios está em jogo para influenciar a prestação de declarações com efeito probatório. No sistema federal, o Estado não tem obrigação de revelar antecipadamente o nome das testemunhas que prestarão depoimento até que sejam anunciadas no próprio tribunal, e a defesa apenas tomará

¹⁴² Em tradução livre: “O procurador num processo penal deverá: [...] (d) revelar oportunamente à defesa todas as provas ou informações de que tenha conhecimento e que tendam a negar ou atenuar a culpa do arguido e, em relação à sentença, revelar à defesa e ao tribunal todas as informações atenuantes não privilegiadas de que o procurador tenha conhecimento, exceto se houver dispensa desta responsabilidade por uma ordem de proteção do tribunal; [...] (g) Quando um procurador tiver conhecimento de provas novas, credíveis e materiais que criem uma probabilidade razoável de que um arguido condenado não cometeu um crime pelo qual foi condenado, o procurador deverá: (1) revelar prontamente essas provas a um tribunal ou autoridade competente, e (2) se a condenação tiver sido obtida na jurisdição do procurador: (i) revelar imediatamente essas provas ao arguido, exceto se o tribunal autorizar o adiamento, e (ii) procederá a uma investigação mais aprofundada, ou envidará esforços razoáveis para tanto, a fim de determinar se o arguido foi condenado por um crime que não cometeu. (h) Quando um procurador tiver conhecimento de provas claras e convincentes que estabeleçam que um arguido da sua jurisdição foi condenado por um crime que não cometeu, o procurador buscará remediar a condenação”. ABA. *Rule 3.8: Special Responsibilities of a Prosecutor*. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_3_8_special_responsibilities_of_a_prosecutor/. Acesso em: 17 ago 2023.

¹⁴³ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1171-1173.

conhecimento delas e de quaisquer depoimentos anteriores, prestados aos promotores, naquele momento. É a partir de então que poderá ser explorado se se trata de informante e se há algum viés que comprometa a isenção na narrativa. Na maioria dos estados, diferentemente, vigora o regime de compartilhamento dos nomes das testemunhas e dos depoimentos prestados previamente, por parte da defesa e da acusação, antes do julgamento.

Diante de uma cultura de informalidade nas sessões iniciais de tratativas com o candidato à colaboração, com poucos registros escritos das informações que ali circulam, verifica-se um fluxo de informações potencialmente incriminadoras, perante agentes da lei, quase impossível de ser impugnado. Isto gera uma fissura na ilusão de superioridade do modelo adversarial no processo de apuração da verdade. A considerar que o sistema de justiça americano tem como premissa a suposição de que, ao se atacar as evidências de maneira bilateral, entre as partes processuais em confronto, haverá a garantia de que a verdade será revelada e a justiça prevalecerá, a cultura informacional do processo federal de cooperação criminal impede este diálogo fundamental. Ademais, os mecanismos tradicionais para se verificar a confiabilidade de uma prova (*v.g.*, entrega à parte adversária, julgamento, *disclosure*) não estão disponíveis no contexto das negociações iniciais do *cooperation agreement*¹⁴⁴.

Isto ocorre visivelmente no nível estadual. Acordos de cooperação criminal com cúmplices e moções realizadas pelos promotores, em prol da leniência em sentença, muitas vezes não são colocados no arquivo público das Cortes e os tribunais frequentemente não os referenciam em processos públicos. Esta orientação provém do próprio Judiciário Federal norte-americano, o qual explicitamente enuncia que não devem ser incluídos os pedidos de leniência por assistência substancial e acordos de cooperação em autos de acesso público, e nem devem ser disponibilizados ao público, mediante vista dos autos em cartório judicial ou acesso eletrônico remoto¹⁴⁵.

Ao contrário do que acontece com provas obtidas por meio de mandado de busca e apreensão, escutas telefônicas, depoimentos de peritos especialistas,

¹⁴⁴ KNIZHNIK, Shana. *Op. cit.*, p. 1751.

¹⁴⁵ U.S. COURT. Judicial Conference Policy on Privacy and Public Access to Electronic Case Files. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/judiciary-policies/privacy-policy-electronic-case-files>, Acesso em: 26 jan. 2022.

identificações de testemunhas oculares ou confissões de réus à polícia, a identidade ou o teor das declarações prestadas até então pelos informantes geralmente não precisam ser divulgadas até que haja o respectivo depoimento em um julgamento. Isto porque o conteúdo do dever de divulgação de provas, imposto aos promotores em relação ao depoimento de cúmplices, é muito vago: o Ministério Público não precisa revelar a existência ou os elementos fornecidos por este tipo de informante, se não for esperado o testemunho em juízo deste sujeito. Os réus alvejados pelo informante, em contrapartida, podem discernir que determinado agente é um colaborador do Estado de maneira indireta, seja porque o sabido cúmplice deixou de compor o pólo passivo da ação penal inexplicavelmente, seja devido a detalhes íntimos da empreitada criminosa constantes da denúncia ou o tipo de prova solicitado em um pedido de mandado de busca e apreensão.

Ainda que a defesa tenha conhecimento da identidade das testemunhas informantes, o réu dificilmente conseguirá emplacar um pleito para excluir o depoimento das testemunhas na audiência de julgamento, diferentemente do que acontece com outras categorias suspeitas de evidências, como confissões, reconhecimento por testemunhas oculares e depoimentos de experts. No caso de informantes compensados com alguma espécie de clemência na sentença, a confissão poderá sofrer revisão judicial quanto a sua confiabilidade, mas geralmente após o testemunho em juízo e com sindicabilidade bastante limitada, relacionada apenas a critérios de consciência e voluntariedade das declarações do sujeito¹⁴⁶.

Desta forma, o modelo de *discovery* norte-americano apresenta lacunas significativas para um exercício mais pleno do direito à defesa dos réus, não podendo ser adotado como modelo indene de críticas, como por vezes é ilustrado na doutrina, de que é exemplo VIEIRA, quando este propõe de maneira laudatória o “transplante” deste modelo para o sistema brasileiro, diante do uso massivo da “delação premiada” naquela nação e das dificuldades apresentadas pelos réus para o exercício de suas defesas¹⁴⁷.

Para agravar tal quadro de falta de controle externo sobre o uso de informantes nos processos-crime, ainda há o *deficit* de assistência técnica por parte dos próprios defensores dos réus, que poderiam, de fato, exercer uma efetiva

¹⁴⁶ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, p. 760.

¹⁴⁷ VIEIRA, António. *Op. cit.*, p. 68.

sindicância sobre os depoimentos não confiáveis de *accompliances*, uma vez que a própria essência da colaboração exigida pelos acordos entabulados com o Estado, acaba por minorar o campo de ação protetiva e as estratégias de defesa clássica, escapando até mesmo do campo de controle do próprio advogado a garantia se seus clientes estão a falar a verdade¹⁴⁸.

Uma reforma pleiteada no sistema norte-americano nessa seara é a expansão dos requisitos de *disclosure*, para que os promotores divulguem de maneira mais prematura e completa a utilização no processo de prova proveniente de acordos de cooperação. Os réus geralmente são notificados previamente quando haverá utilização nos autos de qualquer uma das três categorias de provas altamente relacionadas a erros judiciários (confissões, identificação por testemunha ocular e depoimento de peritos), segundo explana Roth¹⁴⁹, razão pela qual não se sustentam os argumentos de preocupação com a segurança dos informantes ou preservação das investigações em andamento.

Nesse aspecto, a revelação dessa natureza de prova deve incluir os antecedentes criminais do colaborador, a existência de acordos pretéritos com o mesmo agente, os termos do acordo entabulado com o Estado, com destaque para a forma de compensação prometida (ou fornecida), o contexto em que o informante obteve suas informações. Tal espécie de exigência tende a ser exigida na generalidade dos casos federais, por força do que dispõe o 18 US Code, §3.500 e esse amplo método de *disclosure*, em relação ao material relacionado ao testemunho do colaborador criminal, certamente valorizará o foco dos procuradores em questões afetas à confiabilidade do agente que coopera, aumenta as chances de tornar a investigação mais robusta, bem como auxiliará substancialmente no exercício de defesa do réu, já que este terá melhores condições informacionais no interrogatório e oitivas em audiência e de sopesar o custo-benefício de uma confissão falsa¹⁵⁰.

Martinez¹⁵¹ observa que assegurar amplamente o exercício do *cross examination* de fato é capaz de viabilizar a revelação de supostas promessas implícitas de clemência, ainda quando não haja um acordo tangível de cooperação com a testemunha. O autor registra como várias instâncias judiciais norte-americanas

¹⁴⁸ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, p. 760.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 784.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 785.

¹⁵¹ MARTINEZ, Spencer. *Op. cit.*, p. 154.

têm reforçado tal ponto de vista, sempre que asseguram latitude altamente exploratória nas questões proferidas pela defesa, como forma de o *cross examination* contrabalancear o risco de perjúrio e a fim de aprofundar em eventuais fontes de parcialidade, vieses narrativos e preconceitos da testemunha. No entanto, ainda vigora um amplo poder discricionário dos tribunais nesta avaliação, diante da possibilidade de limitação do *cross examination* a pretexto da existência de perguntas assediadas, repetitivas, irrelevantes ou atentatórias à segurança, e da necessidade de ser demonstrado prejuízo ao réu.

Conforme esclarece Thaman, outras circunstâncias da cultura processual norte-americana também demonstram como a ausência de transparência sobre um acordo com o Estado representa um grande empecilho para a defesa do réu visado pelo *cooperation agreement*: além da praxe judiciária, em alguns distritos federais, de não se registrar a existência deste tipo de acordo, o descumprimento do dever da acusação de apresentar as provas exculpatórias ou de mitigação da culpa só representará violação ao *due process* quando demonstrado que o resultado do julgamento poderia ter sido diferente ou que a confissão do réu não ocorreria se este tivesse conhecimento prévio daquele elemento de prova¹⁵².

Os desafios são muitos para a garantia de um *fair trial*, não apenas em relação ao réu que é alvo do testemunho, mas também em relação ao próprio colaborador, o qual não conta com uma política de defesa particular prévia no *cooperation agreement*, como requisito necessário para participação nas negociações com o Ministério Público, provavelmente devido à filosofia liberal e avessa ao paternalismo que impera no sistema adversarial norte-americano.

A considerar o cenário imprevisível de benefícios processuais que poderão ser conferidos, em troca da assunção precoce de culpa, e demais repercussões inclusive de órbita física e familiar (riscos decorrentes do descobrimento da delação, no âmbito da organização criminosa), é certo que um advogado de defesa experiente poderia instruir seu cliente, antes mesmo do ingresso na sala de entrevista, a respeito do que se espera da divulgação do seu conhecimento sobre os fatos em litígio e de todas as repercussões jurídicas do *cooperation*.

A garantia da assistência técnica ao co-imputado que decide cooperar com o Estado também poderia evitar alguns erros comuns, que soem inviabilizar o processo

¹⁵² THAMAN, Stephen C. *Op. cit.*, pp. 268-271.

de cooperação. O confronto antecipado do cliente em relação a elementos de aparente minimização ou patentemente implausíveis de seu relato é um destes exemplos.

Da mesma forma, seria útil perceber o progresso na política de gestão das evidências provenientes do *cooperation agreement*, por parte dos promotores e procuradores, se a praxe fosse garantir a presença de um advogado em todas as entrevistas com colaboradores. Ao se assegurar que estes tenham a oportunidade de conversar com os advogados de defesa antes e durante todo o processo de cooperação, os membros do Ministério Público poderiam gerar a percepção nos informantes de que estão a receber um tratamento justo e que os agentes da lei não têm medo de serem responsabilizados por sua conduta durante sessões de *debriefing*¹⁵³.

Outro desdobramento do direito à defesa no âmbito dos *cooperation agreements*, no que toca à esfera jurídica dos próprios colaboradores, diz respeito à eventual ineficiência da assistência. Com efeito, atualmente os acordos preliminares à colaboração (*queen for a day proffer agreements*), que adiante serão comentados, implicam uma grande perda de direitos de *cross-examine* testemunhas e de apresentação de provas, capaz de gerar uma anulação da capacidade de reação do réu colaborador, após a realização dessas negociações prévias, caso o Ministério Público considere que não houve auxílio substancial¹⁵⁴.

Neste contexto, há um cânone da ética advocatícia adversarial que proscreeve o encontro com suspeitos, denunciados ou não, quando não há assistência de advogado, no contexto de sessões exploratórias para eventual cooperação. Contudo, como aponta Thaman, verifica-se um ambiente permissivo para que o Ministério Público possa violar tal preceito. Não obstante a Suprema Corte atualmente condene esta prática, por ser contrária à 6ª Emenda, tal transgressão apenas resultará em reforma da condenação se comprovado o prejuízo, na trilha do que foi decidido no caso *United States vs. Morrison*. Inclusive até 1993 o Departamento de Justiça norte-americano (*U.S. Department of Justice*) permitia que o promotor público tratasse diretamente com acusados já devidamente representados, mas sem a presença dos respectivos advogados, o que foi alterado após a Administração Clinton¹⁵⁵.

¹⁵³ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, p. 788.

¹⁵⁴ THAMAN, Stephen. *Op. cit.*, p. 274.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 275.

No presente capítulo, portanto, foram debatidas as muitas intersecções do exercício dos direitos de defesa com a busca da verdade e tentou-se sopesar algumas implicações que a cultura adversarial impõe na resolução dos conflitos jurídicos advindos da aplicação destes dois valores. Expôs-se brevemente a trajetória do conceito de direito ao confronto nos sistemas anglo-americano e europeu e a aplicação comparativa deste direito, de acordo com o influxo filosófico de cada um destes sistemas, com a análise de posicionamentos jurisprudenciais da Suprema Corte norte-americana e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A partir destes elementos, foram pautados alguns desafios enfrentados pelos réus e colaboradores criminais para *cooperation agreement* norte-americano, tema que será retomado transversalmente nos demais capítulos do presente trabalho.

4. Desafios jurídicos do sistema de jurados na valoração probatória do *cooperation agreement*: as advertências verbais do magistrado e a proposta de audiências judiciais de homologação, a fim de aferir a credibilidade do depoimento do *accomplice*.

O sistema de jurados estadunidense representa uma das maiores marcas políticas e ideológicas daquele país: se, por um lado, manifesta o desejo dos indivíduos de serem julgados por um par, por outro lado materializa o próprio interesse do Estado de legitimar seus veredictos. Isto deve-se basicamente ao processo de democratização de sua composição, diante da extraordinária ampliação da base de recrutamento dos jurados, o que acabou por constituí-lo num elemento central de legitimidade da prestação jurisdicional naquela nação, sem correspondência em nenhum outro lugar, diante da forte desconfiança popular depositada nos órgãos políticos decisores¹⁵⁶.

O júri, não obstante formado por cidadãos comuns, tem aspectos cerimoniais óbvios, notoriamente no que diz respeito ao dever de juramento (a partir do qual estarão preparados para decidir de forma justa) e às regras de silêncio¹⁵⁷.

A íntima convicção também representa uma de suas principais insígnias, definidora de toda a linha dorsal operativa e epistemológica deste sistema judicial. Com efeito, o tribunal do júri só consegue decidir com base nesta íntima convicção, já que os jurados não têm, por definição, cabedal de conhecimentos necessários para fundamentar as decisões ou aplicar complexas fórmulas probatórias, que eram típicas, por exemplo, do sistema romano-canónico¹⁵⁸.

Isto posto, a composição por leigos será fator decisivo para compreender o parâmetro de verdade dos regimes que adotam tal sistema judicial. Segundo a clássica posição de Fortescue, a principal diferença entre os processos de tradição continental-europeia e inglesa consiste na dicotomia entre o “julgamento por testemunhas” e o “julgamento por jurados”, considerados pelo teórico como procedimentos para se determinar a verdade. Conforme explana Langer¹⁵⁹, esta

¹⁵⁶ MESQUITA, Paulo Dá. *Op. cit.*, pp. 124-125.

¹⁵⁷ CHASE, Oscar G. *Op. cit.*, p. 122.

¹⁵⁸ MENDES, Paulo de Sousa. A incerteza factual e a prova no processo penal. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (org.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros/Letras e Conceitos, 2016, pp. 1068-1069.

¹⁵⁹ LANGER, Máximo. En el principio era Fortescue: Acerca de los orígenes intelectuales de los sistemas acusatorio e inquisitivo, y de la contraposición e entre derecho anglosajón y derecho continental –europeo en el proceso penal comparado”. *En Letra*, n.º 04, 2017, p. 191-223. Disponível

distinção pode parecer surpreendente, diante do olhar contemporâneo de que testemunhas são fontes de informação (e seus testemunhos, elemento de prova), diferente da natureza de julgador dos jurados. Todavia, a contraposição faz sentido, quando se considera que os jurados não obtêm informações sobre o caso apenas mediante as provas e declarações de testemunhas, mas também podem basear-se em seu conhecimento anterior sobre o caso e até investigar os fatos, antes de julgá-lo.

Outra característica do ordenamento estadunidense, derivado da adoção do sistema de jurados, é a previsão de numerosas *exclusionary rules*¹⁶⁰. Trata-se de normas com finalidade epistêmica, voltadas a excluir do acesso dos jurados certos tipos de material probatório, decorrentes da desconfiança de que leigos não terão habilidade para realizar um juízo racional sobre os fatos.

Com efeito, nos países de *common law*, o regime de prova legal também foi marcado pela exclusão de certas provas do julgamento, em parte devido ao instituto do júri, por causa da desconfiança na capacidade de discernimento dos jurados. Assim, a solução era subtrair-lhes de apreciar determinadas declarações de terceiros, já que, ao ser admitida e produzida a prova, tornava-se depois mais difícil controlar a imparcialidade dos jurados no exame destas evidências. Foi o que aconteceu, por exemplo, com a figura do *hearsay testimony*, excluído da fase de valoração probatória, por se considerar que, diante da sua composição por homens leigos e comuns, não seria possível aferir a verdade dos depoimentos indiretos¹⁶¹.

Seguiu-se, contudo, um intenso movimento de crítica, liderado especialmente por Jeremy Bentham, contra as regras que excluía de antemão provas relevantes, a exemplo das que, de maneira abstrata e *a priori*, impediam o acesso ao processo por todos que tivessem algum interesse na causa (máxime, as partes).

O legado de Bentham, a partir de então, deitou raízes intelectuais de acolhimento majoritário nos ordenamentos de *common law*. Neste contexto, seus principais contributos consistiram na preocupação com a base epistemológica da prova e com os modos de cognição judicial sobre os fatos, na abolição de regras rígidas sobre o ingresso de elementos informativos no processo - em nome da

em:

https://d9025994-995c-4520-993be78b54b81027.filesusr.com/ugd/e7bffd_71ab19728dbb4cc59bacab655155ca1f.pdf?index=true,

¹⁶⁰ TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, 2012, p. 174.

¹⁶¹ PEDRA, Catarina Gomes. *Op. cit.*, p. 30.

eficiência epistêmica do julgador do fato -, bem como na adoção de filtros ocasionais de admissibilidade, ao invés da pré-definição particularista do valor probatório das evidências¹⁶².

Segundo relata Mesquita, contudo, o século XX foi marcado por uma dimensão preventiva do direito probatório, mediante um regime de proibição de prova, com amplo respaldo no direito inglês (*rules of exclusion*). Isto se deve a um ideário que buscou acompanhar o desenvolvimento do paradigma adversarial de julgamento, por meio da divisão de tarefas entre o juiz e o júri, de modo a atribuir ao magistrado o controlo preventivo das provas, no tribunal bifurcado.

Trata-se de uma tendência restritiva do *law of evidence*, forjada pelo já comentado ceticismo acerca da capacidade dos jurados de desvincular, do seu juízo inferencial, informações que juridicamente não devem ter prosseguimento nos autos. Sob tal parâmetro, portanto, provas consideradas epistemologicamente perigosas devem apresentar uma atendibilidade condicionada, por exemplo, à confirmação por evidências adicionais, sob pena de exclusão do processo.

Neste sentido, há um aspecto curioso no desenvolvimento histórico da metodologia de exclusão probatória, no sistema de jurados anglo-americano. Trata-se de um dos primeiros paradigmas adotados, a fim de proteger os juízes leigos de erros cognitivos, decorrentes de sua inexperiência: em decisão judicial de 1784 determinou-se que o testemunho de um corréu apenas deveria ser produzido após a produção de todas as demais provas, diante de regras que exigiam a *corroboração* deste tipo de declaração, como condição para que a evidência pudesse ser valorada¹⁶³.

Este emblemático precedente também se assentou na desconfiança histórica em torno da prova testemunhal, considerada por muito tempo como um dos meios mais vulgares de demonstração dos fatos. Não se realizava seu controle epistêmico pela via contra-inquiritiva. Ademais, o seu valor operativo era garantido, em regra, por meio da figura do juramento, ao invés do poder persuasivo de sua narrativa. E mais uma regra probatória era firmada, de maneira justificável, para neutralizar as deficiências emocionais e intelectuais dos juízes amadores, ocasionalmente recrutados¹⁶⁴.

¹⁶² MESQUITA, Paulo Dá. *Op. cit.*, pp. 139-140.

¹⁶³ *Idem*, p. 158-159.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 128.

Damaska observa, contudo, como no regime do *hearsay* assistiu-se a um movimento de enfraquecimento das *exclusionary rules* que protegiam os jurados deste tipo de testemunho, tendo em vista instruções complexas que atualmente são dirigidas ao júri, a fim de discernir a qualidade *hearsay* ou não da prova, e a tendência da jurisprudência e da comunidade acadêmica de defender uma abertura do sistema para tal tipo de evidência¹⁶⁵.

Quando se transporta esta índole de preocupações para o cenário norte-americano das colaborações processuais com criminosos, objeto deste trabalho de pesquisa, observa-se que também tem sido aplicada a metodologia de advertência verbal ao júri. Tal alerta consiste basicamente no sobreaviso verbal do magistrado sobre a necessidade de cautela na análise da narrativa, devido à condição de criminoso do declarante, ao interesse jurídico do declarante na causa e à existência de promessa de vantagens penais ou processuais, por força da colaboração prestada aos agentes da lei.

Deveras, predomina na Suprema Corte dos Estados Unidos a visão de que há três salvaguardas no sistema de defesa daquele país, capazes de garantir um alerta suficiente ao júri acerca das dificuldades probatórias advindas dos acordos de cooperação: revelação ao réu da existência de acordo com o Estado; o exercício do *cross examination*; e a plena advertência aos jurados sobre a necessidade de valorar com cuidado o depoimento do colaborador. Nas Cortes federais, por exemplo, os juízes costumam dar especial instrução ao júri sobre a necessidade de se assegurar a credibilidade de um acordo de cooperação¹⁶⁶.

Em muitas instâncias, este tipo de instrução representa não mais do que lançar em suspeição a veracidade do testemunho, por meio da afirmação, reconhecida pelo senso comum, de que o colaborador tem interesses egoísticos no resultado do processo¹⁶⁷.

Pelo menos em três estados norte-americanos há exigência legal da supracitada advertência ao júri.

¹⁶⁵ Damaska avança na análise, por meio da crítica ao processo de abolição generalizada de regras de admissibilidade para este tipo de prova, já que, nos sistemas de direito consuetudinário, a remoção destas regras pode introduzir uma discricionariedade judicial não estruturada, difícil de ser controlada ou impugnada, por causa da ínfima justificativa probatória dos veredictos do júri. DAMASKA, Mirjan R. *Of Hearsay and Its Analogues*. *Minnesota Law Review*, 1977, p. 457.

¹⁶⁶ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1141.

¹⁶⁷ MARTINEZ, Spencer. *Op. cit.*, p. 153.

Em Ohio, prevê-se que os jurados deverão ser advertidos de que o depoimento de um cúmplice, embora admissível, pode estar sujeito a graves suspeitas e ter sua credibilidade afetada, cabendo-lhes grande cautela na determinação de seu valor. Segundo o Ohio Revised Code Title XXIX, Crimes Procedure § 2923.03:

(D) If an alleged accomplice of the defendant testifies against the defendant in a case in which the defendant is charged with complicity in the commission of or an attempt to commit an offense, an attempt to commit an offense, or an offense, the court, when it charges the jury, shall state substantially the following: 'The testimony of an accomplice does not become inadmissible because of his complicity, moral turpitude, or self-interest, but the admitted or claimed complicity of a witness may affect his credibility and make his testimony subject to grave suspicion, and require that it be weighed with great caution. It is for you, as jurors, in the light of all the facts presented to you from the witness stand, to evaluate such testimony and to determine its quality and worth or its lack of quality and worth'¹⁶⁸.

Em Oregon, a instrução aos jurados é no sentido de que o testemunho de um co-arguido deve ser visto com desconfiança. Nos termos dos Oregon Revised Statutes Courts of Record, Court Officers, Juries, §10.095:

The jury, subject to the control of the court, in the cases specified by statute, are the judges of the effect or value of evidence addressed to them, except when it is thereby declared to be conclusive. They are, however, to be instructed by the court on all proper occasions: [...] (4) That the testimony of an accomplice ought to be viewed with distrust, and the oral admissions of a party with caution'¹⁶⁹.

Em Utah, por outro lado, prevê-se que uma condenação poderá ser obtida com base em um testemunho de *accomplice*, ainda que este não seja corroborado, estipulando-se como discricionária a decisão da Corte de instruir o júri sobre o dever de exame cauteloso deste tipo de prova. Contudo, recomenda-se ao juiz de primeiro grau que assim o faça, quando observar que o testemunho do *accomplice* é contraditório, incerto ou improvável¹⁷⁰.

Outras unidades federativas norte-americanas, no entanto, a exemplo de Flórida, Indiana e New Mexico, não adotam uma instrução especial para o testemunho

¹⁶⁸ U.S. *Ohio Revised Code Title XXIX*. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/oh/title-xxix-crimes-procedure/oh-rev-code-sect-2923-03.html>. Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁶⁹ U.S. *Oregon Revised Statutes Courts of Record*. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/or/title-1-courts-of-record-court-officers-juries/or-rev-st-sect-10-095.html>. Acesso em: 30 set. 2021.

¹⁷⁰ U.S. *Utah Code Title 77*. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/ut/title-77-utah-code-of-criminal-procedure/ut-code-sect-77-17-7.html>. Acesso em: 30 set. 2021.

do co-arguido, recomendando-se apenas que o júri seja esclarecido, em termos gerais, sobre a necessidade de considerar a credibilidade de todas as testemunhas do processo. Isto se deve provavelmente à percepção de que outras espécies de testemunha, que não sejam co-arguidos, também podem ter interesse no resultado dos autos. De fato, se a tendência do depoente para um lado ou outro do processo fosse determinante para rejeitá-lo, restariam, pois, poucas testemunhas hábeis para muitos casos civis ou criminais¹⁷¹.

Na maioria das unidades federativas dos EUA, contudo, a decisão de dar este tipo de instrução aos jurados é revestida de profunda discricionariedade pelo juiz. O depoimento não corroborado do cúmplice, neste aspecto, costuma ser apontado como uma das justificativas plausíveis para o uso discricionário deste tipo de instrução, segundo algumas Cortes de apelação do país. Assim, em muitos sítios será considerada causa de nulidade relativa a falta de advertência aos jurados, sendo necessária a demonstração de prejuízo efetivo, para se reverter o julgamento. A necessidade de instrução ao júri tende a ser tratada como uma matéria de direito consuetudinário, e não propriamente como uma exigência constitucional¹⁷².

Neste sentido, a Suprema Corte estadunidense aparenta nunca ter associado esta praxe aos direitos constitucionais de confronto e do devido processo legal, posição que pode ser associada ao tratamento que igualmente se confere às *exclusionary rules*¹⁷³.

Segundo Roth, os jurados não costumam ter consciência da característica maleável do testemunho de criminosos, bem como da sua natureza extremamente influenciável, frente a vieses motivacionais da memória de conversação. As declarações, ainda que decorrentes de fontes indiretas, são frequentemente admitidas como a verdade da maioria das matérias tratadas em julgamento. Accomplices geralmente depõem não apenas sobre as próprias declarações de um réu, mas também sobre as feitas por outros.

Desta forma, defende a autora, seria prudente proferir tal espécie de acautelamento em várias etapas do processo, repetidamente, e não apenas no fim do processo, juntamente com demais advertências mais robustas, a fim de que o júri

¹⁷¹ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1142.

¹⁷² *Idem*, 1141.

¹⁷³ CAMMACK, Mark E. The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule. In: THAMAN, Stephen. (ed.). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. London: Springer, 2013, p. 32.

não incorra no viés psicológico de supervalorizar aquelas declarações (v.g., demais razões para se considerar não confiável o testemunho de um *accomplice*)¹⁷⁴. Neste sentido, a admoestação deveria conter, para além da menção ao risco de se aceitar de maneira insuspeita aquele tipo de testemunho e ao cuidado com a alta verossimilhança das alegações (devido ao íntimo envolvimento do cúmplice com os fatos), outros elementos, tal como o convite à inspeção das razões para testemunhar e à da força de eventuais evidências corroborativas presentes nos autos¹⁷⁵.

Deveras, duvidamos que seja realmente eficiente tal espécie de advertência, como mecanismo de segurança epistemológica na valoração das provas testemunhais produzidas no processo. Além da generalidade de seus termos e da falta de roteiro e de padrões de exame¹⁷⁶, acaba por contribuir para a intensificação de outro tipo de viés confirmatório: o de desvalorizar antecipadamente o teor das declarações prestadas pelo *accomplice*, com base no argumento *ad personam*, que não toca no objeto principal da demonstração dos fatos que estão a ser debatidos no processo.

Outro erro desta perspectiva é considerar que o julgador tem que valorar primeiramente a pessoa do declarante, e apenas depois a própria declaração, pois implica a tendência de buscar na declaração detalhes que corroborem a falta de objetividade, sempre no intuito de invalidar a fidedignidade do afirmado sobre o fato criminoso, devido à pessoa do declarante.

Com efeito, a credibilidade das declarações do co-arguido deve ser avaliada segundo a narrativa prestada em concreto, sob pena de se esvaziar a utilidade epistemológica deste meio de prova para a busca da verdade, devido a ilações típicas do sistema tarifado, de que foi exemplo o brocardo *testis unis, testis nullus*. A depreciação prematura do valor probatório das declarações do cúmplice não tem fundamento epistemológico bastante, e indica um retrocesso para a aplicação de raciocínios típicos do sistema de prova legal.

Não se despreza a necessidade de o julgador dos fatos ter conhecimento sobre todas as circunstâncias que circundam a pessoa do declarante e podem

¹⁷⁴ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, p. 769;794.

¹⁷⁵ SAVERDA, Christine J. *Op. cit.*, pp. 798-799.

¹⁷⁶ Segundo FORST, a incapacidade em geral para a compreensão de temas legais e científicos mais complexos corresponde a uma relevante fonte de erro judicial, no cenário norte-americano (FORST, Brian. "Wrongful Convictions in a World of Miscarriages of Justice". *In*: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013.

influenciar na solução do litígio, tais como a sua participação em determinado episódio da empreitada criminosa, a pendência de promessa de recompensa devido à colaboração testemunhal, episódios concretos de desforra com o agente delatado etc. A prevenção que ora é feita visa apenas registrar que a ciência da autoridade judicante sobre a pessoa do cúmplice não pode representar a tábua de salvação para se resguardar a segurança epistemológica da valoração probatória que se desenvolverá na fase de julgamento, mormente quando se manifesta como um veículo verbal de desmerecimento explícito do tipo de declaração que será aportada ao processo.

Não nos esqueçamos que, dentre os informantes ou mesmo na classe das testemunhas em geral, é impossível excluir de antemão familiares ou mesmo terceiros com interesses partidários e ideológicos na causa de pedir, condições pessoais que reconhecidamente podem interferir na credibilidade de suas declarações¹⁷⁷.

Assim, de nossa parte, vemos com ressalvas a técnica de advertir os jurados de que o depoimento do cúmplice encontra-se viciado de antemão, pois representa uma forma de induzi-los ao raciocínio da falácia *ad hominem*, na modalidade *ad personam*, recurso adotado para que se crie uma esfera emocionalmente instável e se desvie a atenção da audiência do argumento, mediante a divulgação de certa informação negativa sobre a vida pessoal de um oponente¹⁷⁸.

Repise-se que em nenhum momento deverá ser sonogado do júri a informação de que determinado depoimento ou outro meio de prova foi adquirido por meio de colaboração com co-arguidos. Segundo afirmam Perelman e Olbrechts-Tyteca, o argumento *ad hominem* não é necessariamente ilegítimo, a depender do

¹⁷⁷ “É assim, que tem sido apresentada por muitos, como razão do pouco valor que deve ter o testemunho do acusado contra o seu cúmplice, a possibilidade de inimizade do primeiro com respeito ao segundo. Mas, meu Deus! não é esta uma possibilidade de mentira, inerente unicamente ao testemunho do acusado; trata-se de um motivo de descrédito comum a todos e quaisquer testemunhos; e não se compreende porque deva expor-se como uma razão particular de depreciação para o. testemunho do acusado, o que pode verificar-se igualmente no que respeita ao depoimento de qualquer outra testemunha. Apresentou-se também como razão particular de descrédito, a possibilidade de que o acusado levante uma calúnia para servir interesses alheios: mas não sucede o mesmo quanto a qualquer outro testemunho?” (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: A. M. Teixeira & C.^a, 1927, p. 515).

¹⁷⁸ MCINERNY, DQ. *Use a lógica: um guia para o pensamento eficaz*. Rio de Janeiro: BestSeller, 2007, pp. 140-141.

auditório em que se desenvolve o debate de ideias¹⁷⁹. O que se argumenta é que não é seguro fiar um processo decisório neste tipo de advertência sobre a natureza do declarante, visto que não há compromisso real com a busca epistemológica da verdade, quando se pretende que uma declaração probatória deva ser avaliada com cautela porque derivada de um sujeito processual envolvido na atividade criminosa (e com eventuais benefícios penais).

Com efeito, é possível inserir este mecanismo de aviso aos jurados na filosofia adversarial de resolução dos conflitos, como um mecanismo retórico que igualmente acena superficialmente para uma política (criminal) pró-réu. mas que estará longe de representar um instrumento de busca da “verdade como correspondência”.

Ao induzir os jurados à falácia *ad homine*, o juiz maximiza o distanciamento da análise concreta dos fatos, em descompasso com os elementos da realidade efetivamente ligados à conduta criminal perscrutada (argumentação *ad rem*). Numa solapada, ainda incorre-se no argumento de autoridade, a considerar que é o juiz quem realiza tal advertência ao júri, agente político do Estado signo de imparcialidade e conhecimento.

Ao lado da advertência aos jurados, vários estudiosos costumam apontar outras medidas preventivas, no contexto do sistema do júri, para a checagem da fidedignidade das declarações prestadas *accomplices*. É o caso das audiências prévias de homologação, realizadas antes de os testemunhos serem prestados perante os jurados.

A ideia com esta medida é criar espaço para uma revisão judicial pré-julgamento de informantes perante um magistrado, semelhante ao que já é previsto no sistema norte-americano para as outras três categorias de provas associadas regularmente a condenações injustas (confissões, identificação por testemunha ocular e depoimento de peritos) e nas buscas e escutas telefônicas, a fim de atestar a confiabilidade das declarações do sujeito, antes de sujeitá-lo a júri.

Segundo informa ROTH, as audiências judiciais de pré-julgamento agregariam maior fidedignidade na escolha dos informantes por parte dos promotores, bem como permitiriam ao Judiciário criar padrões mais uniformes e

¹⁷⁹PERELMAN, Chan; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 126.

racionais de controle sobre o processo decisório do Ministério Público, no que diz respeito à extensão com que os agentes da lei envolveram-se na conduta declarativa do informante, à existência de base fática para o suposto conhecimento privilegiado da testemunha e à implementação de uma política institucional voltada à confiabilidade daquele meio de prova¹⁸⁰.

Saverda, na mesma linha de entendimento, defende que uma espécie de audiência judicial homologatória, à semelhança da “audiência de Kastigar”, poderia ser implementada: o juiz determinaria inicialmente se a testemunha é cúmplice e se há corroboração por outras evidências. Se a testemunha for considerada cúmplice, mas não se encontrar a corroboração de seu depoimento, o juiz não permitiria que o júri acessasse tais declarações. Se, ao contrário, o depoimento for considerado corroborado, seguir-se-á para a análise dos jurados, os quais seriam instruídos a determinar novamente se a testemunha é mesmo cúmplice e se há corroboração de suas declarações, à espécie de uma segunda instância julgadora em relação aos dois aspectos supramencionados.

Neste aspecto, o Ministério Público não poderia argumentar que estaria sendo obrigado a revelar à defesa, de maneira prematura, todas as provas e estratégias de acusação (em desacordo, pois, à filosofia do sistema adversarial da paridade de armas e *fair trial*). Isso porque esta espécie de audiência homologatória seria realizada pouco antes do julgamento, o que significa que a maioria das provas que a acusação pretende produzir já teriam sido fornecidas à defesa, devido à regra do *disclosure*¹⁸¹.

Todavia vemos alguns problemas que podem advir desta sistemática, já que se afastaria do padrão da “audiência de Kastigar”, nas quais apenas se afere a voluntariedade em geral de uma confissão.

Conforme tratado em capítulo anterior, por força do Caso *Kastigar vs. Estados Unidos* e do disposto no U.S.C. § 6002, a acusação pode requerer a concessão judicial de imunidade à testemunha relutante a depor, contra processos criminais em relação aos fatos contidos nas suas declarações. Assim, a testemunha será obrigada a depor e a garantia contra a auto-incriminação será convertida em espécie de proteção contra o uso subsequente pelo Estado das provas incriminadoras (exceto

¹⁸⁰ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, pp. 786-787.

¹⁸¹ SAVERDA, Christine J. *Op. cit.*, p. 802.

quando se tratar de processo por perjúrio, prestação de falsas declarações ou não cumprimento da ordem)¹⁸².

Para processar o *accomplice* previamente imunizado com a cláusula *use immunity*, por exemplo, o Estado deve demonstrar que as provas invocadas para condenar a testemunha foram obtidas de origem independente. Os tribunais geralmente empregam uma audiência probatória pré-julgamento para o teste da fonte independente, ocasião em que a acusação deverá demonstrar que a evidência que se propõe utilizar é derivada de uma fonte legítima totalmente autônoma do testemunho requerido. Inevitavelmente o governo deverá revelar alguma parte do seu manancial de provas, ou pelo menos as circunstâncias em que a prova foi obtida, antes que o juiz possa decidir sobre sua admissibilidade.

A metodologia de audiência proposta para aferir a fidedignidade do futuro depoimento do *accomplice* também pode ser equiparada, *mutadis mutandis*, à figura das “audiências de Daubert”, fase processual criada após o caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, em que a Corte examina, em caráter prejudicial, a admissibilidade de um perito, com base na Rule 104(a), da *Federal Rules of Evidence*: “(a) *IN GENERAL. The court must decide any preliminary question about whether a witness is qualified, a privilege exists, or evidence is admissible. In so deciding, the court is not bound by evidence rules, except those on privilege*”¹⁸³.

Neste tipo de audiência, o juiz verifica a existência de requisito básico para que a testemunha seja considerada um *expert*. Segundo a *Rule 702* da *Federal Rules of Evidence*, uma testemunha será considerada perito quando, em síntese, o seu conhecimento especializado for capaz de auxiliar o juiz dos fatos a perceber uma determinada prova ou a existência de determinado fato, mediante a adoção de princípios e métodos seguros na análise do caso. A seguir, o teor deste dispositivo:

*A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case*¹⁸⁴.

¹⁸²AMBOS, Kai. O direito à não autoincriminação de testemunhas perante o tribunal penal internacional. *Revista de Estudos Criminais*, 2(8), 2003, p. 74.

¹⁸³U.S. *Federal Rules of Evidence*. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/Rules%20of%20Evidence>. Acesso em: 13 out. 2021

¹⁸⁴ *Idem*.

Assim, adentra-se na análise sobre a própria credibilidade dos princípios e metodologias adotados pelo perito em seu parecer, a fim de atestar que sua opinião é suficientemente merecedora de algum crédito, antes de ser submetida aos jurados. Segundo as notas do Comitê consultivo à reforma da *Rule 702*, na avaliação da confiabilidade do testemunho de um especialista científico, o precedente *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* indicou uma lista não exaustiva de fatores a serem analisados, de que são exemplos a possibilidade de teste objetivo sobre a teoria ou técnica adotada, a realização de revisão por pares e a existência de eventuais taxas de erro. Nestes termos manifestou-se o Comitê consultivo:

*Daubert set forth a non-exclusive checklist for trial courts to use in assessing the reliability of scientific expert testimony. The specific factors explicated by the Daubert Court are (1) whether the expert's technique or theory can be or has been tested—that is, whether the expert's theory can be challenged in some objective sense, or whether it is instead simply a subjective, conclusory approach that cannot reasonably be assessed for reliability; (2) whether the technique or theory has been subject to peer review and publication; (3) the known or potential rate of error of the technique or theory when applied; (4) the existence and maintenance of standards and controls; and (5) whether the technique or theory has been generally accepted in the scientific community*¹⁸⁵.

O júri, por sua vez, será a única instância capaz de definir se o parecer do perito é ou não válido para julgar as circunstâncias fáticas do caso. Segundo as notas do Comitê consultivo à reforma da *Rule 702*, será excepcional a rejeição do testemunho de um especialista, não podendo o tribunal substituir-se na função de julgador dos fatos, que é própria dos jurados. No sistema adversarial, julgar os fatos demanda o confronto segundo o devido processo legal em instância diversa das audiências de *Daubert*¹⁸⁶:

A review of the caselaw after Daubert shows that the rejection of expert testimony is the exception rather than the rule. Daubert did not

¹⁸⁵ Em tradução livre: “O Caso *Daubert* estabeleceu uma lista de verificação não exclusiva para os tribunais utilizarem na avaliação da confiabilidade dos testemunhos de *experts* científicos. Os factores específicos ali explicitados *Daubert* são: (1) se a técnica ou teoria do perito pode ser ou foi testada - ou seja, se a teoria do perito pode ser contestada de forma objetiva ou se é simplesmente uma abordagem subjectiva, cujas conclusões não podem ser razoavelmente avaliadas em termos de confiabilidade; (2) se a técnica ou teoria foi sujeita a revisão por pares e houve publicação; (3) a taxa de erro conhecida ou potencial da técnica ou teoria, quando aplicada; (4) a existência e manutenção de normas e controlos; e (5) se a técnica ou teoria foi geralmente aceite na comunidade científica”. U.S. Code. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/title28a/node218/article7&edition=prelim>. Acesso em: 13 out. 2021.

¹⁸⁶ *Idem*.

work a "seachange over federal evidence law," and "the trial court's role as gatekeeper is not intended to serve as a replacement for the adversary system." United States v. 14.38 Acres of Land Situated in Leflore County, Mississippi, 80 F.3d 1074, 1078 (5th Cir. 1996). As the Court in Daubert stated: "Vigorous cross-examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof are the traditional and appropriate means of attacking shaky but admissible evidence." 509 U.S. at 595. Likewise, this amendment is not intended to provide an excuse for an automatic challenge to the testimony of every expert. See Kumho Tire Co. v. Carmichael, 119 S.Ct. 1167, 1176 (1999) (noting that the trial judge has the discretion "both to avoid unnecessary 'reliability' proceedings in ordinary cases where the reliability of an expert's methods is properly taken for granted, and to require appropriate proceedings in the less usual or more complex cases where cause for questioning the expert's reliability arises.

A criação de audiências no estilo Daubert é uma das propostas sugeridas por Knizhnik¹⁸⁷.

É evidente, contudo, a distinção entre o depoimento de peritos e das testemunhas comuns. Nas “audiências de Daubert”, o juiz não avalia propriamente a credibilidade das conclusões do especialista, mas sim a confiabilidade dos princípios e metodologias usadas pelo especialista em seu parecer¹⁸⁸.

Existem também outras objeções a estas audiências judiciais homologatórias com os *accomplices*, conduzidas por um magistrado: em primeiro lugar, o juiz facilmente pode invadir a competência dos jurados, caso resolva excluir o testemunho por considerá-lo não confiável; em segundo lugar, a proposta de uma audiência para analisar a credibilidade de um testemunho, porque este é proveniente de um *cooperation agreement*, representaria uma discriminação desproporcional, quando comparada com outras testemunhas leigas que igualmente têm interesse na causa, mas não têm sua confiabilidade previamente rastreadas, a exemplo de um parente do réu, que resolve servir como álibi.

Segundo as notas do Comitê Consultivo à reforma da Rule 702¹⁸⁹, o tribunal não está autorizado a excluir determinado perito, porque acredita em certa versão dos fatos, para a qual não concorre a opinião do *expert*:

When facts are in dispute, experts sometimes reach different conclusions based on competing versions of the facts. The emphasis

¹⁸⁷ KNIZHNIK, Shana. *Op. cit.*, p. 1753.

¹⁸⁸ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1141.

¹⁸⁹U.S. U.S. Code. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/title28a/node218/article7&edition=prelim>. Acesso em: 15 out. 2021.

*in the amendment on "sufficient facts or data" is not intended to authorize a trial court to exclude an expert's testimony on the ground that the court believes one version of the facts and not the other*¹⁹⁰.

Ao nosso ver, caso adotado tal modelo de audiência nos *cooperation agreement*, será inevitável que o juiz não adentre em uma análise de mérito, sobre a veracidade ou não das alegações do *accomplice*.

Com efeito, nossa grande oposição diz respeito à impossibilidade de se analisar se as declarações do *accomplice* foram corroboradas sem que haja intromissão na própria valoração do fato apresentado como corroborante, ou seja, sem que se aprofunde na verificação dos enunciados fáticos que compõem o objeto da acusação. Desta forma, o magistrado, para considerar que houve corroboração, acabará por usurpar parte da função que é atribuída classicamente ao corpo de jurados, na medida em que poderá avaliar como irrelevante um elemento fático que poderia ser considerado indiciário pelo júri, para fins de confirmação de certo trecho das declarações do co-arguido.

Afirmar o contrário (que o juiz apenas se dedicará a examinar o preenchimento formal do requisito da corroboração, sem se aprofundar no mérito da conexão efetiva entre o objeto das declarações do cúmplice e o fato pretensamente corroborante) implica aceitar que uma mera alegação artificial e vazia de que há corroboração no caso poderia ser levada adiante para o júri, uma vez que ao magistrado não seria dado realizar a valoração probatória deste dado.

Relembre-se que a atribuição ao corpo de jurados do papel de julgador dos fatos é importante mecanismo de *check and balances* adotado nos países de *common law*, razão pela qual conferir ao magistrado a ponderação avançada sobre as provas corresponde a uma deslealdade moral ao sistema, como registra Mesquita, a partir das clássicas lições de Wigmore. Neste aspecto, o sistema anglo-americano de corte bifurcada é configurado classicamente para que o papel do juiz e dos tribunais superiores se restrinja à decisão de admissibilidade das provas, ficando reservado para o júri, sem interferência do magistrado, o veredicto de avaliação das provas¹⁹¹.

Este também é o entendimento de Laudan, segundo o qual o teste da corroboração probatória em geral estará mal situado no processo penal

¹⁹⁰ Em tradução livre: "Quando os fatos estão em disputa, os peritos chegam por vezes a conclusões diferentes com base em versões concorrentes sobre a realidade. A ênfase na alteração sobre "factos ou dados suficientes" não se destina a autorizar um tribunal a excluir o testemunho de um perito por aquele acreditar numa versão diversa sobre os factos".

¹⁹¹ MESQUITA, Paulo Dá. *Op. cit.*, p. 125.

estadunidense se não for posicionado nas mãos do júri, porque o juiz deve valorar questões de relevância, e não de fiabilidade da prova, atribuível naturalmente aos jurados, por serem estes os julgadores naturais dos fatos¹⁹².

Sobre o tema, a *Law Commission*, órgão criado pelo Parlamento inglês com o propósito de dar-lhe subsídios para reformas legislativas¹⁹³, publicou em 1990 o documento *Working Paper 115*¹⁹⁴. Intitulado *Corroboration of Evidence in Criminal Trials*, prevê algumas recomendações para o magistrado no ato de advertência aos jurados, quando há depoimento de *accomplice*: (i) alertar o júri de que seria perigoso condenar sem comprovação e explicar o motivo; (ii) instruir o júri sobre quais provas são e não são capazes de fornecer a corroboração; e (iii) explicar que o júri poderá condenar se, no entanto, depois de dar toda relevância à advertência do magistrado, estiverem os jurados convencidos, sem qualquer dúvida, de que o depoimento não corroborado da testemunha é verdadeiro, considerando-se irrelevante a ausência de corroboração.

Ademais, quando houver elementos nos autos que possam ser considerados corroborativos, o magistrado terá a obrigação adicional de identificá-los e explicar aos jurados que lhes cabe definir se a evidência é efetivamente capaz de corroborar, bem como adverti-los de que não podem tratar como potencial prova corroborativa aquilo que a lei não permite que o seja. Se houver uma disputa sobre a natureza de cúmplice da testemunha de acusação, caberá aos jurados definir a querela, após instruções do magistrado sobre o significado do termo “cúmplice” e sobre as provas relativas a esta questão¹⁹⁵.

Em relação às recomendações supracitadas, não obstante a possibilidade de revisão pelos jurados do entendimento judicial sobre a existência de corroboração nos autos, é certo que algum poder de sugestão a manifestação precedente do magistrado poderá gerar, tornando a monitória muitas vezes uma garantia inócua e nada pragmática, dado que o júri já foi exposto ao depoimento durante a fase de julgamento. Ademais, como acima já tratado, os destinatários finais das provas

¹⁹² LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 249.

¹⁹³ U.K. *Law Commissions Act 1965*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/22>. Acesso em: 28 abr. 2022.

¹⁹⁴ U.K. *Working paper 115. Law Commissions*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

¹⁹⁵ *Idem*.

apenas terão acesso aos elementos fáticos que o juiz considerar relevantes para embasar a narrativa do *accomplice*, e não à toda gama de provas que poderiam ser ofertadas durante o *trial*.

Segundo KEANE & McKEOWN¹⁹⁶, quando um juiz orienta o júri sobre a conveniência da corroboração, deve explicar o que esta é. Neste sentido, ainda que não seja necessária nenhuma fórmula especial ou mesmo a utilização da palavra “corroboração”, deverá informar aos jurados que os elementos de prova, para corroborar, em sentido técnico, deverão ser relevantes, verossímeis, independentes, segundo a forma exigida em lei específica, bem como deverá explicar quais provas são (e não são), em tese, susceptíveis de corroboração, e que lhes compete, enquanto julgador dos fatos, decidir se as provas constituem, de fato, uma corroboração.

Outro fator problemático na valoração probatória pelo júri, em relação ao depoimento do *accomplice*, diz respeito às colheita de evidências sobre o caráter ou a personalidade do réu, espécie de prova que costuma ser proibida, segundo a *Rule 404(a)(1)*, da *Federal Rules of Evidence*¹⁹⁷. Nos termos deste dispositivo, em regra é inadmissível utilizar depoimentos acerca do caráter do réu com o escopo de sugerir que a pessoa agiu na ocasião criminal de acordo com aqueles traços de caráter.

Por outro lado, a *Rule 403*, da *Federal Rules of Evidence*, prevê a exclusão de provas relevantes, se o seu valor probatório for superado pelos riscos de prejuízo injusto, confusão de questões, engano pelo júri, atrasos na tramitação processual e apresentação de provas repetitivas¹⁹⁸. No entanto, conforme a *Rule 404(b)*, admitir-se-á excepcionalmente a prova, quando destinada a outro propósito (*v.g.*, para demonstrar o motivo, oportunidade, intenção, preparação, planejamento, conhecimento, identidade, ausência de erro ou acidente).

Esta exceção da *Rule 404(b)* é uma das questões probatórias mais litigiosas do direito norte-americano¹⁹⁹, como é possível confirmar inclusive nas notas redigidas por um dos Comitês consultivos de reforma da *Federal Rules of Evidence*, as quais

¹⁹⁶ KEANE, A., GRIFFITHS, J. & MCKEOWN, P. The burden and standard of proof. In: KEANE, A., GRIFFITHS, J. & MCKEOWN, P. (eds.), *The Modern Law of Evidence*. 8.^a ed., Oxford: Oxford University Press, p. 223.

¹⁹⁷ CLL. *Rule 404. Character Evidence; Other Crimes, Wrongs, or Acts*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_404. Acesso em: 24 jul. 2023.

¹⁹⁸ CLL. *Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_404. Acesso em: 3 fev. 2022.

¹⁹⁹ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, p. 771.

revelam que, não obstante existir até então escassa jurisprudência sedimentada sobre tal debate, esteve a referida regra subjacente a um número esmagador de conflitos judiciais:

Rule 404(b) has emerged as one of the most cited Rules in the Rules of Evidence. And in many criminal cases evidence of an accused's extrinsic acts is viewed as an important asset in the prosecution's case against an accused. Although there are a few reported decisions on use of such evidence by the defense, see, e.g., United States v. McClure, 546 F.2nd 670 (5th Cir. 1990) (acts of informant offered in entrapment defense), the overwhelming number of cases involve introduction of that evidence by the prosecution²⁰⁰.

Quando a prova sobre o caráter é apresentada nos autos via testemunho de um colaborador, com base na exceção da *Rule 404(b)*, ganha contornos de difícil controle. Isto porque torna-se mais problemático evitar que o depoimento do *accomplice* seja visualizado como evidência de fundo, diante da necessidade de se descrever o cenário do crime, a história da organização criminosa, outras circunstâncias elementares do fato ou mesmo o tipo de relacionamento íntimo e de confiança entre os vários atores do delito, inclusive do cúmplice com o réu delatado.

Quando assim tratado, este depoimento do co-arguido tenderá a ser incluído na regra permissiva da *Rule 404(b)*, e não como um dado exógeno ao fato, rechaçável com base na *Rule 403*. Isto é, admitido desta forma o testemunho do *accomplice*, sucederão as mesmas preocupações relativas à prova sobre a personalidade do réu, isto é, serão recorrentes os riscos de o júri inferir que o crime foi efetivamente cometido pelo réu, devido ao alegado caráter e às propensões criminosas narradas pelo colaborador criminal. O júri poderá ficar tão inflamado ou dessensibilizado ao ouvir sobre os outros atos cometidos pelo réu (que não tocam diretamente no objeto criminoso, frise-se), que pode tornar-se incapaz de analisar criticamente as provas sobre o delito em julgamento e acabar por examinar de forma injusta, irracional ou desequilibrada se estas provas são suficientes para provar a culpa²⁰¹.

²⁰⁰ Em tradução livre: “A Regra 404(b) surgiu como uma das normas mais citadas das Regras de Prova. E, em muitos casos criminais, a prova dos actos extrínsecos de um arguido é vista como um trunfo importante na acusação contra um arguido. Embora existam algumas decisões relatadas sobre o uso de tais provas pela defesa, por exemplo, em *United States v. McClure*, 546 F.2nd 670 (5th Cir. 1990) (actos de informador oferecidos na defesa de armadilha), o número esmagador de casos envolve a introdução dessas provas pela acusação”. CLL. *Rule 404. Character Evidence; Other Crimes, Wrongs, or Acts*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_404. Acesso em: 3 fev. 2022.

²⁰¹ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, pp. 772-773.

Contudo, é de se reconhecer que este tipo de obstáculo enfrentado para uma valoração racional da prova, diante das idiosincrasias apresentadas perante a narrativa de dados exógenos ao fato criminoso, não é monopólio do sistema de jurados. Como bem destaca Pereira²⁰², a utilização preferencial de juízes profissionais na administração da justiça não garante que estes não construam narrativas nem que estas tenham alta probabilidade de persuasão, a considerar que por vezes não são avaliadas por outras instâncias (ou, quando o são, a revisão ocorre por um número mais restrito do que em geral ocorre para a composição do júri). Igualmente não assegura que sejam os magistrados sensíveis a mudanças no valor probatório; nem que não as compensem com graves *coherence shifts*, a despeito de as evidências indicarem o contrário de suas decisões; ou que estejam preocupados com o incremento da avaliação probabilística da prova.

Os desafios afetos ao tratamento pelos jurados da prova decorrente do *cooperation agreement*, principalmente no que diz respeito ao conceito de corroboração, serão retomados no Capítulo 7 deste trabalho.

²⁰² PEREIRA, Rui Soares. Reflexões sobre uma teoria híbrida da prova. In: MIRANDA, Jorge (org.), et al. *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 218-219.

5. A atuação discricionária do Ministério Público e suas repercussões no exercício dos direitos de defesa e na gestão das provas no âmbito do *cooperation agreement*.

Outra marca do direito norte-americano que interessa ao estudo dos *cooperation agreements* diz respeito ao alto e amplo poder decisório do Ministério Público na resolução dos conflitos penais.

Ao se analisar esta questão sob um aspecto mais global, vê-se que a distinção entre sistemas de justiça inquisitoriais e adversariais tem perdido a importância em várias ordens jurídicas, desde que os processos criminais tradicionais se tornaram menos frequentes, justamente devido ao panorama atual de resolução de problemas criminais por meio da atuação proeminente do Ministério Público, mediante procedimentos alternativos.

Em 2010 mais de 97% dos casos no sistema federal norte-americano foram definidos mediante os acordos de culpa (*guilty pleas*) ou de *non contendere*. No nível estadual a situação foi similar. Em 2006, nos 75 maiores condados do país, 98,2% das denúncias por crimes graves foram finalizadas mediante acordos de culpa (*guilt pleas*). Neste aspecto, apenas denúncias por homicídio produziram julgamentos frequentes (48%). Por outro lado, nas denúncias por crimes de menor gravidade, *guilty pleas* contabilizaram 91% das condenações. Em resumo: a justiça criminal hoje é menos judicial. O *prosecutor* combina poderes executivos e judiciais, por representar um agente público com poderes decisórios que são, em larga escala, adjudicatórios²⁰³.

Nos Estados Unidos, no tema da utilização de informantes pelo sistema de justiça, não é necessária autorização prévia judicial para que promotores infiltrem um colaborador na cela de um investigado ou em uma gangue para comprar drogas de um suspeito específico, nem mesmo para convencer que um terceiro faça um acordo de cooperação com o Estado. Neste último aspecto, o uso de informantes e arguidos como cooperadores também não é monitorado pelo Procurador Geral (*Attorney General*) ou por procuradores de alto escalão, da mesma forma que não costuma

²⁰³ GILLIÉRON, Gwladys. The Risks of Summary Proceedings, Plea Bargains, and Penal Orders in Producing Wrongful Convictions in the U.S. and Europe. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013, p. 239.

haver revisão *a posteriori*, quando as autoridades públicas já obtiveram a cooperação²⁰⁴.

Embora o *Federal Bureau of Investigation* (F.B.I.) e a Procuradoria Geral daquele país tenham diretrizes, estas não são vinculantes e sua violação não gera sanções ou direito ao acusado de excluir provas. O F.B.I., por sua vez, tem regramento para o pagamento de informantes, porém nada existe em relação ao uso testemunhal destes mesmos informantes²⁰⁵. Outrossim, demais interessados direta ou indiretamente na utilização de acordos de colaboração com co-imputados (vítimas, mídia e público em geral, *v.g.*) não conseguirão exercer qualquer revisão externa neste tema, diante de sua pouca publicidade e da inexigibilidade de relatórios e registros oficiais minuciosos, para rastreamento.

No âmbito federal, os gabinetes individuais de cada procurador encaminham dados sobre o número de acordos de cooperação selados e o tipo de delito envolvido para a *U.S. Sentencing Commission* (agência bipartidária integrante do Poder Judiciário, que coleta, analisa e distribui uma ampla gama de informações sobre práticas federais de condenação, bem como uniformiza os critérios para a confecção de sentenças judiciais, na esfera federal dos Estados Unidos)²⁰⁶. Criada em 1984 pelo Congresso norte-americano, esta agência teve o escopo inicial de criar diretrizes de condenação para estruturar o processo decisório, no âmbito do Judiciário federal, com vistas a um sistema condenatório mais justo, equitativo e honesto²⁰⁷.

Todavia, ainda assim não fornecem informações suficientes sobre os critérios adotados pelo membro do Ministério Público para oferecer um acordo de cooperação, considerar que determinado informante é confiável ou, por fim, os fatores que o levaram a propor uma moção de leniência. Por exemplo, à *U.S. Sentencing Commission* não são remetidos os memorandos internos, nos quais estão registradas mais claramente as razões para a inscrição de um cooperador ou o motivo de ter se

²⁰⁴ ROTH, Jéssica. *Op. cit.*, pp. 764-765.

²⁰⁵ THAMAN, Stephen C. *Op. cit.*, p. 271

²⁰⁶ USSC. *United States Sentencing Commission*. Disponível em: <https://www.ussc.gov/>. Acesso em: 26 jan. 2022.

²⁰⁷ MAXFIELD, Linda; KRAMER, John. *Substantial Assistance: an empirical yardstick gauging equity in current federal policy and practice*. Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/1998/199801_5K_Report.pdf. Acesso em: 22 fev. 2022.

considerado presente determinado grau de assistência do colaborador²⁰⁸, nos termos do art. 5K1.1 da *U.S. Sentencing Guidelines Manual*.

A inexistência de mecanismos efetivos de revisão externa do uso de informantes no processo-crime poderia ser minimizada com uma estrutura de gestão deste tipo de prova no âmbito interno do Ministério Público. Contudo, a autorregulação desta prática é escassa dentro daquela instituição e as diretrizes prévias à utilização de colaboradores também são inexistentes ou vagas²⁰⁹, como adiante se discorrerá.

Em contrapartida, outros tipos de decisões e condutas do Ministério Público estão sujeitas a níveis maiores de revisão, como no caso das escutas telefônicas, pedidos de busca em escritórios advocatícios ou de extradição, os quais requerem aprovação do Departamento de Justiça, em Washington, D.C.

Paralelamente, além dos casos em que o acordo de cooperação implica prisões e desmantelamento de pequenos grupos criminosos (que naturalmente seriam alvejados pelo Estado mediante técnicas investigativas mais ortodoxas), ainda ocorrem as situações em que o promotor deseja evitar querelas processuais mais complexas, sujeitas a alta sindicabilidade externa. Neste sentido, há buscas e prisões que podem gerar debates sobre inconstitucionalidade e audiências preliminares custosas, capazes de retardar o fim do processo ou gerar preocupação com depoimentos testemunhais e representar menos oportunidades de atingir criminosos mais perigosos.

Neste contexto, quando o arguido decide cooperar com os agentes da lei, as implicações legais da investigação na esfera de direitos do cooperador serão naturalmente mitigadas, já que aquele começará a pautar sua conduta segundo as coordenadas do Estado. Assim, enquanto a prisão e a busca, em geral, são questionáveis e transformam-se em potencial vetor de custos para o promotor e policiais (já que estes deverão perder tempo para justificar previamente as medidas), no *cooperation agreement*, ao contrário, o cenário torna-se mais cômodo, mediante o fluxo atraente de benefícios para o arguido, na medida em que apresentar um comportamento conveniente para a acusação.

A falta de um controle interno efetivo, portanto, impede a prevenção de erros e favorece à incúria dos agentes da lei neste tema, já que não precisam justificar suas

²⁰⁸ ROTH, Jéssica. *Op. cit.*, p. 762.

²⁰⁹ LEE, Cynthia. Prosecutorial Discretion, Substantial Assistance, and the Federal Sentencing Guidelines. *UCLA Law Review*, 42(105), 1994, pp. 127-128.

decisões e suas avaliações sobre a confiabilidade do *accomplice* não estarão sujeitas a sindicância superior²¹⁰.

Embora haja modelos de aprovação prévia dos acordos de cooperação nos Estados Unidos, verifica-se um *déficit* no controle real interno sobre a atuação dos *prosecutors* e na circulação informacional entre os próprios membros da instituição acerca de padrões decisórios e dados correspondentes à conduta de cada agente²¹¹.

Digno de nota também é que a falta de transparência na atuação dos promotores neste campo e a débil política de fiscalização das suas condutas impedem a justa sindicabilidade do processo de decisão destes agentes e contrariam a própria natureza eletiva daquele cargo. Neste sentido, a divulgação dos padrões de conduta corporativa poderia gerar maior pressão política pública e supervisão legislativa, bem como maior engajamento dos eleitores, críticos finais das prioridades dos membros do Ministério Público, na escolha de candidatos mais conscientes em relação a tal problemática²¹².

A praxe do Ministério Público no tema da concessão de incentivos, em troca de colaboração processual, apresenta estrutura amplamente variável. As promotorias empregam tipos dramaticamente diversos de acordo, conforme a pessoa do informante: alguns gabinetes exigem que o agente se declare culpado de todos os atos criminosos que cometeram; outros exigem que ele se declare culpado apenas das acusações iniciais apresentadas contra eles; alguns prometem limites ou recomendações de sentenças específicas; enquanto outros prometem apenas sinalizar genericamente ao tribunal que houve alguma espécie de cooperação por parte do *accomplice*.

Além desta problemática, os incentivos implícitos ou ocultos ao depoimento do co-imputado, bem como a realização de acordos de cláusulas abertas e indefinidas são grandes dilemas relacionados à alta discricionariedade ministerial no sistema norte-americano, a impactar diretamente no controle epistêmico do testemunho dos cúmplices²¹³.

²¹⁰ ROTH, Jéssica. *Op. cit.*, pp. 763-764.

²¹¹ BIBAS, Stephanos. Prosecutorial Regulation Versus Prosecutorial Accountability. *University of Pennsylvania Law Review*. 157(4), 2009, pp. 959-1016, p. 1012. Disponível em: <https://www.law.upenn.edu/live/files/97-bibas157upalrev9592009pdf>. Acesso em: 27 jan. 2022.

²¹² *Idem*, p. 962.

²¹³ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1149-1151.

O problema dos incentivos ocultos, conferidos para influenciar o *accomplice* em sua decisão de testemunhar, podem aparecer em uma série de situações, tanto no modelo de cooperação em que não há garantia de leniência, como no terceiro modelo em que há acordo com obrigações explícitas, nos quais as promessas orais podem ser feitas informalmente ao advogado, sem revelação direta ao réu e sem possibilidade de efetivo contraditório por parte das defesas interessadas.

Por outro lado, quanto à predisposição dos procuradores de realizar acordos frouxos e abertos, verifica-se que é neste tipo de negociação que os acusadores públicos têm mais poder para condicionar os benefícios a serem conferidos no processo à sua avaliação futura sobre a cooperação ofertada. Com efeito, quando há um acordo forte entre o Ministério Público e o colaborador, e este material é revelado ao júri, corre-se o risco de que os jurados considerem o negócio muito benevolente e que o testemunho perca em credibilidade, por ser considerado interesseiro. Estes acordos indefinidos também permitem que os promotores argumentem com o júri de que nenhuma promessa específica foi feita à testemunha e representa uma tática vantajosa ao Estado, por poupar o investigador do prognóstico precoce de quais benefícios processuais seriam mais adequados²¹⁴.

No tema da seleção dos candidatos a colaboradores, destaca-se também como circunstância especialmente preocupante o *cooperation paradox*. Nos delitos praticados usualmente por grandes organizações criminosas, os indivíduos que ocupam posições superiores na cadeia de decisões tendem a ser aqueles que têm mais informações. Entretanto, os réus de hierarquia inferior, além de provavelmente não possuírem evidências novas aptas a serem consideradas como uma “assistência substancial”, correm o risco de responder por atos em relação aos quais não têm informações profundas, com base em uma acusação por delito de conspiração (*conspiracy charge*). Neste caso, o paradoxo ocorre porque os arguidos de hierarquia criminal inferior podem receber penas mais severas do que os cúmplices de nível superior, que resolveram colaborar com o Estado, máxime quando sua cooperação não for considerada digna de uma moção positiva por parte do Ministério Público, a considerar que esses réus já ofereceram material auto-incriminatório²¹⁵.

²¹⁴ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1132.

²¹⁵ KNIZHNIK, Shana. *Op. cit.*, p. 1726.

Conforme dito, o *cooperation paradox* toca no sensível tema dos critérios de escolha dos colaboradores pelo Ministério Público. Na literatura consultada há uma certa uniformidade sobre o acerto da abordagem utilitarista na seleção dos informantes por parte do Ministério Público, a considerar a autoridade do promotor, como defensor do interesse público. Deste modo, tal agente da lei tem melhores condições para ofertar um tratamento favorável a certos suspeitos, em troca de depoimentos contra seus companheiros mais perigosos, por meio do cálculo utilitário da periculosidade e da culpa relativas de cada réu, quando não há outros meios eficazes para se lograr a neutralização do maior número possível de unidades de periculosidade e culpa, expressas em termos de comportamento criminoso²¹⁶.

O que se mostra preocupante, contudo, é o nível de controle sobre a excelência desta escolha, diante de todos os interesses públicos em jogo, que não se cingem apenas a evitar condenações injustas contra o réu com base em falsas evidências, mas também envolvem a alarmante corrupção das finalidades preventivas e repressivas do sistema penal, ao se premiar desproporcionalmente sujeitos que também violaram a lei. Deveras, adultera-se de maneira contingente e oportunista o próprio princípio da necessidade da pena, na medida em que a justificativa de intervenção do Direito Penal fica à mercê das idiosincrasias de cada agente da lei²¹⁷

Ademais não se pode desprezar, neste processo de verdadeira “corrida” de imputados interessados em colaborar com o Estado, um fenômeno de saturação, a gerar uma necessidade de gestão não apenas sobre a escolha de quais réus poderão fazer um acordo com a acusação, mas também das próprias condições de negociação²¹⁸. Neste sentido, será natural ao Ministério Público aumentar as exigências para os sucessivos postulantes a *accomplice*, de acordo com o *timing* do desejo de colaborar, e não exatamente por critérios de controle epistemológico sobre

²¹⁶ MARTINEZ, Spencer. *Op. cit.*, p. 144.

²¹⁷ “Na verdade, a própria ideia de necessidade da pena, enquanto princípio de cariz racionalista-liberal pressupõe uma condição de eficácia na solução de um problema, uma interferência do Direito na alteração de uma situação social. A ideia de necessidade, associada à adequação e à proporcionalidade, remete o Direito Penal para esse horizonte de uma justificação a partir dos possíveis efeitos sobre a realidade social na matéria do crime. E, apesar de o princípio da necessidade da pena ser uma peça de uma argumentação normativista, de uma justificação das normas que pretende sobrepor-se à evidência dos factos no seu conteúdo, é, paradoxalmente, este princípio que remete para o valor intrínseco dos estados pré-normativos e da facticidade. É, na verdade, um princípio normativo que impõe a limitação das opções normativas por critérios de facticidade”. PALMA, Maria Fernanda. O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade. *Julgar*, n. 29, 2016, p. 107.

²¹⁸ VIEIRA, António. *Op. cit.*, p. 59.

o material probatório a ser ofertado pelo co-imputado. Deste modo, os agentes da lei tenderão a cobrar a apresentação de provas ou fatos inéditos, originais, mediante a imposição de incentivos penais menos atraentes, sempre na linha da narrativa acusatória que começou a ser traçada com os primeiros colaboradores e com alto poder sugestivo sobre o ânimo e a memória das fontes informativas²¹⁹.

Os acordos de cooperação costumam ser habitualmente precedidos de entrevistas privadas (*proffer session*), em que o acusado pode buscar a sua inclusão em algum *cooperation agreement* ou o promotor público pode tentar induzi-lo a colaborar com a persecução. Nestas sessões o pretense colaborador terá que revelar sua vida criminosa e o tipo de relacionamento que mantém com organizações ou práticas criminosas, bem como poderá obrigar-se a apresentar relatórios à investigação, a infiltrar-se na atividade delitiva ou a testemunhar judicialmente etc.

Portanto, antes que um réu possa ser considerado oficialmente como um *accomplice*, ele deve mostrar em reuniões informais preliminares com membros do Ministério Público e demais agentes da lei quão relevantes serão à acusação os elementos de colaboração probatória que pretensamente possui. Nestas sessões, o promotor tentará convencer o co-imputado a cooperar, por vezes mediante a indicação da existência de provas incriminadoras contundentes nos autos. A considerar que o co-imputado deverá admitir sua culpa na empreitada criminosa de que trata o processo principal e descrever toda a sua participação, tentará mostrar seu conhecimento efetivo sobre a rotina delitiva alvejada e, na maioria dos casos, não haverá acordo caso o criminoso não demonstre ter evidências interessantes para subsidiar de maneira significativa a acusação de outro réu²²⁰.

Quando um agente decide participar de uma reunião como esta, não tem qualquer garantia de que será bem sucedido quanto a sua admissão no *cooperation agreement*. Os réus, portanto, devem dar o passo extremo de se auto-incriminarem, às cegas, abdicando do direito constitucional que assegura a não-autoincriminação. Sua única proteção para esta ocasião será um acordo denominado *Queen for a day*,

²¹⁹ “Where there is no independent verification or method to corroborate the cooperator's information, a prosecutor might be suspicious but is likely to “trust her own judgment” about the truthfulness of the information. Words of caution were expressed because: A significant problem is that your view of the evidence is often shaped by the first cooperator in the door, the confidential informant, and by the agent. When the cooperators come in, there is a predetermined view of the facts that shapes the manner in which the credibility of the cooperator is assessed” (YAROSHEFSKY, Ellen. *Op. cit.*, pp. 917-964, p. 936-937).

²²⁰ KNIZHNIK, Shana. *Op. cit.*, p.1741.

que estabelecerá as regras sob as quais os representantes do Estado e o réu conduzirão a entrevista. Embora esse documento pareça assegurar aos réus que as informações ali repassadas não serão usadas contra eles posteriormente, esta promessa é limitada. Neste sentido, uma questão controversa em relação a tais sessões prévias exploratórias com o promotor diz respeito à possibilidade de as declarações ali prestadas serem utilizáveis como confissão de culpa.

Por outro lado, nas sessões privadas com o Ministério Público (*proffer session*), o acusado tende a fornecer informações sobre seus próprios delitos, delitos cometidos por outrem e qualquer outro tipo de dado almejado pela acusação. Isto permite que os promotores, ainda quando esteja bem fundamentada a denúncia, recebam aquela colaboração, mas não a considerem de fato um “auxílio substancial” nos termos da Seção 5K1.1.

Na esfera federal, os acordos preliminares que surgem destas reuniões (*proffer session*) preveem que quaisquer declarações feitas pelo réu no decorrer das discussões não podem ser usadas contra este, se a sua opção for sujeitar-se a um julgamento. Contudo, poderão ser utilizadas para promover investigações estatais e para acusar o réu, se este for a julgamento e testemunhar. À primeira vista, estes acordos parecem oferecer à defesa alguma garantia de que as declarações feitas durante uma fase preliminar de negociações não serão usadas contra o réu em potencial no futuro. Além disso, outros benefícios podem ser vislumbrados, uma vez que o instituto pode influenciar o ponto de vista da acusação sobre o indiciamento daquele futuro acusado, reduzir a sua culpabilidade ou ganhar créditos na dosimetria da pena. No entanto, caso as informações prestadas na *proffer session* não conduzam a uma investigação bem-sucedida, o acordo proveniente destas reuniões poderá representar um obstáculo significativo às estratégias naturais de defesa de negação total ou parcial dos fatos, diante dos ônus da prova comum à defesa²²¹.

Segundo o *Federal Rules of Evidence*, no artigo 410, estas declarações do co-arguido não poderão ser apresentadas como prova em audiência de julgamento, caso não tenham resultado em um acordo formal de confissão:

In a civil or criminal case, evidence of the following is not admissible against the defendant who made the plea or participated in the plea

²²¹TODDWELD. *A survey of federal proffer agreements*. Disponível em: https://www.toddweld.com/C855A0/assets/files/documents/p16-26_Martin-Distefano_A_Survey_of_Federal_Proffer_Agreements_Sept-Oct_2020_Champion-4.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022.

*discussions: (4) a statement made during plea discussions with an attorney for the prosecuting authority if the discussions did not result in a guilty plea or they resulted in a later-withdrawn guilty plea*²²².

Nos mesmos termos é o previsto na Rule 11(f) da Federal Rule of Criminal Procedure: “(f) *Admissibility or Inadmissibility of a Plea, Plea Discussions, and Related Statements. The admissibility or inadmissibility of a plea, a plea discussion, and any related statement is governed by Federal Rule of Evidence 410*”²²³.

Desta feita, nos acordos selados em *proffer sessions*, a promessa principal é de que, em troca de informações verdadeiras, qualquer declaração realizada durante aquela reunião não será usada contra o entrevistado, em qualquer julgamento futuro, audiência de custódia ou sentença. A seguir, uma formulação típica desta promessa, encontrada em alguns *proffer agreements*²²⁴:

*No statements made by your client or other information provided by him during proffer will be used directly against him in any criminal proceeding*²²⁵ (Distrito de Dakota do Sul).

*First, no statements made by you or your client, or other information provided by you or your client during the ‘off the-record’ proffer, will be used directly against your client in any criminal case*²²⁶ (Distrito Leste da Pensilvânia).

Todavia, a Suprema Corte norte-americana já admitiu o afastamento de imunidade em relação às informações prestadas numa sessão exploratória com o Ministério Público, no caso *United States v. Mezzanatto*²²⁷. Neste aspecto, embora

²²²U.S. *Federal Rules of Evidence*. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/Rules%20of%20Evidence>. Acesso em: 24 mar. 2022.

²²³U.S. *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules/FRCrP12.1.2014.pdf. Acesso em: 24 mar. 2022.

²²⁴TODDWELD. *A survey of federal proffer agreements*. Disponível em: https://www.toddweld.com/C855A0/assets/files/documents/p16-26_Martin-Distefano_A_Survey_of_Federal_Proffer_Agreements_Sept-Oct_2020_Champion-4.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022.

²²⁵ Em tradução livre: “Nenhuma declaração feita por seu cliente ou outras informações fornecidas durante a sessão serão usadas diretamente contra ele em qualquer processo criminal”.

²²⁶ Em tradução livre: “Em primeiro lugar, nenhuma declaração feita por você ou seu cliente, ou outras informações fornecidas por você ou seu cliente, sem registro durante a sessão, serão usadas diretamente contra seu cliente em qualquer caso criminal”.

²²⁷ Após sua prisão, Gary Mezzanatto e seu advogado buscaram uma reunião com os procuradores para sondar a possibilidade de realização de um acordo de colaboração, em troca de uma acusação mais suave. Como condição preliminar de negociação, o Ministério Público exigiu que as declarações inconsistentes poderiam ser usadas contra ele em julgamento, se não parecesse sincero na negociação. Mezzanatto aceitou formalmente a tal condição e suas declarações acabaram sendo consideradas infundadas pela acusação, a qual encerrou as negociações. Durante seu processo-crime, Mezzanatto negou vários fatos que havia admitido durante a negociação daquele acordo, mas suas declarações naquela ocasião foram apresentadas em juízo para retratá-lo. Após debate judicial verificada em várias instâncias, a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou, por maioria, que um

este órgão não o tenha feito de forma explícita, todos os circuitos judiciais, quando provocados sobre o tema, permitiram o uso de declarações feitas pelo réu nestas reuniões preparatórias com o Ministério Público, ainda quando aquele não depõe no tribunal.

Desta forma, tornou-se possível enfraquecer a imunidade reservada ao réu em relação aos dados ofertados na *proffer session*, sendo válido à acusação utilizar as declarações feitas pelo indivíduo naquela reunião, a fim de refutar quaisquer provas ou argumentos oferecidos eventualmente por sua defesa em qualquer outra fase do processo. Isto implica dizer que as informações prestadas nestas sessões se tornaram mais do que simples ferramentas para obter informações para o início ou continuidade de investigações, visto que podem ser usadas como prova contra o candidato a *accomplice*, em julgamento.

Assim, o co-arguido, ao tomar a decisão de fornecer provas inculpatórias contra si, deverá ter o senso de prudência de que não poderá mais voltar atrás, para apagar da realidade as declarações que foram ditas perante os representantes do Estado. Isto porque, quando decide participar de uma sessão deste tipo, não tem garantias confiáveis sobre qual resultado será gerado ou se este será benéfico de fato para si.

Ao dar o passo extremo de auto incriminar-se, contra a tendência natural das estratégias de defesa, terá como única ferramenta de proteção um acordo (*queen's proffer statement*), que estabelecerá as regras que conduzirão a conduta do Estado e do indivíduo naquela reunião preliminar²²⁸. E as informações ali prestadas, ainda que não sejam objeto de testemunho e confirmação em juízo *a posteriori* pelo réu, poderão ser utilizadas pela acusação.

Embora o Estado comprometa-se a não utilizar nenhuma declaração feita durante aquela sessão, diretamente contra o criminoso que deseja cooperar, estes tipos de acordos revelam, por vezes até de maneira explícita, que a acusação pode fazer uso derivado de qualquer informação ali ofertada, a fim de auferir pistas investigativas para outras informações e evidências. Neste sentido é o teor do *proffer*

réu pode renunciar, de maneira consciente e voluntária, a aspectos de sua defesa, em negociações entabuladas com a acusação. SIEGLE, Christopher. *United States v. Mezzanatto: Effectively Denying Yet Another Procedural Safeguard to Innocent Defendants*. *Tulsa L. J.*, 32, 2013, pp. 119-143, pp. 120-128.

²²⁸ KNIZHNIK, Shana. *Op. cit.*, pp. 1741-1742.

agreement, no Distrito Norte de Illinois²²⁹: “The government is completely free to pursue any and all investigative leads derived in any way from the proffer, which could result in the acquisition of evidence admissible against your client”²³⁰.

Um acordo de oferta mais agressivo do Distrito Central da Califórnia prevê que o Estado pode usar todas as informações derivadas direta ou indiretamente da reunião com a finalidade de obter e buscar pistas de outras provas (incluindo quaisquer informações ou dados obtidos de dispositivos digitais, por divulgação de quaisquer senhas de PINs durante a reunião), cuja evidência pode ser usada para qualquer finalidade, inclusive qualquer processo contra seu cliente²³¹.

Abaixo seguem algumas cláusulas de um típico acordo de negociação, adotado em uma *proffer session*, perante a Procuradoria do Distrito do Sul de Nova Iorque, a ilustrar o grau de revelação de informações a que deve se comprometer o réu:

[...] a) o Estado pode usar informação oriunda direta ou indiretamente da reunião, com o propósito de obter pistas para outras provas que possam ser usadas em qualquer ação penal promovida contra o Cliente; (b) em qualquer ação penal promovida contra o Cliente, o Estado pode utilizar as informações prestadas pelo Cliente na reunião e todas as provas obtidas direta ou indiretamente destes depoimentos, com o objetivo de *cross-examination*, caso o Cliente testemunhe; e (c) o Estado também pode utilizar as afirmações prestadas pelo Cliente nas reuniões para refutar, em qualquer ação contra ele movida, qualquer prova ou argumento apresentado pelo ou em benefício do Cliente (incluindo argumentos feitos ou questões levantadas, por sua responsabilidade, pelo Tribunal Distrital), em qualquer fase da ação penal (incluindo a caução, todas as fases de julgamento, e o momento da sentença)²³².

²²⁹TODDWELD. *A survey of federal proffer agreements*. Disponível em: https://www.toddweld.com/C855A0/assets/files/documents/p16-26_Martin-Distefano_A_Survey_of_Federal_Proffer_Agreements_Sept-Oct_2020_Champion-4.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022.

²³⁰ Em tradução livre: “O governo é totalmente livre para buscar todas e quaisquer pistas investigativas derivadas de qualquer forma da reunião, o que pode resultar na aquisição de evidências, admissíveis contra seu cliente”.

²³¹ “Use all information derived directly or indirectly from the meeting for the purpose of obtaining and pursuing leads to other evidence (including any information or data obtained from digital devices upon your client’s disclosure of any passwords of PINs during the meeting), which evidence may be used for any purpose, including any prosecution of your client”. TODDWELD. *A survey of federal proffer agreements*. Disponível em: https://www.toddweld.com/C855A0/assets/files/documents/p16-26_Martin-Distefano_A_Survey_of_Federal_Proffer_Agreements_Sept-Oct_2020_Champion-4.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022.

²³² NAFTALIS, Benjamim A. “Queen for a Day” Agreements and the Proper Scope of Permissible Waiver of the Federal Plea-Statement Rules, *Colum. J.L.*, 57(1), 2003, pp. 1-56.

Há críticos sobre este modelo de entrevista preliminar privada, sem a presença da outra parte, no sentido de que ela favorece o enviesamento no processo de recordação da testemunha, por causa da falta de controle sobre a formulação das perguntas. Neste sentido, cada vez que se submete a memória a perguntas (seja por parte de advogados, policiais, seja por terceiros, com ou sem más intenções), principalmente quando se trata de perguntas diretas, feedbacks, expectativas, mais influenciável ela se torna²³³ e, pois, mais seletiva ou até mesmo criativa na narrativa dos fatos. O sujeito pode até convencer-se de recordar fatos, que não são verídicos, sem que se trate propriamente de uma mentira deliberada, devido aos efeitos que o poder de sugestão pode gerar no processo de recordação da testemunha, a implicar a formação dos ditos erros sinceros, como alerta Diges²³⁴.

Se um réu for bem-sucedido em convencer o Ministério Público a inscrevê-lo como colaborador do Estado, com base nos elementos prestados na *proffer session*, isto significará apenas o começo de um longo movimento de obrigações contínuas do réu para com a acusação, com várias sessões de interrogatório, eventual infiltração etc. E geralmente culminará em depoimento público, que poderá ocorrer muitos anos após a celebração do acordo. Isto justifica porque alguns réus falham no aspecto da assistência substancial ao Estado, pois, para receber os benefícios decorrentes da cooperação, deverão estar dispostos a fazer todos os atos de colaboração que lhe sejam impostos, ao longo de um intervalo temporal de extensão indeterminada.

Deveras, o meio privilegiado de controle estatal sobre a participação do colaborador nas investigações e no processo é condicionar a imunidade ou demais benefícios processuais à avaliação do Ministério Público de que todas as obrigações assumidas durante as negociações do acordo foram cumpridas. Desta maneira, o coarguido confessará sua culpa como passo primordial para a avença com o Estado, mas o promotor público aguardará para ver a performance do colaborador no curso da persecução penal, antes de excluir acusações ou solicitar diminuição de penas²³⁵.

Para evitar os riscos da concessão dos benefícios penais ao cooperador antes do cumprimento de suas funções no processo, portanto, a acusação condiciona-os ao cumprimento substancial pelo réu das obrigações prometidas, o que

²³³ RAMOS, Vitor de Paula. *Op. cit.*, p. 153.

²³⁴ DIGES, M. *Testigos sospechosos y recuerdos falsos: estudios de psicología forense*, Madrid, Trotta, 2016, p. 22.

²³⁵ THAMAN, Stephen. *Op. cit.*, p. 259.

implica um retardamento proposital das vantagens almejadas pela parte. Desta maneira, em regra, os promotores definirão o valor da assistência de um cooperador apenas *ex post*, o que determinará a formulação ou não de uma moção de assistência substancial ao tribunal.

O acordo selado ao final, portanto, é escrito de maneira que a obrigação do colaborador é clara sobre dizer a verdade e cooperar com as medidas julgadas convenientes pelos agentes da lei para a persecução penal. Mas, em contrapartida, a obrigação do Ministério Público tende a ser aberta e contingente.

Outra relevante reflexão é que quando um caso não é encaminhado para julgamento por causa de uma confissão ou acordo de colaboração, tanto a polícia quanto o Ministério Público normalmente não terão de justificar publicamente se suas táticas investigativas foram cumpridoras da lei, no que diz respeito à privacidade individual, prisões e outras apreensões, bem como nos interrogatórios e entrevistas empregados.

A figura da colaboração processual, sob esta quadra, pode representar inclusive o enfraquecimento do sistema adversarial, diante do comprometimento da integridade da acusação. Para alcançar a tentadora falta de controle social das atividades persecutórias do Estado, os agentes da lei podem ousar, portanto, colaborar com suspeitos cada vez menos confiáveis ou até mesmo focar o uso de colaboradores em pessoas que ainda não são tecnicamente suspeitas, trazendo à tona o perigo de crimes induzidos ou de emboscada. Conforme denuncia Thaman, o sistema de negociação da culpa americano ilustra o que ficou conhecido como *prosecutorial sentencing*, fenômeno no qual será o Ministério Público (“*prosecutors*”) quem na prática definirá qual será a sentença final e estará habilitado em quase todos os casos a compelir qualquer cidadão a confessar sua culpa²³⁶.

As Cortes têm tratado as decisões ministeriais de conceder leniência em troca de cooperação de um colaborador criminal com a mesma deferência que trata a decisão do promotor de denunciar ou realizar o *plea bargain*. Devido à necessidade de análise contextual sobre a importância da colaboração, a credibilidade do colaborador ou se as informações prestadas podem ser corroboradas, mediante um balanço de todas as prioridades criminais e recursos legais disponíveis, acaba-se por

²³⁶ THAMAN, Stephen. *Op. cit.*, pp. 273-276.

considerar que tal espécie de análise acarreta decisões particularmente insindicáveis pelo Judiciário.

Outro aspecto do sistema americano de prerrogativas do Ministério Público, alvo de críticas no *cooperation agreement*, especialmente no âmbito federal, diz respeito às acusações exageradas. Estas são capazes de aumentar a pena dos réus, diante da imputação de múltiplos delitos criminais ou do tipo penal de *conspiracy*, o qual, por sua vez, pode submeter qualquer acusado a ser punido por crime cometido por outro membro da conspiração, bem como permite que o promotor público use o depoimento de um conspirador contra os demais corréus²³⁷.

Além disso, ainda há fortes incentivos para reforçar e dar efetividade aos acordos de cooperação, por motivo de gestão judiciária dos processos. Neste sentido os juízes também podem incentivar a realização de *guilty plea*, por exemplo, a fim de reduzir o número de recursos ou obter uma margem maior de flexibilidade na elaboração de uma sentença para um colaborador, devido ao rígido esquema de *sentencing guideline*²³⁸.

A existência de penas tão severas, como a perpétua e a capital, cria um risco exacerbado, no senso de custo-benefício do réu, a desestimular que o sujeito exerça seus direitos de ampla defesa no processo (*trial penalty*), quando se vislumbra todas as alternativas de negociação processual no sistema de justiça norte-americano²³⁹. Isto gera uma desoneração da tarefa dos promotores públicos de apresentar uma acusação dotada de lastro factual de provas, para além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).

De acordo com o art. 5K1.1 da *U.S. Sentencing Guidelines Manual*, um juiz pode sentenciar um infrator abaixo da faixa de condenação cominada para uma ofensa específica, se o promotor apresentar moção reconhecendo que o réu "prestou assistência substancial na investigação ou processo de outra pessoa" (moção de "assistência substancial")²⁴⁰. Tal "auxílio substancial" não é definido nem por este documento, nem pela jurisprudência norte-americana, o que torna sindicável a decisão do promotor de pedir a diminuição da pena apenas quando esta for baseada

²³⁷ THAMAN, Stephen. *Op. cit.*, p. 259.

²³⁸ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1139.

²³⁹ KNIZHNIK, Shana. *Op. cit.*, p. 1737.

²⁴⁰ USSC. *Sentencing Guidelines Manual*. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

em fundamento inconstitucional; se não estiver logicamente relacionada ao interesse público; ou a acusação recusar-se a postular redução de pena por razões que não estejam relacionadas com os termos do acordo²⁴¹.

Ao contrário de outras modalidades de atenuação da pena que permitem ao juiz condenar o réu abaixo da faixa aplicável, apenas por um valor ou nível especificado, a mitigação da aplicação da lei penal para um réu que fornece cooperação substancial ao governo não é igualmente limitante: o juiz pode sentenciar até mesmo o criminoso mais grave a uma sentença de liberdade condicional, como recompensa pela cooperação substancial²⁴². Conforme exemplifica Miriam Hechler Baer, se um juiz típico costuma aplicar um desconto modesto para cooperadores (30%, *v.g.*), cuja assistência atende ao padrão mínimo da acusação, na moção de assistência substancial será possível construir descontos bem mais generosos do que aquele piso (*v.g.*, redução de 50% para bons cooperadores e um desconto de 80% para aqueles considerados excepcionais)²⁴³.

Uma vez que o juiz pode afastar-se de uma sentença mínima obrigatória, portanto, se a acusação apresentar uma moção de assistência substancial que declare a cooperação do arguido, o resultado do processo notoriamente tornar-se-á dependente da satisfação do órgão acusatório²⁴⁴. Conforme dito acima, o sistema de pena mínima obrigatória exerce uma forte influência sobre as negociações processuais que impliquem, em geral, alguma espécie de confissão. A promessa de um promotor de não apresentar (ou rejeitar) acusações que acarretem uma pena mínima obrigatória pode criar enormes brechas, com repercussão no cômputo final

²⁴¹ THAMAN, Stephen. *Op. cit.*, p. 257.

²⁴² CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1139.

²⁴³ "Although the United States Sentencing Guidelines are no longer mandatory, *United States v. Booker*, 543 U.S. 220, 245 (2005), the Section 5K1.1 letter remains one of the primary mechanisms by which criminal defendants obtain reduced sentences, particularly in the narcotics context, where more than half of all federal drug offenses are subject to mandatory minimum sentences". BAER, Miriam Hechler. *Cooperation's Cost. Wash. U. L. Rev.*, 2011, pp. 903-998.

²⁴⁴ "Statutory mandatory minimums are, as the name suggests, statutory provisions that require judges to impose not less than the specified sentence upon conviction. Typically the statutes permit harsher but not lesser sentences. Once a defendant has been convicted of an offense carrying a statutory mandatory minimum sentence, there are only two ways the judge can mitigate his or her punishment. If the defendant is a first offender, and meets other conditions, he or she may be eligible for a modest sentence reduction through the "safety valve" provision. If the defendant does not meet those conditions, or seeks the possibility of a greater sentence reduction, cooperation offers the only mechanism". WEINSTEIN, Ian. *Regulating the Market for Snitches, Buff. L. Rev.*, 563, 1999, pp. 773-574.

da sanção na sentença imposta, o que representa enorme incentivo ao réu para se declarar culpado²⁴⁵.

A U.S. *Sentencing Guidelines* não fornece dados objetivos sobre como os juízes devem calcular os descontos decorrentes dos acordos de cooperação considerados bem-sucedidos. A literatura consultada informa, como consequências desta lacuna, o desenvolvimento de filosofias de condenação idiossincráticas e a concessão de benefícios penais excessivos e não merecidos.

Com efeito, a diminuição da pena será diferente, a depender de o juiz sentenciar por meio da comparação de um determinado cooperador com outros sentenciados recentemente, ou com os réus não cooperantes no caso. Aliado a estes fatores, os promotores podem ter uma plêiade de colaboradores, em que apenas parcela deles realmente apresentou cooperação útil à persecução, sucesso que naturalmente poderá se estender ao conjunto de *accomplices*.

Isto se deve não só à eventual configuração coletiva da narrativa apresentada sobre o fato criminoso, delineada por meio da conjugação de depoimentos e documentos, mas também pela solidariedade que pode surgir entre agentes da lei e colaboradores, devido ao tempo prolongado de contato nas negociações e audiências, e pela necessidade de manter a cooperação como uma política atraente para os réus.

Em pesquisa realizada pela *U.S. Sentencing Commission*, chegou-se à conclusão de que a assistência de criminosos a ações estatais de persecução era uma ocorrência comum (aproximadamente dois terços de todos os réus prestaram alguma forma de assistência à acusação durante o período analisado). Contudo, apenas 38,6% de todos os réus que prestaram assistência receberam o benefício processual decorrente da dita assistência substancial²⁴⁶.

Além disto, não foi possível verificar uma uniformidade de critérios para o conceito de assistência substancial, nem uma correlação direta entre a forma de cooperação fornecida, o tipo de benefício ou resultado recebido pelo governo. A definição de “assistência substancial” não estava sendo aplicada de forma consistente em todos os distritos federais, pois alguns distritos estavam a considerar cooperação o que não era considerado por outros distritos, assim como os elementos de um

²⁴⁵ KNIZHNIK, Shana. *Op. cit.*, p. 1738.

²⁴⁶ DRAZGA, Linda; KRAMER, John. *Op. cit.*, p. 9.

determinado comportamento, que era classificado como “substancial”, não eram suficientemente claros e explícitos, o que contribuía para tornar esta rotina estatal ainda mais contrária a princípios como os da certeza e da justiça do serviço jurisdicional.

Um grupo de trabalho ligado à *U.S. Sentencing Commission* foi criado para analisar se as moções de assistência substancial, até então formuladas com base no § 5K1.1 da *Sentencing Guidelines*, apresentaram coerência entre si e resultaram em semelhantes reduções de pena, em casos considerados igualmente semelhantes, em relação a réus de diversos distritos²⁴⁷.

Uma das conclusões desta pesquisa foi a inadequação dos motivos adotados para explicar as subseqüentes reduções de pena, quando se consideraram fatores que são legitimamente pressupostos para a apresentação destas moções e seu respectivo deferimento judicial (*v.g.*, tipo de cooperação implementada, benefícios para a investigação advindos da colaboração, espécie de ofensa criminal, culpabilidade ou função do colaborador na organização criminosa).

Mais preocupante ainda foi a identificação de fatores legalmente irrelevantes para motivar estas moções e seu respectivo deferimento judicial, a exemplo do gênero, da etnia ou da nacionalidade do delator, causas que foram consideradas estatisticamente significativas para explicar a formulação dos pedidos baseados no §5K1.1.

Outro efeito cascata da proliferação da prática de colaboração processual, sem tantas exigências e controle do material probatório veiculado, é que os promotores podem exigir, e os potenciais cooperadores podem oferecer, informações e assistência menos úteis, diante do quadro geral de condescendência penal com este tipo de política.

Este quadro de excesso de benevolência penal não fica resolvido nem quando se verifica que, nos anos de 1999 a 2008, decaiu a concessão de descontos para os réus colaboradores nos Estados Unidos, visto que manteve-se mais ou menos o mesmo patamar de 50% de diminuição abaixo do patamar recomendado na *U.S. Sentencing Guidelines*, conforme dados coletados nos relatórios anuais de estatísticas de sentenças federais da *U. S. Sentencing Commission*²⁴⁸

²⁴⁷DRAZGA, Linda; KRAMER, John. *Op. cit.*, p. 9.

²⁴⁸BAER, Miriam Hechler. *Op. cit.*, p. 946.

Não obstante não ter se verificado o crescimento nominal de penas progressivamente mais mitigadas para os colaboradores processuais, o problema persiste quanto à incapacidade de o sistema judicial norte-americano controlar o grau de retribuição da assistência do cúmplice ao Estado, já que, em primeira e última análise, não é possível sindicarmos o valor, a qualidade da assistência que a acusação recebe, para daí aferir se o benefício penal deferido foi além do justo e do adequado, no delicado balanço sobre as funções da pena.

A tendência de um número inflacionado de cooperações criminais deve-se inclusive a interesses secundários envolvidos, sem que se verifique real utilidade e eficiência criminológica na medida. Uma das causas para tanto é a tentativa de maximizar as taxas de condenações e de evitar perdas embaraçosas no julgamento, quando agentes da investigação podem pressionar para inscrever réus não confiáveis como cooperadores. Isto pode ocorrer tanto com vistas a promoções na carreira, baseadas no desmantelamento de grandes organizações criminosas e em currículos recheados de condenações e prisões, como também para mostrar estatísticas aos legisladores que definem orçamentos e alocam recursos limitados para cada pasta estatal.

Por outro lado, sob o ponto de vista da economia comportamental, agentes da lei costumam se inclinar mais fortemente para a cooperação, devido à tendência dos indivíduos de terem mais disposição para prever um evento futuro, do que para conjecturar os resultados de um evento passado: as audiências de instrução e de julgamento desencadeiam a apreensão *a posteriori*, sobre a força das evidências que já foram produzidas no passado, enquanto na cooperação todas as partes do acordo entregam-se a estimativas de prognóstico quanto ao valor futuro da assistência e ao tamanho potencial do desconto da sanção.

Ademais, nenhum promotor perderá o cargo ou reputação ao inscrever um réu extra para testemunhar contra o chefe de uma grande organização. Neste aspecto, causará mais embaraço perder a causa, especialmente em um contexto cada vez reduzido de oportunidades para julgamento completo das lides penais. Os benefícios do *cooperation agreement*, portanto, aparecem bastante óbvios para os agentes da lei, com custos mais abstratos e de difícil sindicabilidade, que não precisam ser suportados antecipadamente, o que os torna facilmente ignorados.

Segundo o *Justice Manual*, editado no âmbito do U.S. Department of Justice dos EUA e denominado anteriormente como *United States Attorneys' Manual*

(USAM), para definir se a cooperação de determinada pessoa com a persecução penal atenderá ao interesse público, os seguintes fatores deverão ser considerados pelos *federal prosecutors*: a importância do caso; o valor da cooperação; o grau de culpabilidade do colaborador na ofensa criminal; e o interesse das vítimas. De acordo com o próprio *Justice Manual*, tais fatores não deverão ser tratados de maneira exaustiva, por se tratarem apenas de considerações genéricas, que poderão ser aplicadas na maioria das situações²⁴⁹.

Tais diretivas, com destaque para o exame sobre a possibilidade de corroboração das informações prestadas pelo colaborador, por meio de outras evidências, como adiante se verá no presente trabalho, inserem-se no contexto dos princípios do processo federal para agentes do Ministério Público, a fim de orientá-los a iniciar (ou desistir de) ações penais, estabelecer *plea agreements* ou *cooperation agreements*, etc.

O *Justice Manual* é um dos diplomas governamentais que explicitamente reconhece o vasto espectro de discricionariedade que o Ministério Público tem no processo-crime, propondo-se a ser uma declaração geral de princípios, com considerações apropriadas a serem ponderadas e práticas desejadas a serem seguidas, naquele mister. Visto que os *prosecutors* têm grande latitude para tomar decisões cruciais relativas à aplicação da lei, é desejável, no interesse da administração justa e eficaz da justiça, que estes agentes sejam guiados por uma declaração geral de princípios, que resuma considerações apropriadas a serem ponderadas e práticas desejáveis a serem seguidas, no cumprimento de suas responsabilidades de promotoria.

O *Justice Manual*, contudo, é destituído de imperatividade suficiente para vincular coercitivamente aqueles agentes, uma vez que não têm sanções expressas em caso de seu descumprimento. Textualmente afirma, na seção relativa aos propósitos do diploma, que não pode ser invocado para criar quaisquer direitos, substantivos ou processuais, exequíveis por lei, no âmbito civil ou criminal:

²⁴⁹ “This section is intended to assist federal prosecutors, and those whose approval they must secure, in deciding whether a person’s cooperation appears to be necessary to the public interest. The considerations listed here are not intended to be an exhaustive list or to require a particular decision in a particular case. Rather they are meant to focus the decision-maker’s attention on factors that probably will be controlling in the majority of cases”. U.S. Department of Justice – Principles of Federal Prosecution. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.630>. Acesso em: 6 set. 2023.

*The Manual provides only internal Department of Justice guidance. It is not intended to, does not, and may not be relied upon to create any rights, substantive or procedural, enforceable at law by any party in any matter civil or criminal. Nor are any limitations hereby placed on otherwise lawful litigative prerogatives of the Department of Justice*²⁵⁰.

Outro código de ética profissional dotado de normas não-cogentes é o *Criminal Justice Standards*, editado pelo *American Bar Association*, grande associação privada de bacharéis em Direito nos Estados Unidos. Assim como o *Justice Manual*, enumera algumas melhores práticas para o exercício da função ministerial:

Standard 3-1.1 The Scope and Function of These Standards:

[...]

(b) These Standards are intended to provide guidance for the professional conduct and performance of prosecutors. They are written and intended to be entirely consistent with the ABA's Model Rules of Professional Conduct, and are not intended to modify a prosecutor's obligations under applicable rules, statutes, or the constitution. They are aspirational or describe "best practices," and are not intended to serve as the basis for the imposition of professional discipline, to create substantive or procedural rights for accused or convicted persons, to create a standard of care for civil liability, or to serve as a predicate for a motion to suppress evidence or dismiss a charge [...]

*(c) Because the Standards for Criminal Justice are aspirational, the words "should" or "should not" are used in these Standards, rather than mandatory phrases such as "shall" or "shall not," to describe the conduct of lawyers that is expected or recommended under these Standards. The Standards are not intended to suggest any lesser standard of conduct than may be required by applicable mandatory rules, statutes, or other binding authorities*²⁵¹.

²⁵⁰ U.S. *Justice Manual*. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/usam/archives/usam-1-1000-introduction>. Acesso em: 15 nov. 2021.

²⁵¹ Em tradução livre: "Norma 3-1.1 O âmbito e a função destas normas: [...] (b) Estas Normas destinam-se a fornecer orientações para a conduta e desempenho profissional dos procuradores. Foram redigidas e pretendem ser inteiramente coerentes com as Regras Modelo de Conduta Profissional da ABA e não pretendem modificar as obrigações de um procurador segundo as regras, estatutos ou a constituição aplicáveis. São aspiracionais ou descrevem as "melhores práticas" e não se destinam a servir de base para a imposição de disciplina profissional, a criar direitos substantivos ou adjetivos para acusados ou condenados, a criar um padrão de tratamento da responsabilidade civil ou a servir de base para uma moção para suprimir provas ou rejeitar uma acusação [...] (c) Uma vez que os Padrões para a Justiça Penal são aspiracionais, as palavras "deve" ou "não deve" são utilizadas nestes Padrões, em vez de frases obrigatórias como "há de ser" ou "não há de ser", para descrever a conduta dos advogados que é esperada ou recomendada segundo tais Padrões. As Normas não têm por objetivo sugerir um padrão de conduta inferior ao que pode ser exigido pelas regras obrigatórias, estatutos ou outras autoridades vinculativas aplicáveis". BAR. *Criminal justice standards*. Disponível

Este panorama de ausência de normas com imperatividade suficiente para gerar deveres objetivos ao Ministério Público, no âmbito do ordenamento americano, acaba por ser coerente com a tendência ali corrente de que não é de bom alvitre inflacionar a regulação da prova, mas sim munir o sistema de meras linhas orientadoras (*standards*)²⁵², para a gestão de evidências no processo.

Não há, pois, mecanismos de checagem efetiva à concessão de recompensas à cooperação de um colaborador, a não ser a própria percepção tática do promotor sobre que tipo de prova pode ser bem-sucedida diante de um júri²⁵³. Isto é, a literatura consultada reconhece uma ausência de instrumentos de revisão, seja antecipada seja postergada, do uso de depoimento de co-arguidos, em acordos processuais-penais entabulados com a acusação.

No que diz respeito à inexistência de instrumentos de controle prévio, reiterese a distinção de tratamento deste tipo de obtenção de evidências por parte do Estado, em relação a outras técnicas investigativas.

Com efeito, há nos ordenamentos federal e estaduais salvaguardas prévias bastante rígidas quanto à conduta dos agentes estatais envolvidos, em relação às escutas telefônicas e a outros tipos de gravação, conforme comentado acima. O mesmo é possível dizer atualmente em relação à coleta de informações pessoais de aparelho telemóvel ou de dispositivos de GPS, as quais já demandam maior formalidade para sua execução, conforme uma série de precedentes jurisprudenciais.²⁵⁴ Todavia, não se verifica o mesmo grau de exigência para a utilização de depoimentos de informantes co-arguidos.

Este aspecto é possível de ser exemplificado com a aplicação corrente da 4ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, a qual assegura proteção contra buscas e apreensões injustificadas, por meio da exigência de mandado, proveniente de juiz imparcial, fundado em elementos mínimos de prova, com a discriminação do local e das coisas atingidos com a decisão:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be

em:

https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/ProsecutionFunctionFourthEdition/.

Acesso em: 28 set. 2021.

²⁵² MESQUITA, Paulo Dá. *Op. cit.*, p. 139.

²⁵³ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1139.

²⁵⁴ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, p. 758.

*violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*²⁵⁵.

Quando deferida, a busca e apreensão deverá ser executada prontamente e sucedida de resumo descritivo sobre a conduta tomada ao longo do seu cumprimento, para apresentação à Corte. Todas estas exigências deverão ser cumpridas, a fim de que se considere observado o devido processo legal, sob pena de exclusão da evidência proveniente da medida.

No que diz respeito à revisão *ex post*, igualmente o sistema norte-americano não parece ter muitos mecanismos para sua implementação. Em relação a outras medidas cautelares de busca de prova, os agentes estatais vêm-se obrigados a arquivar os documentos e inventários respectivos, a exemplo da busca e apreensão e das escutas telefônicas, o que não ocorre no que toca à gestão das informações provenientes de informantes em geral.

Por tais razões é que a exigência aos promotores de justificativa por escrito de suas principais decisões representará um passo importante para a problemática da falta de sindicabilidade *a posteriori* da atuação destes agentes oficiais no âmbito do *cooperation agreement*. Do mesmo modo, cultivar a rotina de documentar de maneira escrita seu processo decisório, com a manutenção dos respectivos registros, constituirá condição *sine qua non* para a supervisão sistemática do mérito dos atos ministeriais, no que tange à verificação do cumprimento eficiente dos papéis exercidos pelo órgão acusatório e ao exame da conformidade formal de sua atuação, levando-os a uma política corporativa de auto-policiamento.

Neste aspecto, o método de registro da negociação a ser adotado deverá ser cuidadosamente avaliado, pois seja a simples anotação seja a gravação eletrônica, audiovisual ou não, poderão ter impactos psicológicos diferenciais no informante. Deveras, a forma de registro escolhida poderá representar relevante mecanismo de prevenção de erros judiciários, ao transmitir a mensagem à testemunha de que esta deverá ser cuidadosa em sua narrativa, pois haverá meios de imputar-lhe a responsabilidade, em caso de deliberada perversão do depoimento.

²⁵⁵ “O direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, casas, papéis e pertences, contra buscas e apreensões não razoáveis, não deve ser violado e nenhum mandado deve ser emitido, mas por causa provável, apoiado por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas”.

Esta prática de documentar os atos do Ministério Público permitirá inclusive o melhor exercício da ampla defesa, já que os defensores terão maiores condições de manusear meios recursais no âmbito interno daquele órgão²⁵⁶.

No campo de outras propostas para minimizar as consequências negativas do excesso de discricionariedade ministerial no processo norte-americano, destaca-se a adoção de políticas formais, ao invés de meros costumes e praxes administrativas, que veiculem critérios uniformes e seguros para a seleção dos informantes e para a avaliação objetiva do valor da informação prestada, marcadores de confiabilidade, parâmetros para a condução de interrogatório, condutas de negociação e de concessão de benefícios e a necessidade de realização de investigações adicionais, em prol da corroboração dos relatos.

A falta de limite do número de cooperadores utilizados pelo Estado num caso também é apontado como fator problemático na garantia de um processo penal equilibrado, razão pela qual é considerado prudente limitar numericamente a quantidade de réus que podem ser recompensados com reduções de sentença para impor um custo aos promotores e, assim, incentivá-los a usar menos cooperadores²⁵⁷.

Além disso, a exigência de registro formal de todas as comunicações travadas com a testemunha também deve ser generalizada para qualquer gabinete do Ministério Público, com a existência de um arquivo central, que contenha inclusive memorandos que registrem a *ratio decidendi* para um promotor ofertar um acordo de cooperação a determinado agente, bem como os resultados da colaboração, ainda quando mal-sucedidos por força de falso testemunho etc²⁵⁸.

Conforme registra Thaman, embora presumivelmente sejam documentos públicos, o promotor pode postular a aplicação de sigilo judicial, a ponto de sequer os acordos de cooperação serem registrados nos tribunais, e em alguns distritos até a confissão negociada só será presumidamente um documento público quando retiradas quaisquer menções a um acordo de cooperação²⁵⁹. Até mesmo as vítimas, que têm o direito estatutário de serem notificadas sobre todos os eventos judiciais significantes em relação ao seu caso²⁶⁰, sofrem com tal prerrogativa ministerial, uma vez que não receberão informações quando se trata de um *cooperation agreement*.

²⁵⁶ BIBAS, Stephanos. *Op. cit.*, p. 962.

²⁵⁷ KNIZHNIK, Shana. *Op. cit.*, p. 1753.

²⁵⁸ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, pp. 794-796.

²⁵⁹ THAMAN, Stephen. *Op. cit.*, p. 269.

²⁶⁰ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, pp. 762-763.

Muitas vantagens derivam da criação de uma norma cogente que exija a formalização por escrito de todos os incentivos feitos para uma testemunha cooperante, diante da baixa densidade normativa de regras de ética profissional que porventura concitem os promotores à divulgação dos estímulos conferidos para a produção de tal prova.

Caso se tornasse imperativa a boa prática de reduzir por escrito todos os termos dos acordos selados com testemunhas cooperantes, de maneira que a estas expressamente reconhecessem que o documento escrito representa o único acordo entre as partes, quaisquer garantias orais anteriores (ou posteriores) feitas por agentes do governo acabariam por ser substituídas e vinculadas pelo instrumento escrito. Ademais, seria possível evitar a natural ambivalência na interpretação de certas condutas das autoridades governamentais, no contexto de reuniões e audiências, que não contam com a presença da defesa (a exemplo dos incentivos por “piscadelas ou acenos”).

A implementação de tal programa de reformas no âmbito da atuação do Ministério Público contribuirá para um *disclosure* mais efetivo e para uma cultura corporativa de *accountability*, com melhoria qualitativa dos resultados obtidos, na medida em que os promotores terão mais condições de avaliar o uso de testemunhas cooperantes, no que diz respeito à confiabilidade da prova manejada nos autos e à própria contraprestação que recebem (crimes elucidados, infratores condenados etc.).

6. A corroboração probatória e a prevenção de erros judiciários no âmbito da valoração do depoimento do colaborador

Erros judiciários podem ocorrer sempre e em todo sítio, mas nem sempre acontecem com a mesma frequência: condenações equivocadas podem ser resultado de certas características do sistema criminal, que aumentam o risco de haver erros²⁶¹, mais do que da mera inabilidade dos atores do Estado. Desta forma, não se pode achar que os erros judiciários se devem apenas à improficiência dos agentes estatais, nem que é um risco normal que devemos correr.

Nesta problemática, portanto, o sistema jurídico desenvolvido em determinada nação será crucial para se perceber a maneira como se lida com o erro e as provas não confiáveis, bem como a forma adotada para se controlar o risco de condenações equivocadas, independentemente da ocorrência de fatores circunstanciais (como defesas desqualificadas e negligentes, ou quando os agentes da lei apresentam condutas temerárias ou desonestas etc.)²⁶².

Um aspecto, por exemplo, que certamente interfere na afluência de erros judiciários diz respeito à menor margem, no âmbito do sistema acusatório, para negócios processuais similares ao *plea bargaining*, uma vez que ali as partes não costumam ter liberdade para escolher qual “verdade” parcial cada uma levará a juízo. A considerar, portanto, que as figuras análogas ao *plea*, em regra, serão aplicadas aos casos de menor gravidade, os erros judiciários insurgentes frequentemente ocorrerão em procedimentos sumários, o que provavelmente explica porque as revisões de sentenças criminais no sistema europeu acontecem mais frequentemente quando em jogo delitos menores, e menos frequentemente em crimes mais graves²⁶³.

Ao rever-se casos em que foi reconhecida a existência de erro judiciário no período de dez anos, descobriu-se que as condenações equivocadas baseadas em falsas interpretações sobre os fatos, no sistema continental, dizem respeito quase que exclusivamente a acordos processuais em que não houve a instrução probatória convencional por parte do Ministério Público, a exemplo de réus confundidos com

²⁶¹ KILLIAS, Martin. Errors Occur Everywhere—But not at the Same Frequency: The Role of Procedural Systems in Wrongful Convictions. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013, p. 62.

²⁶² THAMAN, Stephen C. *Op. cit.*, p. 272.

²⁶³ KILLIAS, Martin. *Op. cit.*, p. 66.

homónimos, laboratórios que atribuíram análise de sangue à pessoa errada ou problemas mentais não identificados previamente nos acusados²⁶⁴. Nos Estados Unidos, portanto, não se surpreende que muitos erros judiciários relacionem-se à admissão de culpa numa negociação em que o réu tentou evitar penas mais longas.

Embora consistam em figuras jurídicas diversas, perceber os efeitos dos incentivos ao *plea bargaining* e os riscos de erros judiciários deles decorrentes permitirá uma compreensão mais segura dos perigos relacionados, por sua vez, ao *cooperation agreement*²⁶⁵.

Neste aspecto, não há fonte definitiva de dados sobre a extensão do uso de colaboradores em investigações e procedimentos criminais, nem sobre o tipo de pagamento ou incentivos concedidos em geral, ou sobre o percentual de casos em que os informantes são utilizados para assegurar uma condenação nos Estados Unidos.

Muitos estudos nas duas últimas décadas, contudo, têm revelado que o falso testemunho de informantes é um dos principais fatores para a geração de condenações equivocadas, ao lado das falsas confissões, do erro na identificação por testemunhas oculares e de falhas em provas técnicas periciais²⁶⁶. Em estudo realizado no *Innocent Project*, da *Cardozo Law School*, observou-se que em 67 casos nos quais houve condenação equivocada de réus, com subsequente absolvição decorrente de DNA, o falso testemunho obtido por um informante do Estado contribuiu para o erro judiciário em 21% dos casos²⁶⁷. De acordo com outra pesquisa, o falso testemunho de informantes é o principal fator associado a condenações injustas em casos de pena capital, bem como representa um importante motivo para condenações injustas em casos de penas não capitais²⁶⁸.

De acordo com Knizhnik²⁶⁹, no projeto “*The National Registry of Exonerations*”, da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, em que são

²⁶⁴ KILLIAS, Martin. *Op. cit.*, p. 67

²⁶⁵ KNIZHNIK, Shana. *Op. cit.*, p. 1735.

²⁶⁶ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, p. 738. No mesmo sentido, Garret: “*Each of the types of evidence discussed - jailhouse informant testimony, confession testimony and eyewitness testimony - share a common problem. The jury may hear confident witnesses describing seemingly powerful evidence, but they cannot tell how police and prosecutors may have shaped the testimony, even inadvertently*” (GARRETT, Brandon L. Trial and error. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013, p. 89).

²⁶⁷ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1139.

²⁶⁸ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, p. 744.

²⁶⁹ KNIZHNIK, Shana. *Op. cit.*, p. 1746.

analisadas todas as revisões criminais conhecidas dos Estados Unidos desde 1989, observou-se que dentre os 83 (oitenta e três) processos criminais federais que resultaram em revisões (*exonerations*), 48 (quarenta e oito) envolveram perjúrio ou falsa acusação. Neste universo, 14 (quatorze) processos envolviam especificamente um cúmplice do absolvido (ou uma pessoa que poderia ter sido acusada como co-arguida), o qual realizara uma confissão que implicava o sujeito beneficiado com a absolvição. Este arquivo não apresenta dados definitivos sobre se aqueles que testemunharam falsamente foram inscritos como *accomplices*, contudo as informações qualitativas fornecidas para os casos individuais sugerem que na grande maioria das revisões criminais decorrentes da existência de perjúrio ou falso testemunho, a testemunha recebeu um benefício substancial em troca de seu depoimento.

O testemunho do informante também é a única das quatro classes de evidências associadas a condenações injustas (quais sejam, confissões, identificação criminal por meio de testemunha ocular, ciência forense e informantes), que não está sujeita de maneira universal a uma sistemática verificação judicial, capaz de fornecer alguma triagem antes da fase de apresentação de provas ao júri, ou de conferir alguma responsabilidade e *feedback* aos agentes da lei sobre a confiabilidade da prova. Neste aspecto, as confissões estão sujeitas aos *Miranda rights*, após o Caso *Miranda v. Arizona*; as identificações de agentes criminosos estão sujeitas à revisão de confiabilidade de acordo com o Caso *Manson v. Brathwaite* e alguns padrões estaduais mais rigorosos; e o testemunho forense de especialistas está submetido a sindicância, segundo critérios elaborados nos casos *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* e *Frye v. United Estados*²⁷⁰.

O uso de declarações testemunhais provenientes de criminosos, mediante mecanismos como o *cooperation agreement*, pode aumentar substancialmente a quantidade de erros judiciários, devido ao incremento de riscos para o conhecimento dos fatos, diante de todos os fenômenos até aqui tratados. Uma desconfiança epistêmica, pois, diante deste fenômeno, é conduta de imperativa prudência, como uma lógica de redução de danos, mediante a adoção de algumas ferramentas de controle.

²⁷⁰ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, p. 745.

No Capítulo 4 abordou-se como o contraditório e o direito ao confronto pode ser materializado como uma garantia epistemológica do processo, na medida em que a dialética proporcionada é capaz de estabelecer algumas condições mínimas para um *fair trial*, não obstante as limitações inescapáveis neste processo. A partir do que foi explanado até agora, é prudente concluir que a atividade das partes não pode ser enquadrada nesta perspectiva epistêmica sem muitos dilemas, já que o processo deverá ter como finalidade a busca da verdade, independentemente da atividade defensiva das partes.

No presente capítulo será estudada outra ferramenta que pode auxiliar a prevenção dos riscos epistêmicos na colaboração processual com cúmplices, no contexto das medidas de verificação da fiabilidade da prova²⁷¹ e do consequente controlo sobre a admissibilidade ou a valoração dessas provas: a corroboração.

A exigência de fundamentação da decisão judicial, com a exposição das razões que justificam o juízo sobre os fatos, a fim de permitir a análise do processo lógico que lhe subjaz, resulta na sua real força do convencimento. A simples enunciação dos resultados da colheita de provas, com a mera declaração do fato pelo autor do processo, seguida da confirmação ou rejeição pelo órgão julgante de determinada tese, não é suficiente, quando se quer afastar um quadro impressionista e emocional da livre convicção judicial²⁷².

Com a adoção massiva do princípio do livre convencimento judicial na maioria dos sistemas jurídicos do Ocidente, a fiscalização sobre a interpretação dos fatos, no momento da valoração da prova, passou a ser foco de permanente preocupação, a fim de se evitar o arbítrio irracional e voluntarista do juiz. Por isto que o legislador e o Judiciário, em vários sistemas, foram ou estão a ser diuturnamente convocados, para firmar balizas do caminho em direção à descoberta da verdade.

²⁷¹ Não se desconhece a distinção que alguns teóricos imprimem aos conceitos de *credibilidade* e de *fiabilidade*: “O termo fiabilidade guarda conexão com a força que possui uma prova em um viés ou estado objetivo e racional para sustentar determinada hipótese, a partir de fatores independentes que podem ou não se encontrar aprioristicamente integrados à própria prova (fiabilidade externa) ou à análise lógica interna de uma narrativa (fiabilidade interna). A expressão credibilidade possui um cariz subjetivo, porquanto tal locução pode se relacionar à confiança psicológica que inspira uma fonte de prova ou à impressão subjetiva sentida pelo julgador durante o processo de recepção e formação do elemento de prova” (SALGADO, Daniel de Resende. *A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, pp. 352-353).

²⁷² SEIÇA, António Alberto Medina de. *O conhecimento probatório do co-arguido*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 203.

Longe de representar uma nova roupagem do sistema de provas tarifárias ou de se exigir adesão automática do julgador a resultados definitivos, independentes da produção concreta da prova, muitas vezes tais balizas surgem como regras probatórias negativas, que ora limitam a admissão ou assunção da prova, ora atenuam o valor persuasivo de alguns elementos probatórios²⁷³.

Sob uma perspectiva liberal de apreciação das provas, contudo, não se justificaria de antemão limitar o valor probatório de certas evidências (v.g., das declarações do co-arguido), a ponto de considerá-las prova subsidiária ou de hierarquia inferior às demais. Isto representa franquear ao juiz natural da causa a prerrogativa de atribuir o valor que mais lhe aprouver, no caso concreto, às manifestações e demais elementos de prova apresentados pelo colaborador criminal, por exemplo, sem que a lei lhe conceda um valor legal especial, negativo ou positivo.

Sobre esse tema, digno de nota é o Ponto 16.6, dos Princípios de Processo Civil Transnacional, desenvolvidos pelo *American Law Institute* e *International Institute for the Unification of Private Law*²⁷⁴, que propugna a livre avaliação da prova pelos tribunais e que não se atribua um valor prévio injustificado a determinada prova, de acordo com o seu tipo ou fonte:

16. Access to Information and Evidence

16.1 Generally, the court and each party should have access to relevant and nonprivileged evidence, including testimony of parties and witnesses, expert testimony, documents, and evidence derived from inspection of things, entry upon land, or, under appropriate circumstances, from physical or mental examination of a person. The parties should have the right to submit statements that are accorded evidentiary effect.

[...]

16.6 The court should make free evaluation of the evidence and attach no unjustified significance to evidence according to its type or source.

Embora se trate de norma de direito internacional de natureza processual civil, destinada a criar uma maior convergência entre os ordenamentos jurídicos na generalidade dos relacionamentos em matéria comercial e civil, é possível transpor tal inteligência para a órbita do processo penal, quando se identifica que há uma principiologia geral que inspira a avaliação judicial da prova no Direito. Neste aspecto, o que o Ponto 16.6, dos Princípios de Processo Civil Transnacional, defende é que

²⁷³ SEIÇA, António Alberto Medina de. *Op. cit.*, p. 191.

²⁷⁴ UNIDROIT. *Unidroit Principles Of Transnational Civil Procedure*. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles/>. Acesso em: 4 fev. 2022.

não se deve atribuir um valor especial, seja negativo seja positivo, aos elementos de prova relevantes ao processo, a exemplo das declarações das partes, devido ao seu interesse pessoal no deslinde da causa, embora o Judiciário, ao avaliar a evidência, possa levar em consideração tal tipo de interesse e ainda cada sistema jurídico possa criar estratégias que amenizem o impacto disto na administração de provas em julgamentos com jurados (P-16I)²⁷⁵.

Esta exegese é possível de ser compatibilizada com os princípios do processo penal que informam a maneira de se realizar a dosimetria das provas hodiernamente, máxime em sistemas processuais em que se abandonou o regime de prova tarifada, com esquemas prévios de apreciação da prova²⁷⁶. É de se destacar que o contributo probatório do saber das partes é plenamente admitido diante dos princípios seguidos amplamente, seja no sistema *common law* seja no *civil law*, da oralidade e da imediação, este aqui compreendido como a relação de proximidade comunicante entre a Corte e os participantes do processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que funcionará como base da sua decisão²⁷⁷.

Por outro lado, fiscalizar se a narrativa factual apresentada pela testemunha corresponde à verdade histórica é importante ferramenta para a efetiva liberdade na apreciação das provas, a fim de se evitar arbitrariedades casuísticas, dependentes das idiosincrasias de cada juiz. Isto torna-se ainda mais relevante, quando se trata de valorar as declarações do co-arguido que resolve colaborar com o Estado, uma vez que este, mais do que uma testemunha com possível motivo para contar mentiras sobre um inocente acusado, é alguém que tem capacidade para convencer que suas mentiras são verdades, devido a sua condição de *insider* na empreitada criminoso²⁷⁸.

²⁷⁵ UNIDROIT. *Unidroit Principles Of Transnational Civil Procedure*. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles/>. Acesso em: 21 fev. 2022.

²⁷⁶ Conforme ensina o Professor Paulo Sousa Mendes, o sistema da prova livre, além de refletir planos tão distintos como aqueles que hesitam entre as linguagens especializadas e a linguagem comum ou que inter-relacionam a assunção de um vínculo normativo e a prossecução de uma exigência cognitiva, é também um símbolo da modernidade, pois antecipa duas características típicas do espírito moderno, quais sejam, a abertura à experiência e a autonomia do observador. Contudo, a íntima convicção e a prova livre correm o risco de implicar arbitrariedade das decisões, sobretudo se a lei não exigir que o julgador preste contas sobre como formou a sua convicção (MENDES, Paulo de Sousa. *A prova penal e as regras da experiência*. In: Aa.Vv. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. III, Coimbra: Coimbra Ed., 2010, p. 118).

²⁷⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 232.

²⁷⁸ SEIÇA, António Alberto Medina de. *Op. cit.*, p. 211.

Na tarefa de avaliar a prova testemunhal para tais fins, vários planos de análise importarão: se o declarante falou a verdade atestando ter a percepção apresentada em seu depoimento; se tal percepção foi narrada de maneira exata; e se a percepção que a testemunha teve e foi apresentada em juízo tem respaldo em algum fato efetivamente ocorrido²⁷⁹.

Como controlar o conteúdo dos diversos relatos feitos pelo colaborador ao longo de todo o processo de negociação? Como saber se o Ministério Público foi ou não exigente na seleção do material probatório que lhe pareceu interessante para confirmar a hipótese acusatória, deixando de exibir ou descartando provas que pudessem, por exemplo, infirmar a hipótese de culpa?

Com efeito, é possível valer-se de alguns meios diversificados de fiscalização da veracidade da declaração trazida aos autos, de modo a reduzir a margem de erro do julgador. Oreste Dominioni²⁸⁰, por exemplo, apresentou o seguinte catálogo de técnicas de verificação das declarações dos *pentiti* (cúmplices arrependidos que resolvem em determinado momento colaborar com o Estado, no regime italiano).

Primeiramente aquele autor tratou da técnica da contra-prova (*riprova*), que consiste em obter uma prova diferente da declaração da testemunha, que permita a representação do mesmo fato, mas por outro meio, de maneira que a narrativa factual passe pelo crivo de duas fontes probatórias autônomas que mutuamente se confirmam.

Algumas dificuldades lógicas podem ser opostas naturalmente a este método, como a pretensa inutilidade de uma das provas apresentadas (uma vez que a outra é suficiente para demonstrar o fato contido na declaração). Ademais, a configurar-se como nova a segunda prova, logicamente esta também exigiria ulterior comprovação, o que gera um problema capaz de reproduzir-se infinitamente²⁸¹. Contudo, como bem observado por Seiça, a existência de tal técnica ainda se justifica porque o que importa neste campo é o convencimento e a segurança do juiz acerca de determinada representação histórica, além de que representaria uma máxima de experiência a avaliação de um fato por meio de duas provas independentes, em verificação cruzada, por apresentar maior credibilidade²⁸².

²⁷⁹ SEIÇA, António Alberto Medina de. *Op. cit.*, p. 199.

²⁸⁰ *Idem*, pp. 199-201.

²⁸¹ *Idem*, p. 199.

²⁸² *Idem*, p. 200.

Em segundo lugar, aquele autor citou a técnica da corroboração (*riscontro*), método de verificação da prova que não tem por objeto o conteúdo central da declaração probatória (como ocorre na *riprova*, em que há dois meios de prova independentes para afirmar o *mesmo* enunciado fático). Na corroboração, há apenas fatos de cuja existência é possível concluir que o autor de uma certa declaração probatória se fundamentou na realidade dos acontecimentos. O elemento de corroboração, assim, consiste num fato diverso, não coincidente, com aquele que é o tema principal do processo e nem permite a dedução direta deste.

A existência do fato corroborante, em última análise, está numa relação de indiferença com a existência do fato corroborando. Contudo, diante da realização do fato corroborante, deduz-se que o sujeito que afirmou o fato corroborando disse a verdade. É o caso, segundo o exemplo didático de Seïça²⁸³, de uma testemunha que narra um fato, por meio da revelação de algumas circunstâncias particulares, as quais, se forem demonstradas como verídicas, só podem ter sido apreendidas juntamente com o fato que constitui o objeto principal do processo; deste modo, mediante um outro meio de prova, estabelece-se a existência daquela circunstância (fato corroborante) e daqui deduz-se que a testemunha disse a verdade em relação ao tema histórico do processo (fato corroborando).

Em terceiro lugar, Dominioni aborda o exame das características intrínsecas da estrutura da declaração. Isto é, o controle de veracidade neste campo é exercido sobre a fisionomia do conteúdo narrado, a fim de se examinar a sua credibilidade. Tal análise será realizada mediante a observação de fatores como a espontaneidade e a tempestividade da declaração, a sua constância e coerência interna, bem como a completude e a compatibilidade com outros elementos probatórios²⁸⁴.

Em quarto lugar, o autor indica a verificação das características do declarante, isto é, quando a sindicância ocorre sobre o próprio declarante, a fim de se analisar a

²⁸³ SEIÇA, António Alberto Medina de. *Op. cit.*, p. 200.

²⁸⁴ Com apoio na jurisprudência italiana, assim explicita BADARÓ acerca do controle sobre a valoração dos “elementos intrínsecos objetivos” da declaração do co-arguido: “Entre os elementos intrínsecos objetivos destacam-se a firmeza, a constância e a especificidade lógica da declaração. # Por logicidade deve se entender a sua coerência interna e uma racional colocação no mosaico dos fatos narrados no processo. # O conteúdo da declaração também deve seja articulado, isto é, exige-se uma narrativa rica em particularidades e especificidades, que permitam o controle de seu conteúdo através de fatos objetivamente verificáveis. Além da articulação, exige-se, ainda, a univocidade: a declaração consistir em palavras e locuções que não sejam ambíguas ou suscetíveis de significados diversos” (BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, *Consulex*: 19(443), 2015, p. 28).

credibilidade da sua pessoa, a considerar a sua personalidade, antecedentes criminais²⁸⁵, conduta social etc.

O referido catálogo de Dominioni é apresentado como em ordem decrescente de objetividade, o que sugere que as técnicas da contra-prova e da corroboração seriam as preferíveis, como método de fiscalização da veracidade da declaração testemunhal.

O emprego de qualquer um destes métodos, por outro lado, não é um ato mecânico. Isto porque a aptidão persuasiva ou demonstrativa de determinada prova, em última análise, é testada por meio da concretização de algumas regras de experiência: com efeito, quando se atesta a capacidade persuasiva de uma declaração, porque seu conteúdo é confirmado por outro meio de prova autônomo, está-se a exprimir a regra de experiência de que um fato demonstrado por mais de uma prova é verdadeiro. Ou quando se examina a estrutura de determinada declaração testemunhal também se expressam múltiplas regras de experiência, como a de que as narrativas espontâneas e coerentes são mais confiáveis²⁸⁶.

Na colaboração processual do co-arguido, apesar de inexistir obstáculo moral e epistemológico para sua valoração, visto que nada impede que as referidas declarações sejam verdadeiras e representem relevante significado para a busca da verdade, naturalmente realizar-se-á a máxima de experiência de que a informação probatória dos cúmplices criminais, na parte em que se refere aos corréus, deve ser rodeada de particular dúvida. A técnica da corroboração, portanto, pode representar

²⁸⁵ Ao analisar tal aspecto de avaliação sobre as declarações do colaborador criminal, no âmbito do Direito italiano, Mendonça aponta a necessidade de *cum grano salis* examinar-se a questão dos antecedentes criminais do declarante, sob pena de se inutilizar o próprio instituto, nestes termos: *“Nesta linha, o primeiro aspecto - ‘quem está falando’ - deve ser bem compreendido. Ao se avaliar a pessoa do colaborador, não se pode focar nos antecedentes criminais do agente. Isto porque a colaboração premiada, pela sua própria essência e finalidade, é firmada com agentes que possuem longa atividade delitativa e integraram organizações criminosas por longos anos. Como afirma o Magistrado Stephen Trott, crimes não são cometidos no céu e, por isto, nem sempre anjos serão testemunhas. Portanto, além de não ser impeditivo para a realização de colaboração premiada que o réu tenha envolvimento progressivo com o crime, os antecedentes genéricos do agente não podem ser utilizados pelo magistrado para retirar valor à palavra do colaborador. O que o magistrado deve valorar são eventuais antecedentes do agente no tocante a outros testemunhos já prestados ou questões que possuem alguma pertinência temática com o objeto do feito (se já mentiu anteriormente, por exemplo)”* (MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 342).

²⁸⁶ SEIÇA, António Alberto Medina de. *Op. cit.*, pp. 199-201.

importante elemento integrador da livre apreciação deste tipo de prova, a fim de que a valoração pelo juiz possa ser considerada mais segura²⁸⁷.

A técnica da corroboração probatória não apresenta aplicação uniforme nem mesmo entre países da mesma tradição jurídica, contudo é possível elencar alguns elementos de concordância entre no regime adotado nas nações mais inclinadas ao modelo *Common Law*, quando comparado com aquele empregado nos países de *Civi Law*.

No *Working Paper 115*, registra-se a origem das primeiras regras de corroboração, para aplicação nos casos de depoimentos de cúmplices criminosos, quando havia alguma promessa de imunidade ou outro tipo de graça, a depender do desempenho do declarante (o que contava, pois, com natural descrédito por parte dos juízes). Não havia, contudo, nenhuma regra mandatória dirigida às partes ou aos próprios juízes, para que exigissem a corroboração de provas, havendo indícios do aparecimento de tal espécie de regra apenas por volta de 1750, com o lançamento das bases fundamentais para implementação da regra entre 1784 e 1788, a partir dos casos *Smith vs. Davis* e *Atwood vs. Robbins*, respectivamente²⁸⁸.

Durante alguns séculos, o tema evoluiu da ausência de advertência aos jurados sobre a qualidade do depoimento, e da conseqüente possibilidade de condenação de réus com base unicamente no depoimento não-corroborado de cúmplices, para a obrigatoriedade de referida advertência, ao se exigir do juiz togado a instrução ao júri para ter cautela na análise desse tipo de prova²⁸⁹. Contudo, a partir do *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, passou a ser discricionário ao juiz alertar o júri sobre a necessidade de corroboração de depoimentos de testemunhas, por meio da abolição expressa da obrigatoriedade de tal espécie de controle²⁹⁰.

²⁸⁷ SEIÇA, António Alberto Medina de. *Op. cit.*, pp. 205-206.

²⁸⁸ U.K. *Working paper 115. Law Commissions*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

²⁸⁹ HARTMANN, Stefan Espírito Santo. *O juízo de corroboração das declarações do corréu colaborador nos acordos de colaboração premiada*. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019, p. 73.

²⁹⁰ *Abolition of corroboration rules. (1) Any requirement whereby at a trial on indictment it is obligatory for the court to give the jury a warning about convicting the accused on the uncorroborated evidence of a person merely because that person is —(a) an alleged accomplice of the accused, or (b) where the offence charged is a sexual offence, the person in respect of whom it is alleged to have been committed, is hereby abrogated. U.K. Criminal Justice and Public Order Act 1994*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/section/32>. Acesso em: 29 abril 2022.

Segundo indicativos extraídos do direito britânico sobre como implementar a técnica da corroboração²⁹¹, o fato de um determinado elemento probatório confirmar, tornar provável, determinado testemunho não basta para torná-lo automaticamente capaz de ser corroborativo. Por outro lado, uma evidência que implica o acusado em um particular material pode ser capaz de corroborar o testemunho, ainda quando não se relacione com nenhuma parte das declarações. A evidência corroborativa não precisa estar relacionada ao incidente especificamente mencionado pela testemunha “suspeita”. Ademais, apontam-se duas condições necessárias para que uma evidência seja apta a corroborar.

Primeiramente esta deve ser proveniente de uma fonte independente, no sentido de que o fato corroborante deve ser alheio e não derivado da própria testemunha “suspeita” (isto é, uma testemunha não pode corroborar a si mesma, mediante, *v.g.*, um diário utilizado para refrescar sua memória). Em uma variação de tal inteligência, naquele sistema também não se recomenda a corroboração cruzada entre *accomplices*, no sentido de que os cúmplices não devem corroborar uns aos outros. Neste aspecto, há inclusive previsão de alerta ao júri, sobre tal espécie de vedação. Em contrapartida, quando a prova de um cúmplice é apoiada por evidência autônoma, proveniente de um cúmplice de outra infração, esta seria admissível por força do “princípio do facto semelhante”, sendo suscetível de corroborar.

Em segundo lugar, as provas comprobatórias devem relacionar o acusado à prática do delito (embora a evidência que implique o acusado não precise confirmar especificamente qualquer parte da narrativa da testemunha, que requer corroboração).

Em algumas circunstâncias, aceita-se também naquele sistema o fornecimento de corroboração pelo acusado, a exemplo de confissões extrajudiciais ou judiciais. Contudo, alguns cuidados são importantes, como em relação ao silêncio do réu ou a sua omissão em responder a certas perguntas ou em não mencionar um fato particular: tais condutas não podem, em regra, ser capazes de corroborar outras provas contra ele, ainda que agregada a outros elementos.

²⁹¹U.K. *Working paper 115. Law Commissions*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

Outra questão relevante para se configurar o âmbito de aplicação da corroboração diz respeito à extensão desta técnica a todos os aspectos fáticos da narrativa corroborada, isto é, a considerar que a narração testemunhal pode apresentar um quadro bastante multiforme e complexo de acontecimentos, a questão a ser definida é se a prova corroborante deve confirmar todos os pormenores do fato.

O mais razoável é pretender-se que a corroboração se estenda a cada episódio criminoso singular e a cada arguido em particular, na parte que efetivamente importa para fundamentar o decreto condenatório, mas não a todos os detalhes da narrativa do co-arguido. Isto porque não se está a buscar uma prova que revele os fatos controvertidos, mediante fonte independente, mas também não se permitirá a condenação motivada por declarações não lastreadas em verdadeiros elementos de confronto²⁹².

Neste aspecto, no *Working Paper 115* registrou-se que determinado elemento de prova, ao confirmar ou tornar mais provável o depoimento de uma testemunha, não bastará, sem mais, para torná-lo suscetível de corroboração; e, inversamente, as provas que implicam o acusado em um particular material podem ser capazes de corroborar o depoimento de uma testemunha, ainda que não se refiram especificamente a alguma parte de tal depoimento, visto que as evidências corroborativas não precisam estar relacionadas ao incidente ou incidentes específicos mencionados pela testemunha 'suspeita'²⁹³.

Um ponto polêmico acatado pelo direito britânico na configuração desta técnica é o princípio do "fato similar" ("‘*similar fact*’ principle"). Segundo este princípio, elementos de prova relativos a outros crimes praticados pelo acusado (em circunstâncias fáticas diferentes das descritas na denúncia, a exemplo de condenações criminais anteriores) são inadmissíveis, exceto quando a similaridade entre os casos supera a mera sugestão de que se trata de um réu com personalidade voltada para a criminalidade e seja um fator forte para indicar que a acusação dos autos é procedente. Neste caso, a prova da conduta realizada no caso diverso dos autos não precisará ser corroborada²⁹⁴.

²⁹² SEIÇA, António Alberto Medina de. *Op. cit.*, p. 222.

²⁹³ U.K. *Working paper 115. Law Commissions*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

²⁹⁴ *Idem*, p. 21.

Outra questão relevante diz respeito à possibilidade de os elementos corroborativos serem analisados separadamente (de modo que todos sejam graves, precisos e concordantes para confirmar as declarações) ou se bastaria uma análise global (ainda que algum destes elementos não fosse capaz de comprovar o alegado pelo colaborador, de maneira independente e autônoma).

O processo penal inglês adota a possibilidade de cumulação entre os elementos corroborativos²⁹⁵, o que nos parece a medida mais adequada, uma vez que apenas o exame conjunto destas evidências permitirá ao magistrado perceber de maneira mais realista a força probante do todo probatório que se encontra disponível nos autos, a considerar que a realidade dos fatos não é feita de conexões matemáticas e precisas de acontecimentos, mas muitas vezes de intercorrências fragmentárias, que precisam ser avaliadas de maneira racional, com todos os recursos disponíveis no processo para o juiz.

Sobre a espécie probatória do elemento corroborativo, se deve necessariamente possuir a natureza de determinado meio de prova (documental, testemunhal, pericial etc.), há uma tendência pacífica de se admitir a liberdade dos meios de corroboração, exceto no que tange à *mutual corroboration* ou corroboração cruzada, consistente na possibilidade de se corroborar determinado elemento de corroboração da declaração do co-arguido por meio de uma declaração de outro cúmplice.

Nos sistemas jurídicos que exigem a corroboração, tal questão nem sempre é resolvida de maneira unívoca, como ocorreu na história no Direito britânico, em que se vislumbram precedentes ora a excluir a corroboração cruzada, ora a admiti-la²⁹⁶, e no Direito italiano, em que atualmente doutrina e jurisprudência majoritárias aceitam a corroboração extrínseca baseada em declarações de co-arguidos, porque presente o elemento da alteridade no segundo elemento de prova²⁹⁷. Trata-se do princípio *liberta dei riscontri*, que recomenda admitir, em perspectiva geral e abstrata, que os dados exteriores à palavra do colaborador possam, em tese, ser de natureza ampla e variada²⁹⁸.

²⁹⁵U.K. *Working paper 115. Law Commissions*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

²⁹⁶SEIÇA, António Alberto Medina de. *Op. cit.*, p. 223.

²⁹⁷MENDONÇA, Andrey Borges de. *Op. cit.*, p. 270.

²⁹⁸HARTMAN, Stefan Espírito Santo. *Op. cit.*, p. 156.

A nós parece que a melhor solução é evitar a praxe da corroboração cruzada, na linha do percurso de segurança que se prescreve para a valoração das presunções de fato e dos indícios, de que estejam acreditados por prova direta. Assim, adotar-se-ia em concreto uma medida de segurança do juízo contra conluio entre corréus, o que não significa contudo, vedá-la absolutamente. Esta também foi a posição privilegiada no *Working Paper 115*, da *Law Commission*²⁹⁹.

A sua admissão excepcional estaria justificada apenas diante da natureza especial da narrativa do caso e devido às características da empreitada criminosa que constitui o objeto da prova, a depender essencialmente da declaração de co-arguidos como único meio de revelação de sua dinâmica.

Por outro lado, a demonstrar-se a pluralidade de fontes das declarações, embora todas provenientes de cúmplices, ou seja, a independência das informações probatórias veiculadas por cada co-arguido, a corroboração cruzada poderá apresentar-se como técnica fiável de controle da veracidade do material probatório ofertado pelo colaborador processual. Máxime diante de um ponto de vista epistemológico que apenas exclui o conhecimento probatório quando presentes circunstâncias lógicas ou morais que o torne espúrio para a busca da verdade.

Presente a regra da corroboração, logo vê-se que a prova não se torna livremente valorável, à semelhança do que ocorreria com os indícios probatórios, os quais não têm uma eficácia probatória inferior à dos demais meios de prova. Neste sentido, tais indícios podem ser considerados suficientes pelo juiz para justificar o acerto de um fato controvertido, sempre que este for substancial e significativamente baseado em uma inferência logicamente atendível, conforme regras de experiência, e poderá ser produzido e valorado globalmente, ao lado de outros meios de prova e máximas de experiência³⁰⁰.

A corroboração representa, nesta quadra, uma limitação à valoração da prova, uma espécie de derrogação do princípio da livre apreciação judicial, uma vez que se impede que o testemunho do co-arguido seja considerado suficiente para

²⁹⁹U.K. *Working paper 115. Law Commissions*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2022.

³⁰⁰MARQUES, João Paulo Remédio. A aquisição e a valoração probatória de factos (des)favoráveis ao depoente ou à parte chamada a prestar informações ou esclarecimentos. *Julgar*, 16(1), 2012, pp. 137-172, p. 151. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2012/01/07-DEBATER-A-aquisi%C3%A7%C3%A3o-e-a-valora%C3%A7%C3%A3o-probat%C3%B3ria-de-factos-desfavor%C3%A1veis.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2022.

motivar a sentença; afasta-se do convencimento do juiz determinadas declarações de prova, porque provenientes do cúmplice criminal, quando estas forem as únicas provas disponíveis e estiverem desacompanhadas de outros elementos idôneos para confirmá-las³⁰¹.

O que ocorre na corroboração, no fim das contas, é a ampliação do itinerário probatório de indícios, iniciado pelas declarações do cúmplice, diante da conexão entre os fatos-base veiculados pelo *accomplice* e pelo núcleo da acusação, por meio de juízos de probabilidade e presunções de fato (naturais, *hominis* ou judiciais). O fato básico corroborante terá de ser provado, como também deverá se estabelecer um vínculo racional entre este fato e o corroborando. Ademais, tal exame será realizado paralelamente à análise de todo o acervo produzido em sentido contrário, mediante o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Em relação à natureza jurídica do instituto da corroboração, não há como descrever uma única via de resposta, visto que tudo dependerá do tipo de condicionante que o legislador ou os tribunais atribuirão ao fato corroborante (e a sua extensão). Tal questão será resolvida basicamente de acordo com a finalidade que o sistema jurídico resolve atribuir ao juízo de corroboração.

Quando configurada a corroboração como requisito de admissibilidade da prova, a sua exclusão processual será decorrência lógica de não se apresentar em juízo o elemento de confirmação da prova. Deste modo, impede-se a própria valoração da declaração, quando não apresentados prévios elementos de confirmação externos. Fala-se, neste aspecto, da necessidade de se analisar de maneira prévia e não perfunctória se há elementos corroborativos nos autos, em uma espécie de cognição sumária: basta que o juiz verifique se tais elementos preenchem *aparentemente* certo grau de confirmação dos fatos controvertidos nos autos³⁰², já que a apreciação exhaustiva sobre a relação entre a prova corroborante e objeto a ser corroborado será realizada por ocasião do julgamento final.

O impedimento preventivo ao julgador do testemunho potencialmente perigoso, caso não demonstrada previamente a existência de corroboração no processo, constitui uma solução profilática adotada de maneira particular nos sistemas de jurados e, naquele contexto, no regime do *hearsay*, conforme já tratado

³⁰¹ SEIÇA, António Alberto Medina de. *Op. cit.*, p. 218.

³⁰² HARTMAN, Stefan Espírito Santo. *Op. cit.*, p. 178.

no Capítulo 5 deste trabalho³⁰³. Este mecanismo de proibição de julgamento, contudo, não se limitou historicamente à *hearsay rule*, tendo se evidenciado tal lógica também na proibição preventiva do testemunho do cúmplice, quando não era apresentada prova corroborativa, segundo estudos de Langbein em práticas judiciais datadas de 1764, medida que oscilou para a solução de audiência prévia do co-arguido, e apenas posterior exame sobre a existência da corroboração, para então se determinar se o depoimento seria ou não atendível³⁰⁴.

Configurar a corroboração como regra de admissibilidade das declarações advindas do cúmplice seria semelhante ao que foi implementado nos Estados Unidos em relação à confissão. De acordo com a Regra 104 do *Federal Rules of Evidence*, o juiz deve decidir questões preliminares, que incluem, por exemplo, a admissibilidade de certas provas. A regra 104(c), em particular, estabelece a realização de uma audiência para se verificar a voluntariedade da confissão e o respeito aos requisitos estabelecidos no caso *Miranda vs. Arizona*, que deverão ser examinados fora da presença do júri:

Rule 104. Preliminary Questions (a) IN GENERAL. The court must decide any preliminary question about whether a witness is qualified, a privilege exists, or evidence is admissible. In so deciding, the court is not bound by evidence rules, except those on privilege. (b) RELEVANCE THAT DEPENDS ON A FACT. When the relevance of evidence depends on whether a fact exists, proof must be introduced sufficient to support a finding that the fact does exist. The court may admit the proposed evidence on the condition that the proof be introduced later. (c) CONDUCTING A HEARING SO THAT THE JURY CANNOT HEAR IT. The court must conduct any hearing on a preliminary question so that the jury cannot hear it if: (1) the hearing involves the admissibility of a confession; (2) a defendant in a criminal case is a witness and so requests; or (3) justice so requires. (d) CROSS-EXAMINING A DEFENDANT IN A CRIMINAL CASE. By testifying on a preliminary question, a defendant in a criminal case does not become subject to cross-examination on other issues in the case. (e) EVIDENCE RELEVANT TO WEIGHT AND CREDIBILITY. This rule does not limit a party's right to introduce before the jury

³⁰³ HARTMAN, Stefan Espírito Santo. *Op. cit.*, p. 102.

³⁰⁴ Langbein aborda o debate sobre as origens da regra de corroboração no sistema britânico, divergindo de Wigmore sobre a sua natureza primitiva: "Wigmore thought that the corroboration rule dated from 1780s, the period when it appeared in the published law reports. Moreover, he insisted that it 'amounted to no rule of evidence, but merely to a counsel of caution given by the judge to the jury', which the jury 'might or might not regard...'. Wigmore was wrong on both points. The corroboration rule came into force in the 1740s, not the 1780s, and as a rule of exclusion, not a mere caution. The rule of caution that Wigmore encountered in the law reports of the 1780s embodied what amounted to an overruling of the earlier rule of exclusion" (LANGBEIN, John H., *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford: Oxford Studies in Modern Legal History, 2005, p. 202-203)

*evidence that is relevant to the weight or credibility of other evidence*³⁰⁵.

Para o cumprimento deste regramento, dois métodos são admitidos: no primeiro, a voluntariedade da confissão seria aferida apenas pelo juiz, sem a qual o júri não pode examiná-la; no segundo, o magistrado faz uma análise preliminar sobre a existência de voluntariedade e, de seguida, instrui aos jurados a rejeitarem a confissão, caso considerem que esta foi involuntária³⁰⁶.

Por outro lado, quando se compreende que a corroboração tem por objeto a valoração da prova, o instituto não será situado no âmbito da validade da prova, mas sim na eventual limitação legal à carga probatória necessária para se atestar a culpa no processo. Assim, no caso de declarações de corrêu colaborador sem corroboração não seria caso de considerá-las como prova inadmissível, com a correspondente medida de exclusão do processo, mas sim de prova válida, ainda que considerada insuficiente para fundamentar uma condenação.

Segundo Seiça, é suposto considerar a regra da corroboração como uma prova legal negativa, na medida em que o juiz somente pode condenar quando houver corroboração do objeto fático do processo por outros elementos probatórios. Por outro lado, o órgão julgador pode absolver livremente, ainda que tal prova tenha sido corroborada, quando existirem outros elementos capazes de infirmar ou de impossibilitar uma convicção para além de toda a dúvida razoável, acerca da veracidade da acusação³⁰⁷. Com efeito, a corroboração deve apresentar-se como

³⁰⁵ Em tradução livre: “Artigo 104. Questões preliminares (a) EM GERAL. A Corte deve decidir qualquer questão preliminar sobre a qualidade de uma testemunha, se existe algum privilégio ou se a prova é admissível. Ao decidir assim, o tribunal não está vinculado às regras de prova, exceto as relativas a privilégios. (b) RELEVÂNCIA QUE DEPENDE DE UM FACTO. Quando a relevância da prova depende da existência ou não de um facto, devem ser apresentadas provas suficientes para sustentar a conclusão de que o facto existe. O tribunal pode admitir a prova proposta na condição de a prova ser apresentada posteriormente. (c) CONDUZINDO UMA AUDIÊNCIA QUE NÃO PODE SER PRESENCIADA PELO JÚRI. O tribunal deve conduzir qualquer audiência sobre uma questão preliminar que não pode ser presenciada pelo júri se: (1) a audiência envolver a admissibilidade de uma confissão; (2) um arguido num processo penal for uma testemunha e assim o solicitar; ou (3) a justiça assim o exigir. (d) CROSS EXAMINATION DE UM RÉU NUM PROCESSO PENAL. Ao testemunhar sobre uma questão preliminar, um arguido num processo penal não fica sujeito a *cross examination* sobre outras questões do processo. (e) EVIDÊNCIA RELEVANTE PARA O PESO E CREDIBILIDADE. Esta regra não limita o direito das partes de apresentarem perante o júri provas que sejam relevantes para o peso ou credibilidade de outras provas”. U.S. *Federal Rules of Evidence*. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/Rules%20of%20Evidence>. Acesso em: 13 out. 2021.

³⁰⁶ SAVERDA, Christine J. *Op. cit.*, p. 801.

³⁰⁷ SEIÇA, António Alberto Medina de. *Op. cit.*, p. 219.

regra em prol da defesa e o acusado deve ser absolvido mediante base probatória que não esteja corroborada.

Se se configura como prova legal negativa, a corroboração delimita a eficácia dos elementos probatórios³⁰⁸.

Como se vê, o requisito da corroboração tem uma racionalidade epistêmica óbvia³⁰⁹. Contudo, a dimensão epistêmica não é a única base em que se assenta o processo e o tipo de corroboração exigido em determinado sistema dependerá, por sua vez, de uma decisão político-moral, isto é, do modelo de *standard* probatório adotado no caso concreto.

Portanto, para se chegar à conclusão que atribui a uma das conjecturas dos autos a categoria de fato provado, é necessário contar com um critério que nos indique a partir de que nível de corroboração considerar-se-á provada a hipótese. Isto porque a epistemologia jurídica apenas nos é útil para determinar o grau de probabilidade de que uma hipótese sobre os fatos seja verdadeiro, mas nada nos diz sobre o umbral a partir do qual essa probabilidade é suficiente para admitir como verdadeira a hipótese, de acordo com uma decisão de repartição dos riscos de erro no processo³¹⁰.

O conceito de *standard* de prova, pois, depende essencialmente da noção de corroboração da prova e também está sujeito à fisionomia geral de cada sistema jurídico³¹¹. Deveras, muitos problemas relativos à suficiência da prova testemunhal

³⁰⁸ Para melhor explicar o conceito de prova legal negativa, valemo-nos da explicação lançada por Badaró sobre o artigo 4º, §16, da Lei brasileira nº 12.850/2013, o qual determina que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador, nestes termos: “Não se trata, por óbvio, de um retorno ao sistema da prova legal, em seus moldes medievais, ‘com uma minuciosa predeterminação das características e do valor de toda a prova (e de todo o indício) e na sua classificação num sistema preciso de prevalências e hierarquias’. O que a lei estabelece, em tal dispositivo, não é determinar qual meio de prova ou quantos meios de prova são necessários para que um fato seja considerado verdade. Ao contrário, um regime de prova legal negativa determina que somente a delação é insuficiente para a condenação do delatado. O legislador não estabelece abstratamente o que é necessário para condenar, mas apenas, em reforço à presunção de inocência, o que é insuficiente para superar a dúvida razoável. Será necessário, portanto, que o conteúdo da colaboração processual venha corroborado por outras provas.”. BADARÓ, Gustavo H. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 4(1), 2018, pp. 43-80, p. 69.

³⁰⁹ LAUDAN, Larry. “Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica”. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 249.

³¹⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁSQUEZ, Cármen (ed.). *Estándares de Prueba y Prueba Científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 21-40.

³¹¹ Neste sentido, segundo Melim: “A evolução das diferentes tradições jurídicas corresponde a uma necessidade de adequação do direito às realidades sociais de cada momento histórico. Partindo de paradigmas distintos, o conjunto de soluções encontrado pelos diversos modelos articula-se necessariamente com uma herança pretérita. A emergência do conceito de standards de prova no

para provar os fatos partem de um quadro geral de indefinição dos *standards* de prova, mediante critérios sólidos e racionais³¹². Neste aspecto, em nome de ideologias peculiares e interesses metajurídicos, muitas decisões acabam por considerar provados certos fatos com grau de confirmação muito baixo, inclusive em casos em que naturalmente deveriam ser exigidos *standards* altos (“para além de toda dúvida razoável”), como no Direito Penal, mas, devido à circularidade, vagueza ou obscuridade destes critérios³¹³, não se estabelecem limites claros e objetivos no momento decisório, para a confirmação de que hipótese deverá sagrar-se vitoriosa.

Deste modo, ao adotar-se a corroboração como regra de suficiência da prova, o juiz somente poderá utilizar certa evidência no itinerário lógico da fundamentação para condenar, se for possível o seu confronto com outros elementos probatórios, cuja presença e capacidade para confirmar aspectos do fato em controvérsia sejam condição necessária para o manejo daquelas declarações na motivação da sentença³¹⁴. Isto implica que este instituto não conduz à eliminação da informação probatória à disposição do julgador. Com efeito, uma vez não corroborada, a evidência poderá servir para criar dúvida razoável neste mesmo julgador em relação à veracidade da hipótese acusatória. Por conseguinte, será apta a gerar uma absolvição com base no princípio *in dubio pro reo*.

Portanto, como regra que aponta para uma suficiência da prova, na corroboração estar-se-á diante de elementos adicionais independentes, que tendem a estabelecer a confiabilidade em determinada evidência (a exemplo de declarações do co-arguido), sem os quais não seria possível sustentar uma condenação *além de uma dúvida razoável*. Assim, sem provas corroborativas da declaração do cúmplice, o juiz deverá proferir uma sentença de absolvição.

Como acima foi exposto, a corroboração não pode ser confundida com a contraprova, isto é, não se trata de confirmar que um fato existe pela sua correspondência com outro resultado probatório, proveniente de uma fonte independente, sob pena de aquela tornar-se técnica completamente inutilizável. A

sistema anglo-saxónico e a sua (aparente?) ausência no sistema português comprova esta situação” (MELIM, Mafalda. Standards de prova e grau de convicção do julgador. *Revista de concorrência e regulação*, n. 16, 2013, p. 144).

³¹² RAMOS, Vitor de Paula. *Op. cit.*, p. 171.

³¹³ DAMASKA, Mirjan R., *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1591. Acesso em: 14 set. 2023.

³¹⁴ SEIÇA, António Alberto Medina de. *Op. cit.*, p. 219.

opacidade própria de alguns fenômenos criminais (a exemplo da criminalidade organizada nos delitos de corrupção, narcotráfico, antitruste, fraude corporativa, terrorismo etc.) torna altamente valiosas as informações prestadas pelo co-arguido, ao mesmo tempo em que torna bastante quimérico e rigoroso exigir uma efetiva comprovação dos fatos em discussão por meio de uma terceira fonte para toda a narrativa do cúmplice colaborador.

A corroboração melhor apresenta-se como uma exigência suplementar, pela qual, após uma primeira sindicância da atendibilidade intrínseca da declaração probatória (acerca das características da declaração e do declarante), proceder-se-á à verificação da credibilidade da prova, por meio de elementos exteriores à própria narrativa do co-arguido. A finalidade da corroboração, assim, não é tornar aceitável uma prova que não é credível, mas sim de dar apoio a uma prova que seja satisfatória e que tenha fiabilidade interna.

A epistemologia demonstra que a confirmação da veracidade de certo conteúdo não se produz à base do “tudo ou nada”, sem graus, do que decorre que é possível que uma prova testemunhal por si só tenha um grau de justificação muito baixo, mas quando aliada a demais elementos probatórios agregue em confirmação epistêmica. A prova testemunhal, assim, servirá como amálgama entre as demais provas, as quais, em conjunto, aumentarão o valor epistêmico da versão apresentada³¹⁵.

A corroboração, neste aspecto, claramente favorece à prevenção de erros judiciários, dentre outros motivos, porque representa uma maneira confiável de manter uma vantagem informativa, diante do *accomplice*, a fim de se verificar a versão apresentada no testemunho. Dado que na generalidade dos casos não é possível ter informações adicionais sobre o fato criminoso, provenientes de outras fontes (fator de prudência para que o Ministério Público aceite o acordo de colaboração), a corroboração pode apresentar-se como técnica capaz de amenizar a insegurança de se gerir dados fornecidos por um cúmplice criminoso, evitando a sedimentação de um sistema judicial que não faz verificação detalhada das provas.

Thaman, sobre o tema, afirma que, ainda quando há julgamentos em que o júri está ciente da existência de um acordo de colaboração, se o direito probatório

³¹⁵ RAMOS, Vitor de Paula. *Op. cit.*, p. 169.

vigente não exige corroboração, haverá ambiente propício para condenações equivocadas baseadas em frágeis depoimentos³¹⁶.

Ademais, ainda há situações em que o promotor e os agentes de investigação não fizeram o trabalho de investigação necessário para obter essa superioridade informativa sobre os fatos, ou mesmo quando minam a sua vantagem, divulgando informações ao informante, o que sói ocorrer com frequência, diante do desconhecimento sobre o quanto foi divulgado ao informante ao longo das tratativas, executadas perante diversos agentes do Estado e durante um lapso temporal maior³¹⁷.

A corroboração, no entanto, não é um mecanismo preservado de fragilidades e lacunas. Nos próprios casos criminais, em que mais pululam as práticas de colaboração, a exemplo dos delitos de drogas, antitruste, fraude corporativa e terrorismo, porque são praticamente impossíveis de processar com sucesso sem alguma informação privilegiada, serão aqueles em que obviamente será extremamente difícil para o governo encontrar evidências extrínsecas objetivas para corroborar o testemunho dos informantes.

Além disso, ainda quando são obtidas evidências aparentemente objetivas, como escutas telefônicas ou gravações secretas, o informante continua sendo necessário para decifrar eventuais lacunas e enigmas de linguagem cifrada, criada pela organização. Indispensáveis que são para fornecer uma narrativa completa sobre um código naturalmente composto por ambiguidades, o informante terá muitas áreas em aberto para sombrear ou embelezar a verdade, não sendo possível, pois, afirmar seguramente que a corroboração na forma de provas documentais, gravações, escutas telefônicas, vigilância etc. seriam suficientes para um testemunho fidedigno por parte do colaborador.

Na aceitação das declarações do agente colaborador como prova solitária a embasar uma condenação, exasperam-se os indicadores de fragilidade antes discutidos para as provas testemunhais em geral, razão pela qual se um ordenamento admite que se considerem provados fatos relevantes com base em um grau de confirmação mais baixo, a fim de proteger objetivos diferentes do epistêmico, há de se ter consciência das chances de se aumentar o número de erros judiciários.

³¹⁶ THAMAN, Stephen. *Op. cit.*, p. 275.

³¹⁷ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, p. 775.

A corroboração, então, mostra-se como técnica de verificação das declarações do cúmplice eficiente, dentro dos limites cognitivos aqui analisados, e quando se agrega ao instituto sentido jurídico mais determinado e concreto, principalmente quando se realiza um de seus efeitos mais desejados: o aumento do total de provas relevantes apresentadas ao júri, que reduzirá naturalmente o índice de erros judiciários, independentemente de as regras de corroboração serem aplicadas para melhor ajustar o ônus de produção ou o de persuasão. Com efeito, conforme já explanou Nance³¹⁸, embora as provas corroborativas possam favorecer a acusação, se por esta forem apresentadas, não é certo sobre qual parte se beneficiará da informação adicional, uma vez que no cômputo global do acervo probatório, poderá implicar na redução do erro tanto nas condenações, quanto nas absolvições.

Como regra procedimental a ser adotado no campo probatório, a literatura acadêmica que analisa o *cooperation agreement* tende a apresentá-la como importante instrumento para a prevenção de erros judiciários. Contudo, é muito importante definir os contornos do que seja esta técnica, a partir dos elementos acima pontuados, para que não se incorra na percepção de que qualquer elemento de prova acessório poderá funcionar habilmente como um fato efetivamente corroborante.

³¹⁸ NANCE, Dale A. *II International Workshop "Quaestio Facti"*. Youtube. Disponível em: <https://youtu.be/H4wxrj2OGo4?si=rlfFS1IM7qn3kTiR>. Acesso em: 9 nov. 2023.

7. A corroboração probatória no *cooperation agreement* estadunidense, no direito continental europeu, e sua relação com a cláusula *sole or decisive evidence* na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

A cooperação criminal é um processo complexo, em que se observam pressões concorrentes sobre os custos e benefícios de cometer crimes³¹⁹. Quando dissuade atos ilícitos, aumenta a capacidade do governo de interromper práticas delitivas, identificar e processar criminosos: é o “Efeito Detecção”, visto que, ao trocar a clemência por informação e assistência do criminoso, o Estado turbinava seu poder persecutório e, ao aumentar o custo esperado para a conduta criminosa, o uso da cooperação acaba por dissuadir os crimes.

Contudo, paralelamente, a cooperação criminal provoca uma resposta totalmente diferente em parte dos infratores: reduz as sanções daqueles que colaboram com sucesso, os quais recebem clemência na sentença. Assim, incentiva os criminosos a esperar penas reduzidas na medida em que estes acreditam que poderão tornar-se cooperadores e receber descontos pelos seus valiosos serviços. Este é o “Efeito Sanção”, que compete com o “Efeito Detecção”: o primeiro aumenta os incentivos para cometer crimes, enquanto o segundo os diminui.

Com efeito, quando o indivíduo percebe que um “Efeito Detecção” é maior do que um “Efeito Sanção” (isto é, os custos esperados para sua conduta criminosa excedem os benefícios esperados), ele será dissuadido para a prática de delitos e o princípio da prevenção estará bem configurado.

Mas quando se percebe a tendência de se incrementar o “Efeito Sanção”, em detrimento do “Efeito Detecção”, a política criminal reduzirá a dissuasão. Esta é a conclusão de Baer em relação ao que tem se verificado ao longo do tempo, em cenários como o estadunidense, com a popularidade e a crescente importância nos contextos regulamentares de incentivos substanciais para que os arguidos criminalmente negociem a sua assistência em troca de clemência. Neste aspecto, é de se reconsiderar a presunção de longa data de que a cooperação dissuade a conduta criminosa.

Neste contexto inflacionado de candidatos à colaboração criminal com o Estado, conclui-se que são vastos os desafios apresentados aos agentes da lei para

³¹⁹ BAER, Miriam Hechler. *Op. cit.*, pp. 905-907.

a seletividade de *accomplices* que efetivamente atendam ao interesse público da persecução penal, por exemplo.

Yaroshefsky, em pesquisa levada a cabo junto a membros reformados do Ministério Público (*Assistants U.S. Attorney*) e advogados criminalistas, no *Southern District of New York*, procurou avaliar em que medida os procuradores acreditam que são capazes de obter informações verdadeiras dos cooperadores, bem como a base para a adoção de certas salvaguardas e técnicas, voltadas a garantir a veracidade destas. Observou-se ali uma ênfase da acusação na corroboração como garantia da veracidade dos elementos fornecidos pelo colaborador. Todavia, quase metade dos *attorney's* estavam preocupados com o que constituiria uma segura corroboração em alguns casos, porque não há um método objetivo, com critérios independentes de verificação da informação prestada pelo *cooperator*, o que leva o agente da lei a confiar em seu próprio julgamento sobre a índole da narrativa³²⁰.

Os Estados Unidos contêm diversas regras de corroboração, na esfera estadual, para que, em resumo, seja exigida a corroboração de determinados depoimentos prestados por certas categorias de testemunhas ou diante de delitos específicos, ao contrário de outras tradições jurídicas da *common law*, tais como Inglaterra e Canadá³²¹.

O sistema federal, contudo, não apresenta normas explícitas neste sentido, nem um conceito claro com os elementos do que deve ser entendido como corroboração³²². Assim, as Cortes oscilam ora pela recomendação de corroboração nos depoimentos de *accomplices*, ora apenas pela advertência ao júri sobre a necessária cautela na avaliação do depoimento³²³.

³²⁰ YAROSHEFSKY, Ellen. *Op. cit.*, p. 936.

³²¹ HARTMANN, Stefan Espirito Santo. *Op. cit.*, p. 103.

³²² Hughes explica que as Cortes federais declararam que nem a Constituição dos Estados Unidos nem as *Federal Rules of Criminal Procedure* exigem a corroboração do testemunho de um cúmplice. A Suprema Corte, embora nunca tenha exigido o requisito da corroboração, sempre alertou sobre a necessidade de receber com desconfiança e cautela o depoimento do *accomplice*, não devendo ser tratado pelo júri segundo as mesmas regras que regem outras testemunhas aparentemente credíveis (HUGHES, Graham. *Agreements for Cooperation in Criminal Cases*, *Vanderbilt Law Review* 45(1), 1992, pp. 31-32.

³²³ "In sum, the majority of courts appear to be applying an "either/or" standard: Either corroboration must be demonstrated, or the jury must be cautioned when weighing the accomplice's testimony. Undoubtedly, this new approach reflects dissatisfaction with antiquated rules and is indicative of courts' belief that in some cases, the use of accomplice witnesses should be curtailed to protect against prevaricated testimony. But, as discussed in the next part, the "either/or" standard is problematic and fraught with difficulty". SAVERDA, Christine J. *Op. cit.*, p. 795.

Neste aspecto, Saverda, ao formular propostas a fim de tornar obrigatória a técnica da corroboração em processos que contenham *accomplices*, sugere a inclusão do instituto ou como regra de admissibilidade probatória ou como regra de valoração probatória, binômio que costuma ser adotado nos sistemas em geral, conforme abordado no Capítulo 7 deste trabalho, quando se tratou da natureza jurídica do instituto.

Segundo a autora, se implementada como preliminar de admissibilidade, o juiz decidirá se o depoimento do cúmplice poderá ser admitido como prova para apreciação do júri, à maneira do que é realizado com a confissão: depoimentos que não se mostrem previamente acompanhados de evidências de corroboração não serão admissíveis para consideração do júri, semelhante ao que dispõe a Regra 104 do *Federal Rules of Evidence*. Portanto, neste modelo, o juiz terá a função de definir previamente se a testemunha é co-arguido e se há corroboração. Ao decidir-se que a testemunha é co-arguido, o caso então poderá ser submetido ao júri, a depender de haver ou não corroboração. O júri funcionará como uma segunda instância de escrutínio, pois, perante este, deverá ser analisada mais uma vez a condição de cúmplice da testemunha e a existência de corroboração.

No direito britânico, é encarado como questão de direito, a ser julgada pelo juiz togado, se determinado elemento probatório é suscetível, em tese, de corroborar; a questão de a evidência de facto constituir corroboração já é atribuição do júri, momento em que tal tema perde o seu caráter “técnico” e caberá ao magistrado explicar aos jurados o significado de corroboração e até mesmo indicar a absolvição, nos casos em que a lei obriga a existência desse requisito³²⁴.

Se implementada como regra de suficiência probatória, o depoimento não corroborado por elementos de prova adicional, será insuficiente para a condenação, sujeito o processo a resultar em absolvição do réu, na fase de julgamento³²⁵.

Em qualquer um destes modelos, caberá ao juiz determinar preliminarmente se a testemunha é cúmplice e se seu depoimento foi corroborado. Se não houver corroboração, sob o entendimento do magistrado, não haverá, por definição, nenhuma prova contra o réu, além do próprio depoimento do cúmplice, o que pode

³²⁴U.K. *Corroboration of evidence in criminal trials*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>. Acesso em: 1 maio 2022, pp. 33;37.

³²⁵ SAVERDA, Christine J. *Op. cit.*, p. 800.

causar inclusive absolvição do acusado. Do contrário, caso indicado elemento de confirmação, o juiz submeterá o depoimento à instrução do júri, com a advertência para que este órgão avalie novamente o *status* de testemunha e confirme a existência de corroboração.

Ao adotar este esquema, segundo Saverda, o sistema federal fornecerá alguma proteção contra falsos testemunhos de co-arguidos³²⁶.

Contudo, apesar da informação histórica de enquadramento do instituto dentre as *exclusionary rules* no sistema anglo-americano, segundo a lição de Langbein, vemos com dificuldade a exegese da corroboração como regra de admissibilidade. Para se analisar se houve elemento de corroboração apresentado pela parte, será necessário seguir à própria fase de valoração probatória, a fim de perscrutá-la quanto à sua suficiência ou não para a confirmação do alegado. Com efeito, para se julgar que há evidência corroborativa, deve-se necessariamente analisar os termos da declaração do cúmplice e sua relação material com a prova corroborativa. Assim, não é lógico considerar a corroboração sob a perspectiva da validade da prova (para fins de sua exclusão dos autos), quando tratou-se, no fim das contas, de prova que foi avaliada substancialmente como insuficiente para demonstrar o fato sob litígio. Torna-se inócuo condicionar a valoração da prova à apresentação de evidência corroborativa, porque a corroboração somente pode ser atestada após a efetiva análise aprofundada e relacional das provas.

Até o presente momento, como acima registrado, nenhuma destas sugestões de alteração foram acatadas no regime federal estadunidense.

Permanece como inspiração viva os pensamentos de Jeremy Bentham e Henry Wigmore no regime norte-americano, consistente na forte crítica às regras que pré-definem o peso ou a credibilidade de elementos de prova³²⁷, antes de seu escrutínio pelo corpo de jurados. Neste aspecto, na exposição de motivos do *Federal Rules of Evidence* e em várias outras Notas do *Advisory Committee* (código federal de direito probatório em vigor nos Estados Unidos desde 1975 e referido em várias ocasiões no presente trabalho), a base doutrinária de Wigmore é citada de maneira explícita como um dos grandes fundamentos teóricos para aquela obra legislativa³²⁸. Por exemplo, cite-se a Nota publicada em relação ao problema do *hearsay*,

³²⁶ SAVERDA, Christine J. *Op. cit.*, pp. 800-802.

³²⁷ MESQUITA, Paulo Dá. *Op. cit.*, p. 142.

³²⁸ *Idem*, p. 153.

declarações colhidas extraprocessualmente, com propósito de serem posteriormente inseridas no processo³²⁹.

É interessante observar que o sistema britânico evoluiu para a exigência de corroboração apenas em situações específicas: delito de trânsito por condução em alta velocidade³³⁰ e perjúrio³³¹. Nestes casos, a lei inglesa afasta a possibilidade de condenação quando fundamentada apenas no depoimento de uma testemunha, estabelecendo a corroboração como regra em favor do réu, já que este deve ser absolvido se tal elemento de confirmação não estiver presente.

Num segundo grupo de crimes, em face de determinada espécie de testemunha, o juiz discricionariamente poderá ou não alertar aos jurados sobre o perigo de se condenar o réu apenas com fundamento nas declarações do depoente e sem corroboração: quando o depoimento decisivo para a condenação advir do próprio queixoso em um processo de crime sexual, ou quando a testemunha tratar-se de um *accomplice*.

Num último grupo, identificado de maneira residual, é constituído pelas situações em que não são aplicáveis as regras de corroboração, nem o alerta do juiz aos jurados, sendo possível, pois, haver sentença condenatória com base no depoimento de uma única testemunha, sem que seja necessária o debate sobre a confirmação de tal prova perante o júri³³².

³²⁹ “All may not agree with Wigmore that cross-examination is ‘beyond doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth,’ but all will agree with his statement that it has become a ‘vital feature’ of the Anglo-American system. 5 Wigmore §1367, p. 29. The belief, or perhaps hope, that cross-examination is effective in exposing imperfections of perception, memory, and narration is fundamental. U.S. Foreword to Model Code of Evidence 37 (1942). Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?jsessionid=CC1BD382D6697727889876F2E657F06E?req=granuleid%3AUSC-prelim-title28a-node219&saved=%7ClnRvIGluY2x1ZGUi%7CdHJlZXNvcnQ%3D%7CdHJlZQ%3D%3D%7C1373%7Ctrue%7Cprelim&edition=prelim>. Acesso em: 14 abr. 2022.

³³⁰ Segundo o *Road Traffic Regulation Act 1984*: “89. Speeding offences generally. (1) A person who drives a motor vehicle on a road at a speed exceeding a limit imposed by or under any enactment to which this section applies shall be guilty of an offence. (2) A person prosecuted for such an offence shall not be liable to be convicted solely on the evidence of one witness to the effect that, in the opinion of the witness, the person prosecuted was driving the vehicle at a speed exceeding a specified limit”. U.K. *Road Traffic Regulation Act*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/27/section/89>. Acesso em: 5 maio 2022.

³³¹ Segundo o *Perjury Act 1911*: “13. Corroboration. A person shall not be liable to be convicted of any offence against this Act, or of any offence declared by any other Act to be perjury or subornation of perjury, or to be punishable as perjury or subornation of perjury, solely upon the evidence of one witness as to the falsity of any statement alleged to be false”. U.K. *Perjury Act 1911*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/1-2/6/section/13>. Acesso em: 5 maio 2022.

³³² HARTMAN, Stefan Espirito Santo. *Op. cit.*, pp. 79-80.

Sobre a corroboração no direito britânico, Keane & Mckeown³³³ afirmam que, como regra geral, não há nenhuma exigência de que as provas sejam corroboradas ou de que o júri seja advertido sobre o perigo de agir com base em provas não corroboradas. Contudo, em determinadas circunstâncias, os jurados deveriam ser advertidos para ter cautela antes de agir, a considerar certos tipos de testemunho: (i) cúmplices que depõem para a acusação; (ii) denunciante em casos sexuais; (iii) outras testemunhas cujas provas possam ser maculadas por um motivo impróprio; (iv) crianças; e (v) testemunhas anônimas. Nestes casos, a advertência estará fundada em uma discricionariedade judicial e a sua ausência não representará necessariamente motivo legítimo para apelação.

O *Working Paper 115* destaca que, não obstante tal exigência em relação ao *accomplice*, se a evidência apresentada por este for falha e considerada deficiente em si, a *corroboration warning* não será necessária³³⁴.

Nos Estados Unidos apenas dezesseis estados e alguns territórios estabeleceram a necessidade de corroboração das declarações do cúmplice para sustentar uma condenação criminal:

- i. Alabama: “A conviction of felony cannot be had on the testimony of an accomplice unless corroborated by other evidence tending to connect the defendant with the commission of the offense, and such corroborative evidence, if it merely shows the commission of the offense or the circumstances thereof, is not sufficient” (Alabama Code § 12-21-222);
- ii. Alaska: “A conviction shall not be had on the testimony of an accomplice unless it is corroborated by other evidence that tends to connect the defendant with the commission of the crime; and the corroboration is not sufficient if it merely shows the commission of the crime or the circumstances of the commission” (Alaska Statute § 12.45.020);
- iii. Arkansas: “A conviction or an adjudication of delinquency may not be had in any case of felony upon the testimony of an accomplice, including in the juvenile division of circuit court, unless corroborated by other evidence tending to connect the defendant or the juvenile with the commission of the offense” (Arkansas Code § 16-89-111(e)(1)(A));
- iv. California: “A conviction can not be had upon the testimony of an accomplice unless it be corroborated by such other evidence as shall tend to connect the defendant with the commission of the offense; and the corroboration is not sufficient if it merely shows the commission of the offense or the circumstances thereof. An accomplice is hereby

³³³ KEANE, A., Griffiths, J. & MCKEOWN, P. The burden and standard of proof. In: KEANE, A., Griffiths, J. & MCKEOWN, P. (eds.). *The Modern Law of Evidence*, 8.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 222.

³³⁴U.K. *Corroboration of evidence in criminal trials*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>. Acesso em: 1 maio 2022, p. 30-33.

defined as one who is liable to prosecution for the identical offense charged against the defendant on trial in the cause in which the testimony of the accomplice is given” (California Penal Code § 1111);

v. Georgia: “The testimony of a single witness is generally sufficient to establish a fact. However, in certain cases, including prosecutions for treason, prosecutions for perjury, and felony cases where the only witness is an accomplice, the testimony of a single witness shall not be sufficient. Nevertheless, corroborating circumstances may dispense with the necessity for the testimony of a second witness, except in prosecutions for treason” (Georgia Code § 24-14-8);

vi. Idaho: “A conviction cannot be had on the testimony of an accomplice, unless he is corroborated by other evidence, which in itself, and without the aid of the testimony of the accomplice, tends to connect the defendant with the commission of the offense; and the corroboration is not sufficient, if it merely shows the commission of the offense, or the circumstances thereof” (Idaho Code § 19-2117);

vii. Iowa: (Iowa Code § 813.2)³³⁵;

viii. Minnesota: “A conviction cannot be had upon the testimony of an accomplice, unless it is corroborated by such other evidence as tends to convict the defendant of the commission of the offense, and the corroboration is not sufficient if it merely shows the commission of the offense or the circumstances thereof” (Minnesota Statute § 634.04);

ix. Montana: “A person may not be found guilty of an offense on the testimony of one responsible or legally accountable for the same offense, as defined in 45-2-301 , unless the testimony is corroborated by other evidence that in itself and without the aid of the testimony of the one responsible or legally accountable for the same offense tends to connect the defendant with the commission of the offense” (Montana Code §46-16-213);

x. Nevada: “1. A conviction shall not be had on the testimony of an accomplice unless the accomplice is corroborated by other evidence which in itself, and without the aid of the testimony of the accomplice, tends to connect the defendant with the commission of the offense; and the corroboration shall not be sufficient if it merely shows the commission of the offense or the circumstances thereof. 2. An accomplice is hereby defined as one who is liable to prosecution, for the identical offense charged against the defendant on trial in the cause in which the testimony of the accomplice is given” (Nevada Revised Statutes § 175.291);

xi. New York: “1. A defendant may not be convicted of any offense upon the testimony of an accomplice unsupported by corroborative evidence tending to connect the defendant with the commission of such offense. 2. An “accomplice” means a witness in a criminal action who, according to evidence adduced in such action, may reasonably be considered to have participated in: (a) The offense charged; or (b) An offense based upon the same or some of the same facts or conduct which constitute the offense charged. 3. A witness who is an accomplice as defined in subdivision two is no less such because a prosecution or conviction of himself would be barred or precluded by some defense or exemption, such as infancy, immunity or previous prosecution, amounting to a collateral impediment to such a prosecution or conviction, not affecting the conclusion that such witness engaged in the conduct constituting the offense with the

³³⁵ Não conseguimos identificar o dispositivo legal em sítios eletrônicos especializados em Direito.

mental state required for the commission thereof.” (New York Consolidated Laws, Criminal Procedure Law § 60.22);

xii. North Dakota: *“A conviction cannot be had upon the testimony of an accomplice unless the accomplice is corroborated by such other evidence as tends to connect the defendant with the commission of the offense, and the corroboration is not sufficient if it merely shows the commission of the offense, or the circumstances thereof”* (North Dakota Century Code § 29-21-14);

xiii. Oklahoma³³⁶: *“A conviction cannot be had upon the testimony of an accomplice unless he be corroborated by such other evidence as tends to connect the defendant with the commission of the offense, and the corroboration is not sufficient if it merely show the commission of the offense or the circumstances thereof”* (Oklahoma Statutes Title 22, § 742);

xiv. Oregon: *“(1) A conviction cannot be had upon the testimony of an accomplice unless it is corroborated by other evidence that tends to connect the defendant with the commission of the offense. The corroboration is not sufficient if it merely shows the commission of the offense or the circumstances of the commission. (2) As used in this section, an “accomplice” means a witness in a criminal action who, according to the evidence adduced in the action, is criminally liable for the conduct of the defendant under ORS 161.155 and 161.165 , or, if the witness is a juvenile, has committed a delinquent act, which, if committed by an adult, would make the adult criminally liable for the conduct of the defendant”* (Oregon Revised Statutes Procedure § 136.440)³³⁷;

xv. Texas: *“A conviction cannot be had upon the testimony of an accomplice unless corroborated by other evidence tending to connect the defendant with the offense committed; and the corroboration is not sufficient if it merely shows the commission of the offense”* (Texas Code of Criminal Procedure - Art. 38.14)³³⁸.

xvi. South Dakota: *“A conviction cannot be had upon the testimony of an accomplice unless it is corroborated by other evidence which tends to connect the defendant with the commission of the offense. The corroboration is not sufficient if it merely shows the commission of the offense, or the circumstances thereof”* (South Dakota Codified Laws Annotated § 23A-22-8).

xvii. Puerto Rico (Puerto Rico Laws Annotated, Title 34, App. II. R. 156).³³⁹

No entanto, desde 1973 algumas unidades federativas retiraram de seus ordenamentos a exigência de corroboração em tal espécie de testemunho. Foi o caso de Arizona, Kentucky, New Hampshire, Ohio (onde foi substituída pela advertência obrigatória ao júri de atenção à natureza do depoimento apresentado), Utah, U.S. Virgin Islands e Wyoming³⁴⁰.

³³⁶ U.S. *Oklahoma Estatutes*. Disponível em: <http://ok.elaws.us/os/22-742>. Acesso em: 31 ago 2021.

³³⁷ U.S. *Procedure in criminal matters*. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/or/title-14-procedure-in-criminal-matters-generally/or-rev-st-sect-136-440.html>. Acesso em: 31 ago 2021.

³³⁸ U.S. *Texas Code of Criminal Procedure*. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/tx/code-of-criminal-procedure/crim-ptx-crim-pro-art-38-14.html>. Acesso em: 2 set. 2021.

³³⁹ Não consegui identificar o dispositivo em sítios eletrônicos especializados em Direito.

³⁴⁰ SAVERDA, Christine J. *Op. cit.*, p. 791.

Nos estados em que a corroboração é exigida, esta é geralmente considerada como uma evidência que, vista de modo independente da prova do co-arguido, “tende”, isto é, permite associar de alguma forma o réu com o fato objeto do processo. Não se considera, pois, corroborativo o elemento de prova que apenas indica a ocorrência do fato criminoso ou algumas de suas circunstâncias. Assim, a maioria dos estados acata uma definição que considera prova corroborativa aquela que, ainda quando indiretamente, conecta o réu com o fato denunciado.

Diferentes, contudo, são as disposições de Idaho, Montana e Nevada, em que se requer que a evidência dita como corroborativa seja completamente independente do depoimento do cúmplice (“other evidence, which in itself, and without the aid of the testimony of the accomplice”), o que parece destoar da noção habitual que se atribui à corroboração.

Observa-se também que destas dezessete unidades federativas, três delas apenas exigem a corroboração no caso dos crimes mais graves, “*felonies*”: Alabama, Arkansas e Geórgia.

Também há situações no direito americano em que não está em jogo propriamente o depoimento de um *accomplice*, mas ainda assim exige-se corroboração devido à tipologia do delito. É o caso, por exemplo, do crime contra segurança nacional, disciplinado pela Constituição federal, no primeiro parágrafo da Seção 3, do Artigo 3º, consistente em praticar atos de guerra contra o país ou aliar-se aos seus inimigos, em que a condenação de qualquer indivíduo pela prática desse delito pressupõe a confissão pública perante a corte ou o depoimento de duas testemunhas independentes³⁴¹.

Existem ainda outros casos, com um certo nível de uniformidade entre as unidades federativas, a exemplo do crime de perjúrio, em que a falsidade do depoimento prestado sob juramento apenas pode ser reconhecida se a circunstância for atestada por duas testemunhas independentes, ou por uma testemunha mais elementos corroborativos. Esta regra ganhou força após os casos *Weiler vs. United States* e *United States vs. Diggs*, da Suprema Corte, e atualmente é reproduzida em várias leis estaduais. Por outro lado, há outras situações que não guardam uniformidade entre os estados, a exemplo da Seção 355 do Capítulo 119 do Estado de Kentucky, que dispõe que, em crimes eleitorais, ninguém pode ser condenado com

³⁴¹ HARTMAN, Stefan Espirito Santo. *Op. cit.*, p. 99.

base apenas no depoimento de uma testemunha, salvo se for confirmado por elementos corroborativos³⁴².

A existência de prova corroborativa no *cooperation agreement* tende a ser tratada como uma questão prejudicial, que autoriza o juiz a submeter a declaração do co-arguido ao júri³⁴³. Nos Estados em que é exigida a corroboração, também costuma-se definir o conceito de co-arguido, usualmente considerado aquele que foi indiciado pelo mesmo crime ou por eventos decorrentes do mesmo crime do acusado.

Em alguns estados em que não há a regra da corroboração, o juiz adverte o júri sobre a necessidade de a declaração do cúmplice ser analisada com cautela e de se averiguar a evidência corroborativa, sendo viável revisão, quando inexistente tal instrução³⁴⁴.

Na esfera federal, por sua vez, não há regra nos Estados Unidos que impeça a condenação baseada em testemunhos não corroborados de cúmplices, como há em muitas jurisdições estaduais, razão pela qual permaneceria como garantia ao réu apenas a realização de alerta ao júri contra a confiança excessiva no testemunho de cúmplices³⁴⁵.

Após o início do processo judicial, não há mecanismos de verificação judicial suficientes para evitar falsos testemunhos de informantes que cheguem ao júri. Apesar de alguns Estados norte-americanos adotarem regras de corroboração, como uma questão capaz de impedir o decreto condenatório, os tribunais federais, por sua vez, não adotam sistema similar de verificação das sentenças, visto que não há lei federal a exigir tal requisito³⁴⁶. Em *Caminetti vs. Estados Unidos*, por exemplo, afirmou-se que não há regra cogente que impeça condenações baseadas no testemunho de co-arguidos, se os júris acreditarem neles, embora fosse prudente a boa prática de alerta aos júris, por parte dos tribunais, para não confiarem em demasiado no testemunho de cúmplices, principalmente quando ausente a corroboração³⁴⁷.

No *Criminal Justice Standards*, da *American Bar Association*, não há nada que oriente explicitamente os *prosecutors*, por exemplo, a buscar pela corroboração

³⁴² *Idem*, p. 100.

³⁴³ SAVERDA, Christine J. *Op. cit.*, p. 804.

³⁴⁴ *Idem*.

³⁴⁵ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1164.

³⁴⁶ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, p. 760.

³⁴⁷ *Idem*, p. 760.

das evidências apresentadas em juízo, no caso de testemunhos decorrentes de colaboradores. O documento concentra a sua preocupação na convicção pessoal do promotor sobre a veracidade da evidência apresentada. O *Standard 3-1.4, “b”*, é exemplo deste enfoque, direcionado que é para a convicção subjetiva do promotor sobre a credibilidade dos elementos de prova que chegam ao processo, via Ministério Público:

The prosecutor should not make a statement of fact or law, or offer evidence, that the prosecutor does not reasonably believe to be true, to a court, lawyer, witness, or third party, except for lawfully authorized investigative purposes. In addition, while seeking to accommodate legitimate confidentiality, safety or security concerns, a prosecutor should correct a prosecutor’s representation of material fact or law that the prosecutor reasonably believes is, or later learns was, false, and should disclose a material fact or facts when necessary to avoid assisting a fraudulent or criminal act or to avoid misleading a judge or factfinder); e o Standard 3-4.3 (A prosecutor should seek or file criminal charges only if the prosecutor reasonably believes that the charges are supported by probable cause, that admissible evidence will be sufficient to support conviction beyond a reasonable doubt, and that the decision to charge is in the interests of justice [...] After criminal charges are filed, a prosecutor should maintain them only if the prosecutor continues to reasonably believe that probable cause exists and that admissible evidence will be sufficient to support conviction beyond a reasonable doubt³⁴⁸.

³⁴⁸ Em tradução livre: “O procurador não deve fazer uma declaração de facto ou de direito, ou oferecer provas, que não acredite serem razoavelmente verdadeiras, a um tribunal, advogado, testemunha ou terceiro, exceto para fins de investigação legalmente autorizados. Além disso, enquanto procura conciliar preocupações legítimas de confidencialidade, segurança ou proteção, um *prosecutor* deve corrigir a sua representação acerca de um facto material ou lei que acredite razoavelmente ser, ou que mais tarde venha a saber ser, falsa, e que deve revelar um facto material quando necessário para evitar um ato fraudulento ou criminoso ou para evitar induza o julgador a erro); e o *Standard 3-4. 3* (Um procurador só deve apresentar acusações criminais se acreditar razoavelmente que as acusações são apoiadas por uma causa provável, que as provas admissíveis serão suficientes para sustentar a condenação para além de uma dúvida razoável e que a decisão de acusar é do interesse da justiça [...] Depois de apresentadas as acusações criminais, o procurador só as deve manter se continuar a acreditar razoavelmente que existe uma causa provável e que as provas admissíveis serão suficientes para sustentar a condenação para além de uma dúvida razoável”. BAR. *Criminal justice standards*. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/ProsecutionFunctionFourthEdition/. Acesso em: 28 set. 2021.

O valor da cooperação é um dos requisitos que deverá ser sopesado pelo Ministério Público, ao admitir determinada pessoa em *non-prosecution agreements*, segundo o Justice Manual (9-27.620)³⁴⁹.

Neste sentido, uma vez que tais espécies de acordo excluem a aplicação da lei penal contra um agente que ordinariamente deveria ser processado, não se deve celebrar *cooperation agreement* sem que se avalie a importância da contraprestação ofertada pelo indivíduo no acordo. É nesta avaliação que entram as considerações sobre a credibilidade das informações e se estas podem ser corroboradas por outras evidências.

Sobre o valor e o peso da cooperação, o *Justice Manual* afirma que o acordo não deve ser celebrado sem que se conheça a utilidade das informações prestadas e seu provável valor para a acusação, uma vez que tal espécie de acordo exclui a aplicação da lei penal contra uma pessoa que deveria ser processada. Para estar em posição de avaliar adequadamente o valor potencial da cooperação de uma pessoa, o agente ministerial deve insistir em uma amostra prévia da prova ou equivalente, para só a partir de então analisar a proposta de colaboração.

Ademais é importante considerar se é confiável o material ofertado pelo colaborador, bem como se é possível corroborar as informações prestadas por meio de outras evidências e se substancialmente o mesmo benefício poderá ser obtido de outra pessoa, sem a necessidade de afastar a aplicação penal convencional.

Contudo, conforme exposto no capítulo 6 deste trabalho, o *Criminal Justice Standards* e o *Justice Manual* não são dotados de imperatividade suficiente para criar deveres jurídicos objetivos na ordem jurídica norte-americana.

Com efeito, as regras de corroboração, como previstas, sofrem a crítica de representarem uma fraca ferramenta contra os testemunhos falsos, visto que em geral os estatutos estaduais exigem apenas evidências adicionais, que tendam a conectar o réu ao crime. Isto é, o grau de corroboração exigido pelos Estados que já possuem a regra é geralmente mínimo, a requerer apenas alguma outra evidência física ou testemunho que conectem de qualquer maneira o réu ao crime. Uma mínima corroboração da versão do cúmplice sobre os eventos (por exemplo, registros telefônicos, observações de vigilância policial, evidências forenses a ligar o réu à

³⁴⁹ U.S. *Justice Manual*. Disponível em: http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/27mcrn.htm#9-27.620. Acesso em: 6 jan. 2020.

cena) podem conferir alguma verossimilhança ao júri de que o réu está envolvido no crime e não impedirá que um cúmplice exagere o papel do delatado, inclusive para minimizar a sua própria culpabilidade³⁵⁰.

Neste sentido é o teor do *New York Consolidated Laws, Criminal Procedure Law § 60.22*: “Um arguido não pode ser condenado por qualquer infração com base no testemunho de um cúmplice não apoiado por provas corroborativas que tendam a ligar o arguido à prática dessa infração”³⁵¹.

Neste aspecto, se por um lado o testemunho de um cúmplice pode ser confirmado em pequenos detalhes, diante de tais regras que permitem um nível muito baixo de corroboração, por outro lado sobra uma ampla margem do testemunho difícil de ser verificada quanto à sua veracidade, não havendo meios práticos para detectar a fabricação de falsa narrativa sobre aspectos importantes da participação do réu no fato criminoso.

Nesta mesma linha, *v.g.*, segue o pensamento de Thaman³⁵², que considera débil o regime de corroboração norte-americano, justamente por se exigir, em geral, apenas alguma prova adicional que vincule tendencialmente o acusado ao crime. Com efeito, em alguns casos de sentenças criminais que foram posteriormente revertidas, verificou-se que a prova de corroboração era muito questionável, por se tratar de uma confissão falsa, um teste de DNA equivocado, um erro de identificação por testemunha ocular ou um depoimento pericial suspeito. Ademais, segundo o autor, a maioria das regras de corroboração acaba por ser aplicada a apenas um tipo particular de depoimento de informante: os delatores presos (*jailhouse informant*), conforme previsto na Califórnia.

Como se confirma do teor das regras encontradas nos ordenamentos estaduais, o California Penal Code, § 1111, é o que supostamente mais avançaria nesta temática, ao prever que o elemento corroborante não poderá fundamentar apenas circunstâncias laterais do crime.

A conviction can not be had upon the testimony of an accomplice unless it be corroborated by such other evidence as shall tend to connect the defendant with the commission of the offense; and the corroboration is not sufficient if it merely shows the commission of the offense or the circumstances thereof. An accomplice is hereby defined as one who is liable to prosecution for the identical offense charged

³⁵⁰ CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, p. 1164.

³⁵¹ ROTH, Jessica. *Op. cit.*, p. 761.

³⁵² THAMAN, Stephen. *Op. cit.*, p. 267.

against the defendant on trial in the cause in which the testimony of the accomplice is given.

Contudo, a despeito do §1111 do *California Penal Code*, acima transcrito, o dispositivo seguinte daquele diploma contém regulação especificamente destinada aos informantes presos, segundo a qual nenhum júri ou juiz poderá condenar um réu ou agravar a sua situação com base em um testemunho de um informante *sob custódia*, se estas declarações não forem corroboradas por meio de *outras* provas. Estas evidências, por sua vez, devem vincular o réu ao cometimento do delito, à circunstância especial ou à prova apresentada pelo informante para majorar a pena, não sendo considerada suficiente a corroboração que tratar apenas da prática do fato criminoso ou da circunstância agravante. Finalmente, o referido dispositivo exclui de maneira explícita a figura dos co-arguidos que participam de *cooperation agreement*, na medida em que define a figura do informante preso como o sujeito que não é co-réu, cúmplice ou co-conspirador, cujo depoimento é baseado em informações obtidas do próprio acusado, enquanto conviveu com o informante em estabelecimento prisional³⁵³:

(a) A jury or judge may not convict a defendant, find a special circumstance true, or use a fact in aggravation based on the uncorroborated testimony of an in-custody informant. The testimony of an in-custody informant shall be corroborated by other evidence that connects the defendant with the commission of the offense, the special circumstance, or the evidence offered in aggravation to which the in-custody informant testifies. Corroboration is not sufficient if it merely shows the commission of the offense or the special circumstance or the circumstance in aggravation. Corroboration of an in-custody informant shall not be provided by the testimony of another in-custody informant unless the party calling the in-custody informant as a witness establishes by a preponderance of the evidence that the in-custody informant has not communicated with another in-custody informant on the subject of the testimony.

(b) As used in this section, "in-custody informant" means a person, other than a codefendant, percipient witness, accomplice, or coconspirator, whose testimony is based on statements allegedly made by the defendant while both the defendant and the informant were held within a city or county jail, state penal institution, or correctional institution. Nothing in this section limits or changes the requirements for corroboration of accomplice testimony pursuant to Section 1111.

³⁵³U.S. *California Penal Code*. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=7.&part=2.&chapter=2.&article=. Acesso em: 31 mar. 2022.

De facto, a maioria da literatura consultada sobre o tema dos *accomplices* aponta que há uma preocupação majoritária institucional nos Estados Unidos com os depoimentos dos informantes presos, o que implica um maior número de regras destinadas a prevenir erros judiciários decorrentes deste tipo particular de prova. Neste aspecto, até a figura das audiências de confiabilidade antes do julgamento (*pretrial reliability hearings*), quando exigidas em alguns Estados para os casos de crimes considerados graves (*capital cases*), ou a exigência de requisitos de transparência (*disclosure requirements*) costumam ser voltados para resguardar o processo contra depoimentos de informantes presos³⁵⁴.

Por outro lado, em relação às outras espécies de colaboradores processuais, observa-se a tendência de se oferecer como proteção apenas a leitura em plenário para o júri do acordo selado com o Ministério Público, para que a defesa tenha meios de interrogar o informante sobre os termos da negociação e instrua o júri sobre a necessidade daquele depoimento ser examinado com prudência e reserva.

Deste modo, a prova considerada suficiente para fornecer a necessária corroboração (corroborante) pode ser mínima, conforme demonstram alguns casos de erros judiciários revertidos após exame de DNA. Exemplo célebre é o caso *Norfolk Four*, em que quatro veteranos da Marinha estadunidense tiveram suas condenações por estupro e homicídio anuladas. Em relação especificamente a *Derek Tice*, um dos réus envolvidos, sua culpa foi formada em grande parte pelo depoimento de um suposto cúmplice, corroborado pelo próprio *Tice* por meio de suposta confissão³⁵⁵.

Por tudo que foi exposto até o presente momento, verifica-se quão importante é o debate sobre necessidade ou não de os elementos corroborativos vincularem o corréu delatado diretamente aos fatos imputados na denúncia (ou se seria suficiente apenas demonstrar indícios de que o corréu colaborador prestou declarações verdadeiras em seu depoimento, sem vinculá-lo ao fato criminoso principal).

Mediante exemplo adotado por Hartman³⁵⁶, imagine-se situação em que o colaborador afirma que se encontrou com o co-arguido delatado (funcionário público), quando foram praticados atos de corrupção, com a troca de vantagens indevidas. Na

³⁵⁴ ROTH, Jessica. *Op. Cit.*, p. 743.

³⁵⁵ NORFOLK. *Why were the Norfolk four convicted*. Disponível em: <http://www.norfolkfour.com/>. Acesso em: 25 jan. 2022.

³⁵⁶ HARTMAN, Stefan Espirito Santo. *Op. cit.*, p. 148.

hipótese, a corroboração exigida para as declarações do colaborador poderia consistir apenas em filmagem do prédio em que ocorreu o encontro entre aqueles agentes, a fim de demonstrar que a reunião efetivamente ocorrera na data e no sítio indicado? Ou seria necessário apresentar, por exemplo, documentos que comprovem o recebimento de vantagem indevida pelo réu delatado?

A matéria é enfrentada de maneira variável, até mesmo no contexto de países com a mesma tradição jurídica. Na perspectiva do direito britânico, o *Working Paper 115* informa que, não obstante ter havido um período em que se aceitava que o elemento de prova corroborativo fosse capaz de confirmar qualquer parte do depoimento da testemunha, passou a prevalecer a posição de que deve haver a vinculação direta do acusado ao cometimento do delito, máxime após o caso *Baskerville*³⁵⁷. Por outro lado, no Direito canadense, v.g., admite-se como capaz de corroborar qualquer elemento de prova que demonstre que a testemunha diz a verdade³⁵⁸.

Para nós todos os elementos do tipo penal devem ser corroborados. Este é o posicionamento que parece mais seguro para conciliar tanto o interesse de controle epistemológico das provas, como da presunção de inocência, deixando-se claro aqui que não se está a defender que o elemento corroborativo deve demonstrar diretamente a materialidade e a autoria delitivas, sob pena de não se tratar propriamente de corroboração, mas sim de verdadeira prova autônoma sobre o objeto da denúncia, de modo a não ser necessária nem mesmo a colaboração do corréu. Como bem define Hartman, a corroboração estaria sitiada exatamente no meio termo entre dois extremos: a prova da veracidade das declarações do corréu colaborador e a prova que demonstra diretamente a materialidade e a autoria delitivas³⁵⁹.

Em pesquisa ao U.S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL nada foi encontrado sobre poder do juiz de se opor ao acordo, caso não haja corroboração, provavelmente devido à autoridade praticamente plena do júri de avaliar as provas.

Independentemente da variação legislativa em cada Estado, observa-se a preocupação em definir parâmetros valorativos para as declarações do cúmplice, por se constatar que um sistema judicial com um nível de *standard* mais rigoroso pode

³⁵⁷ U.K. *Corroboration of evidence in criminal trials*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>. Acesso em: 1 maio 2022,

³⁵⁸ *Idem*, p. 101.

³⁵⁹ HARTMAN, Stefan Espírito Santo. *Op. cit.*, p. 151,

prevenir futuros erros judiciários. É o caso de New York e Califórnia, que, embora sejam dois sítios conhecidos mundialmente pelo alto índice de criminalidade, não deixaram de exigir a corroboração. Neste aspecto, em 1937 a Comissão de Administração da Justiça de New York recomendou ao Parlamento que repelisse a regra que exigia corroboração dos testemunhos do cúmplice, o que não foi seguido³⁶⁰.

Ao analisar-se a evolução jurisprudencial sobre o tema, Saverda³⁶¹ aponta que foi primeiramente que no Caso *Crawford vs. United States* (1909) em que a Suprema Corte registrou de maneira mais enfática que os depoimentos decorrentes de cúmplice deveriam ser recebidos com suspeição. Em seguida, após os Casos *Holmgren vs. United States* (1910) e *Caminetti vs. United States* (1917), as Cortes federais passaram a sustentar que a corroboração do testemunho do co-arguido não deveria ser obrigatória.

Em 1944, a controvérsia foi reaccesa, quando os elaboradores das *Federal Rules of Criminal Procedure* (compilado de regras para os procedimentos criminais no âmbito federal) recomendaram que fosse implantada a corroboração como pressuposto de condenação fundada em testemunho de co-arguido, mas tal proposta foi rejeitada.

Em 1959, no Caso *Audett vs. United States*, a Suprema Corte ainda manteve a linha jurisprudencial de não se exigir a corroboração do testemunho de um co-arguido, indicando a sua coerência com a máxima de que o júri é soberano para considerar como suficiente o depoimento de uma única testemunha, a fim de se ter como provado determinado fato. Tal decisão é tributada ao pensamento de Wigmore, segundo o qual não se pode retirar do júri a prerrogativa de decidir sobre a credibilidade do testemunho, cabendo apenas a este órgão determinar o crédito e o peso do testemunho de cada indivíduo.

Em 1956, porém, no Caso *Haakinson vs. United States*, iniciou-se o movimento de limitar a suficiência do testemunho de co-arguido não corroborado, visto que ali introduziu-se a posição de que uma condenação pode ser baseada apenas no testemunho de um cúmplice se este for substancial ou credível. A considerar, contudo, que naquela ocasião não se definiram os parâmetros para aferir tais fatores, passou a ocorrer um reiterado reconhecimento judicial de que o

³⁶⁰ SAVERDA, Christine J. *Op. cit.*, p. 792.

³⁶¹ *Idem*, p. 794.

testemunho de cúmplice é distinto de outros testemunhos. E disto derivou o movimento paralelo de se adotar instruções cautelares ao júri, sobre os perigos daquela espécie de prova.

A partir de então, a maioria das Cortes passou a aplicar a seguinte espécie de *standard*, quando presente no processo um depoimento relevante de *accomplice*: a corroboração deve ser demonstrada e/ou o júri deve ser advertido sobre os riscos advindos do testemunho do cúmplice.

Todavia, à falta de uma regra explícita, notadamente no âmbito federal, o júri norte-americano acaba por não conseguir analisar objetiva e sistematicamente a fiabilidade e o peso probatório do testemunho de um cúmplice, o que pode gerar julgamentos das mais diversas estirpes: ora absolvições em que a corroboração ou a advertência ao júri foi desprezada, ora condenações conquanto descumpridas as *safeguards* acima referidas.

Quando se analisa o regime jurídico da confissão nos Estados Unidos, atesta-se a existência de uma série de salvaguardas acerca da confiabilidade e da veracidade das declarações, que, *prima facie*, não são aplicadas analogicamente às declarações de culpa contidas no *cooperation agreement*.

Com efeito, após o Caso *Opper vs. United States* (1954), passou a ser exigida uma regra de suficiência probatória às confissões em geral, visto que a Suprema Corte ali decidiu que as confissões e demais declarações de culpa oriundas da defesa devem ser corroboradas por provas independentes substanciais, tendentes a afirmar a confiabilidade da alegação, sem as quais não será possível alcançar o *standard* para uma condenação além de uma dúvida razoável, e sob pena de absolvição criminal.

Quase todos os estados norte-americanos exigem que o juiz avalie inicialmente a presença de corroboração quando há confissão nos autos. Na maioria das jurisdições exige-se que dentre as provas apresentadas pela acusação inclua-se a comprovação do corpo de delito, *v.g.*, independentemente da confissão em si e, caso não haja outra prova de culpabilidade além da declaração de confissão, esta deve ser excluída dos autos, ainda que aparentemente seja voluntária e lícita³⁶².

A conclusão do júri no caso da confissão, a partir da admissão dos fatos essenciais juntamente com todas as outras provas, de que a culpa do petionário foi

³⁶² LAUDAN, Larry. *Op. cit.*, p. 249.

demonstrada além de qualquer dúvida razoável, deve ser apoiada por provas corroborativas substanciais, independentemente das declarações, que não precisam ser suficientes, para estabelecer o *corpus delicti*. Neste aspecto, será suficiente se a corroboração sustentar os fatos essenciais admitidos de maneira decisiva para justificar uma inferência do júri de sua verdade; contudo, estes fatos, juntamente com as outras evidências, devem ser suficientes para encontrar a culpa além de qualquer dúvida razoável.

Segundo informa Laudan, o problema mais sério na regulamentação da confissão nos Estados Unidos não é quem determina a sua confiabilidade, mas sim qual será o teste utilizado para valorar sua fiabilidade, isto é, como deve ser entendida a noção de corroboração - mesma crítica que se dirige à corroboração da prova testemunhal de *accomplices*. Isto porque na maioria das jurisdições, os tribunais superiores entendem que uma confissão estará corroborada sempre que exista uma prova independente que apoie as hipóteses de cometimento do delito. A debilidade do conceito de corroboração fica então patente, uma vez que a confirmação de qualquer hipótese exige mais do que descobrir se algumas das suas consequências são verdadeiras; a única categoria de provas que corrobora solidamente uma hipótese (*H*) está constituída por fatos que seriam altamente improváveis se *H* fosse falsa.

Assim, no caso da confissão (inteligência que pode ser aplicada, *mutadis mutandis*, ao *cooperation agreement*), devem ser buscados fatos cuja verdade resulte altamente improvável se a confissão fosse falsa. Neste sentido, uma confissão cheia de detalhes minuciosos sobre os fatos do delito entraria nesta categoria, já que é pouco provável que alguém que não houvesse participado dos fatos delitivos pudessem descrever estes fatos com tantos detalhes³⁶³.

Conforme esclarece Saverda, em alguns estados, o juiz, ao encontrar a corroboração, submete a confissão ao júri (considerado o julgador dos fatos), aconselhando-o a examinar a existência efetiva de corroboração; se os jurados não

³⁶³ LAUDAN, Larry. *Op. cit.*, p. 250-251. Este autor continua: “Por otro lado, si la confesión no describe detalladamente los hechos del delito, si no conduce a la policía hacia pruebas que hasta ese momento no se tenían y ofrece más bien una descripción detalladamente los hechos del delito, entonces seguimos careciendo de una corroboración firme de la culpabilidad del acusado. (Obviamente, es posible que algunas confesiones verdaderas tampoco cumplan con estas características. Quizá el delito se cometió cuando el acusado estava tan ebrio o tan drogado que no puede recordar los detalles y lo único que puede recordar es que él cometió el delito. Pese a que algunas de tales confesiones pueden ser verdaderas, las confesiones pueden ser verdaderas, las confesiones en sí mismas no son fundamento suficiente para usarlas como base para condenar)”.

a encontrarem, então o réu deve ser absolvido. Na instância federal, por sua vez, as funções do juiz e do júri em relação às confissões não estão claramente definidas, embora haja jurisprudência a indicar que é o juiz quem determina a suficiência da corroboração³⁶⁴.

Na *Federal Rules of Criminal Procedure*, na seção que regula os “*Plea agreements*” (Rule 11, b, 3), determina-se ao tribunal que, antes de julgar uma confissão de culpa, este defina se existe uma base factual para a confissão (“*Determining the Factual Basis for a Plea. Before entering judgment on a guilty plea, the court must determine that there is a factual basis for the plea*”)³⁶⁵.

Contudo, esta garantia em prol da defesa, nos casos de confissão, não parece ser suficiente. Como registra Thaman, estas confissões de culpa não permitem um julgamento criminal completo, com ampla possibilidade de o juiz acessar a verdade material, conforme acima já desenvolvido. A acusação não precisa onerar-se com a apresentação de provas além da dúvida razoável, que estejam submetidas ao confronto e ao *cross examination*. Ademais, o juiz de instrução tem pouco material probatório para ser analisado, sob a perspectiva da existência de base factual suficiente para o *plea*, como prescreve a Rule 11, b, 3 do *Federal Rules of Criminal Procedure*. Isto porque não segue um modelo investigativo dos feitos criminais, a exemplo do europeu, em que a cognição criminal em regra é precedida de um dossiê investigativo mais ou menos amplo sobre os elementos de culpa do caso³⁶⁶.

De todo o exposto acerca da confissão, conclui-se que as admissões extrajudiciais do acusado de fatos essenciais ou elementos do crime, feitas posteriormente ao crime, porque têm o mesmo caráter das confissões, deveriam estar sujeitas à corroboração por provas independentes, mormente quando se trata de declarações da defesa de natureza incriminatória.

Em resumo, portanto, embora o réu possa ser condenado com base em depoimento não corroborado de *accomplice*, o julgador pode discricionariamente instruir os jurados para não condenarem com fundamento apenas naquelas declarações, exceto se corroboradas, mas sua omissão não costuma ser motivo

³⁶⁴ SAVERDA, Christine J. *Op. cit.*, p. 800.

³⁶⁵ CLL. *Rule 11. Pleas*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11. Acesso em: 11 out. 2023.

³⁶⁶ THAMAN, Stephen. *Op. cit.*, p. 265.

suficiente para reforma da sentença ou para realização de novo julgamento³⁶⁷. Tal lógica de nulidade relativa, na falta de alerta pelo magistrado, tende a ocorrer até mesmo nas unidades federativas que exigem a corroboração.

Apesar de algumas decisões judiciais hesitarem ou mesmo rejeitarem a necessidade de corroboração, continua a ser a prática corrente limitar de alguma forma a suficiência do depoimento não corroborado do *accomplice*, de maneira a autorizar a absolvição (*acquittal*), devido ao *standard* da condenação para além de toda dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*)³⁶⁸.

Ademais, ainda existe a situação dos estados em que esta técnica de verificação de testemunho tem aplicação limitada aos depoimentos de cúmplices prestados em processos penais específicos, a depender da espécie delitiva praticada. É o caso da Georgia, que estabelece o depoimento de uma testemunha como suficiente para provar determinado fato, exceto nos crimes contra a segurança nacional, perjúrio e outros crimes graves, quando a única testemunha for cúmplice do réu.

Mas a corroboração, por si só, não pode ser encarada como um mecanismo indene de fragilidades, como sói ocorrer em todo instituto jurídico aplicado num contexto de múltiplos interesses, principalmente quando o termo é adotado mediante uma semântica aberta e vaga, sem determinação de seus elementos constitutivos práticos.

Com efeito, segundo Worrall, Hemmens e Nored³⁶⁹, não há ainda uma definição no modelo estadunidense sobre quais elementos de prova e condutas processuais são capazes de constituir corroboração, na mesma linha do que acontece no direito britânico, o qual também padece da inexistência de um conceito técnico sobre corroboração³⁷⁰. Neste aspecto, conforme verificado alhures e denunciado pela literatura consultada, ainda quando prevista nominalmente nas legislações estaduais, a corroboração padece de baixa imperatividade e coercibilidade³⁷¹.

³⁶⁷ U.K. *Corroboration of evidence in criminal trials*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>. Acesso em: 1 maio 2022

³⁶⁸ SEIÇA, António Alberto Medina de. *Op. cit.*, p. 214.

³⁶⁹ HARTMANN, Stefan Espirito Santo. *Op. cit.*, p. 103.

³⁷⁰ U.K. *Corroboration of evidence in criminal trials*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>. Acesso em: 1 maio 2022, p. 33.

³⁷¹ A crítica sobre a insuficiência das regras estaduais de corroboração são apresentadas, v.g., por CASSIDY, R. Michael. *Op. cit.*, pp. 1164-1166.

Outro ponto de crítica, apontado por Baer³⁷², diz respeito às situações em que o co-arguido auxilia a acusação em casos futuros ou em andamento e quando a própria investigação secreta fornecerá elementos de corroboração para a alegação do *accomplice*: primeiramente se Stacy afirma que Bob vende ecstasy em uma discoteca local, o Estado conseguirá corroborar esta declaração quando Stacy for ao clube e adquirir a droga, portando equipamento de escuta no corpo ou quando há agentes policiais disfarçados nas proximidades. Desta forma, Stacy terá pouco incentivo para implicar atores puramente inocentes. A situação complica-se quando Stacy pode encorajar Bob a traficar muito mais ecstasy do que ele normalmente faria. Se Stacy perceber que sua própria sentença está ligada à periculosidade do infrator que ela ajuda a processar, terá todos os motivos do mundo para exortar Bob a aumentar sua distribuição. A supor que Bob já esteja predisposto a vender ecstasy, a manipulação de Stacy provavelmente não afetará a determinação de culpa por um júri e pode nem mesmo desencadear uma redução considerável de pena, embora já tenha sido reconhecido o embuste, contra réus que alegadamente foram persuadidos por agentes do governo a se envolver em mais danos do que pretendiam.

Finalmente, além de preocupados com a manipulação de um cooperador quando ele fornece assistência “prospectiva” na investigação de um crime em curso (mediante compras secretas, gravação de conversas com outrem, por exemplo), deve-se também atentar para a assistência “histórica” do cúmplice, posterior à prática do delito, nos casos em que o *accomplice* apenas auxilia na busca de evidências de um crime já ocorrido e exaurido no passado³⁷³. Como o colaborador está a recontar os fatos, é muito mais difícil corroborar sua história, exceto se forem obtidos depoimentos de outras testemunhas, muitas das quais provavelmente serão outros co-arguidos.

Todos estes vieses negativos da colaboração histórica tendem a ocorrer principalmente nos casos mais graves e difíceis de processar: fraudes corporativas, gangues marcadamente violentas e organizações criminosas perigosas, narcotráfico, terrorismo.

Esta problemática pode ser verificada até mesmo nos casos em que há documentos escritos e e-mails, como elementos adicionais de corroboração, visto que

³⁷² BAER, Miriam Hechler. *Op. cit.*, pp. 942-945.

³⁷³ *Idem*, p. 943.

algumas vezes os documentos “não falam por si mesmos”, por não serem totalmente inteligíveis, conterem códigos de linguagem demasiadamente cifrados, cabendo ao cúmplice colaborador fornecer interpretações cruciais para declarações ambíguas³⁷⁴. Por tais razões, os promotores tenderão a utilizar-se da corroboração cruzada no testemunho histórico do *accomplice*. E, desta maneira, a acusação acabará por demandar vários réus cooperadores, a fim de demonstrar que a história do primeiro colaborador é de fato verdadeira. A “cooperação histórica”, portanto, aumenta o intervalo de tempo que o Estado deve gastar num mesmo caso, bem como o número de réus a quem deve estender vantagens processuais.

Os sistemas jurídicos tributários do *Civil Law*, por sua vez, não tendem a identificar o juízo de corroboração como um instituto digno de tratamento especial, devido a sua inserção histórica no contexto da prova indiciária e na fase da valoração probatória.

Em estudo dedicado a esse tema, Hartman analisa os ordenamentos de Itália, Alemanha, França, Espanha e Brasil, e demonstra como o Direito Continental pende para a vinculação do juízo de corroboração apenas à prova indiciária, razão pela qual os problemas que costumam ser enfocados naquelas ordens jurídicas acerca do controle epistemológico das provas no processo quase sempre estão adstritos à valoração dos elementos corroborativos, principalmente quando o contexto probatório é formado unicamente por eles³⁷⁵.

Neste sentido, o juízo de corroboração no *Civil Law* é enfrentado de maneira transversal, subordinado no mais das vezes aos conceitos clássicos de prova direta e indireta, razão pela qual a preocupação ali costuma limitar-se às condições de confirmação de um fato secundário, que servirá de premissa para os raciocínios inferenciais que serão desenvolvidos em prol da verdade sobre o fato principal a se provar.

Não há regras probatórias que exijam que certa proposição de fato, necessária para a apuração da culpa, seja comprovada por mais de uma prova, visto

³⁷⁴ “Matched with those defendants’ strong incentives to cooperate is the prosecutor’s particular evidentiary problem, which only a snitch can solve. Even in the very strong case in which there are tape recordings and a sale to an undercover agent, only the snitch can provide the full narrative. Only the flipped co-defendant can tell the jury the inside story and head off the common defense effort to fill in the empty spaces with doubts and exculpatory theories. How much evidence does the prosecutor really need? No line assistant really wants to find out what the minimum is because the only way to really know is to lose some cases.” (WEINSTEIN, Ian. *Op. cit.*, p. 597).

³⁷⁵ HARTMAN, Stefan Espirito Santo. *Op. cit.*, p. 103.

que tais regras significam, para os juristas continentais, um retorno parcial ao sistema de prova legal, que tem sido um “bête noire” desde meados do século XVIII. As regras de corroboração costumam ser tratadas por estudiosos continentais como negativas (conforme vê-se em Seiya, *v.g.*), em oposição às regras de prova legal - positivas. Isto porque, enquanto o sistema tarifado exige determinada convicção quando certos tipos de provas são recolhidos, independentemente da avaliação subjectiva dos *fact-finders*, as provas legais negativas apenas exigem que os apuradores de fatos não condenem antes que certos tipos de provas sejam reunidos, independentemente de suas convicções.

Deste modo, segundo a visão de Damaska³⁷⁶, a prova legal negativa deixa um pouco mais de margem para a avaliação subjetiva da prova pelo apurador de fatos, mas ainda assim violaria o reverenciado princípio continental da livre apreciação das provas. Neste aspecto, para este autor não é claro se todos os vestígios das regras negativas da prova legal desapareceram da lei continental. Deveras, embora na prática um pouco de corroboração seja sempre encontrada nos autos, debate-se se uma condenação pode basear-se apenas na confissão do réu, embora o juiz esteja plenamente convencido de sua veracidade, bem como ainda não é clara a natureza de regras esporádicas que exigem a produção de prova pericial, independentemente de outras provas já terem persuadido o juiz a respeito da ocorrência ou não do crime.

Na experiência do direito continental europeu com a técnica da corroboração probatória, ganha destaque a experiência italiana, em que é exigida a realização de dupla análise para que se atribua valor probatório a uma colaboração processual: primeiramente é feita uma análise dos aspectos intrínsecos da declaração do colaborador, sob o ponto de vista da narrativa e da pessoa do declarante (colaboração “desnuda”); sucessiva e autonomamente, parte-se para a averiguação se há elementos extrínsecos de confirmação da narrativa apresentada (colaboração “vestida”)³⁷⁷.

Padronizou-se ali a corroboração, portanto, como regra para a usabilidade das declarações do co-imputado, a atuar como limite normativo ao princípio da livre apreciação da prova. Naquele contexto, segundo Baudi, o fato corroborante não

³⁷⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Op. cit.*, pp. 530-531.

³⁷⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Op. cit.*, p. 248.

deverá provir da mesma fonte informativa sob exame, devendo ser obtido de outras provas autônomas testemunhais, periciais, documentais, praticadas no processo com todas as garantias legais³⁷⁸. Contudo, como aponta Di Chiara, no direito italiano não existe unanimidade sobre a possibilidade de tais elementos de verificação consistirem em declaração testemunhal ou de um co-imputado (*riscontro incrociato*), ou se, pelo contrário, deve tratar-se necessariamente de provas reais ou indiciárias³⁷⁹.

Outra experiência continental digna de nota neste ponto é a espanhola. Miranda Estrampes³⁸⁰, ao analisar a trajetória do Tribunal Constitucional espanhol na adoção de critérios de suficiência probatória, em relação aos depoimentos incriminatórios de cúmplices, explana que primeiramente adotou-se ali um critério de autossuficiência probatória dessas declarações, caso preenchidos requisitos de credibilidade subjetiva, como a inexistência de ódio pessoal, vingança ou outros motivos ditos espúrios, promessa de tratamento policial mais benéfico etc. Posteriormente evoluiu-se para um esquema de valoração que exigia uma corroboração periférica mínima das declarações incriminatórias, mediante o endosso do conteúdo declarado por meio de elementos obtidos de outras fontes de prova: a conformidade ou verificação passou a ser extrínseca e em relação ao conteúdo das declarações, e não mais devido a elementos subjetivos da pessoa do declarante.

Nesta etapa, inspirada pela *chiamata di correo vestita*, do art. 192.3, do Código Processual Penal Italiano de 1988, a questão nuclear para aquele Tribunal Constitucional passou a ser definir o conceito de *mínima corroboração*, o que não conseguiu ser realizado com sucesso, segundo Miranda Estrampes, devido à incapacidade de fixar, de maneira geral, os seus requisitos, dependente que estaria das circunstâncias particulares do caso concreto.

Por fim, mas não sem retrocessos, passou-se a um grau de exigência maior, em que não basta a corroboração de qualquer aspecto acessório da declaração do co-imputado, sendo necessário que tal corroboração implique, estabeleça, algum tipo de conexão objetiva e envolvimento de ações do terceiro acusado com os fatos que são objeto da imputação (corroboração concreta e específica). Ao contrário do

³⁷⁸ BAUDI, A. La prova nel nuovo processo penale. Napoli: Edizioni Simone, 1990.

³⁷⁹ DI CHIARA, G. Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987, p. 223.

³⁸⁰ MIRANDA, Estrampes. La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC. (Radiografía de un giro constitucional involucionista), *Revista Xurídica Galega*, n.º 58, 2008, pp. 13-21.

sistema italiano, fixou-se de maneira mais uniforme que a declaração de um co-imputado não pode ser utilizado como fonte de corroboração.

No continente americano, digna de nota é a experiência brasileira, na qual o legislador expressamente atribuiu o dever ao colaborador de instruir a sua proposta de colaboração com provas e “elementos de corroboração” (art. 3º-C, § 4º, da Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013³⁸¹). Paralelamente, também estipulou que nenhuma das seguintes medidas será proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: medidas cautelares reais ou pessoais, recebimento de denúncia ou queixa-crime e sentença condenatória (art. 4º, § 16, da Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013). A lei correspondente, todavia, não apresentou os elementos constitutivos do conceito de corroboração, cabendo à jurisprudência nacional o papel integrador de importantes lacunas para a aplicação do instituto, por exemplo, no campo dos critérios para a celebração do acordo³⁸².

A corroboração, portanto, é instituto que guarda profunda relação com o desenvolvimento da própria tradição jurídica de origem anglo-saxã, devido à prática histórica de implementação, estudo e sistematização de *common law corroboration rules*, em países como Inglaterra, Canadá, Austrália, Nova Zelândia e nos Estados Unidos (nação cujas regras afetas a esse tema contarão com um capítulo específico de análise). Assim, é notória distinção com sistemas jurídicos da *Civil Law*, em que a matéria é apenas transversalmente explorada, não apresentando uma disciplina normativa autônoma do sistema de valoração de provas indiciárias para a condenação do réu³⁸³.

Conforme exposto no Capítulo 3 da presente pesquisa, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mediante casos emblemáticos como *Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido*, tratou de maneira muito própria o exercício do direito ao confronto, desviando-se da herança adversarial em que tal regra foi gerada, por meio da *sole or*

³⁸¹ BRASIL. *Lei n. 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 4 dez. 2023.

³⁸² GLATT, Rachel. Diretrizes para a celebração de acordos de colaboração premiada pelas autoridades públicas. In: SOUSA MENDES, Paulo de; PEREIRA, Rui Soares (coords.). *Novos Desafios da Prova Penal*. Volume II, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 175-176.

³⁸³ HARTMANN, Stefan Espírito Santo. *Op. cit.*, p. 69.

decisive evidence rule, a qual representa uma forma de aplicação do conceito de corroboração³⁸⁴.

Outro caso judicial digno de análise quanto à forma como o TDEH compreendeu os impactos da corroboração em relação no exercício do confronto é o *Schatschaschwili vs. Germany*³⁸⁵.

Em 14/10/2006, o réu e um cúmplice não identificado roubaram duas mulheres da Lituânia. L e I eram prostitutas que trabalhavam na Alemanha e o roubo ocorreu em seu apartamento, em Kassel. Quatro meses depois, em fevereiro de 2007, o réu e vários outros cúmplices roubaram O e P, duas prostitutas da Lituânia em seus apartamentos em Gottingen, Alemanha. O e P reportaram os detalhes destes eventos para sua vizinha na manhã seguinte e imediatamente deixaram seu apartamento para passar alguns dias com sua amiga L, uma das duas mulheres assaltadas há aproximadamente 4 meses. Assim que chegaram à casa de L, apenas um dia depois do roubo, O e P compartilharam detalhes do assalto a L, a qual subsequentemente reportou o ocorrido à polícia.

A polícia interrogou O e P sobre o assalto, quando contaram que planejavam retornar para Latvia. Antecipando sua indisponibilidade de depoimento em um julgamento subsequente, a acusação solicitou ao juiz da investigação que obtivesse os depoimentos das vítimas, para que pudessem ser utilizados posteriormente em julgamento, o que ocorreu em relação à O e P em uma audiência em 19/02/2007. Entretanto, o réu não foi informado sobre esta audiência, porque o juiz temia que as mulheres tivessem medo de dizer a verdade, na presença do réu.

O e P não comparecem ao julgamento; na sua ausência, o juiz admitiu o interrogatório policial destas duas mulheres e suas declarações prestadas perante o juiz da investigação. Havia também mais evidências que corroboravam suas declarações: o testemunho da vizinha, para quem P e O contaram o fato, logo depois que ocorrera; o depoimento da amiga de L, para quem também contaram do assalto;

³⁸⁴ Vanderpuye aborda outros julgados que demonstram o refinamento do conceito de *fair trial*, no âmbito do TEDH, a considerar a corroboração como elemento necessário para se afastar a aplicação convencional do confronto, em relação a testemunhas ouvidas em fase *pretrial*, a exemplo de *Bracci vs. Italy* e de *Taal vs. Estonia*. VANDERPUYE, Kweku. Traditions in Conflict: The Internationalization of Confrontation. Cornell International Law Journal: 43(3), 2010, pp. 514-583. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol43/iss3/3>.

³⁸⁵ ECHR. *Schatschaschwili vs. Germany*. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/#%7B%22fulltext%22:%5B%22Schatschaschwili%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-159566%22%5D%7D>. Acesso em: 4 dez. 2023.

informação obtida no celular do réu; o receptor de GPS do carro de um dos cúmplices; a confissão do réu de que esteve no apartamento de O e P, no momento do assalto; similitudes entre os assaltos em Kassel e Gottingen. O réu, então, foi condenado por concurso material de roubo, combinado com extorsão.

O TEDH, então, considerou: i) que as declarações extrajudiciais do caso foram decisivas na condenação, porque O e P foram as únicas testemunhas oculares do crime; ii) que a Corte de julgamento falhou por não ter providenciado a oportunidade ao réu de questionar O e P, durante o procedimento prévio, o que tornou insuficientes as medidas de contrabalanceamento para assegurar um julgamento justo com garantia de confiabilidade em uma evidência não contraditada, já que as declarações de O e P foram significativas, diante da sua condição de testemunhas oculares. Neste caso, contudo, a Corte pareceu focar unicamente na impossibilidade de o réu interrogar O e P na audiência prévia. Isso aparenta um retrocesso na posição prévia da Grande Câmara sobre o tema e renovou o foco na direito prévio ao confronto.

A Grande Câmara também considerou alguns fundamentos adotados no Caso Al-Khawaja e Tahery, com destaque para a percepção de que certa evidência será decisiva para a condenação a depender da força relativa de outras evidências corroborativas presentes nos autos. Também avaliou-se que, para afastar o confronto, será necessário um contrabalanceamento suficiente, como é possível exemplificar mediante as seguintes circunstâncias: presença de evidências corroborativas que suportem as declarações, como terceiros para quem a testemunha tenha reportado o ocorrido, provas forenses, pareceres técnicos, ofensas similares cometidas pelo réu, quando estas pessoas testemunham em juízo e foram objeto de *cross examination*; se o réu teve a oportunidade de interrogar a testemunha durante a fase investigativa do processo; se a Corte de julgamento abordou a evidência não confrontada de uma testemunha ausente com cautela e se instruções foram dadas ao júri sobre o peso a ser dado para tal evidência.

Sob este aspecto, a prova corroborativa teria um duplo papel: avaliar o valor probatório de um elemento de prova equiparável ao *hearsay*, que não foi confrontado, e determinar a presença de fatores suficientes de contrabalanceamento.

Apesar de *Schatschaschwili vs. Germany* ter seguido as orientações de Al-Khawaja e Tahery, alcançou-se um resultado diferente. Os fatores que foram considerados como de contrabalanceamento suficiente em *Al-Khawaja e Tahery*

também estavam presentes em *Schatschaschwili vs. Germany*, tais como a narrativa do fato para amigos próximos e declarações para a polícia; a oportunidade de *cross examination* de alguns amigos em julgamento; e a existência de similitude entre o objeto dos autos e outro delito atribuído ao réu. Neste caso, contudo, a Grande Câmara ressaltou a defesa ao confronto, ao focar sua decisão final na impossibilidade de o réu interrogar O e P na audiência preliminar.

Muitas críticas são dirigidas a tal relativização do direito ao confronto, a exemplo das que são apontadas por Hoyano³⁸⁶ sobre a linguagem textual do art. 6º da Convenção não indicar que esta regra está sujeita a temperamentos. Por outro lado, como podem outras evidências que dão mais suporte à acusação, na balança da Justiça, servirem para contrabalancear a desvantagem para a defesa de ser privada do seu direito de confrontar uma prova decisiva?

No Caso Al-Khawaja e Tahery, a corroboração desempenhou um dos mais proeminentes argumentos na avaliação final da Grande Câmara sobre as condicionantes para se admitir a ausência de confronto, ainda quando diante de provas únicas ou decisivas (*sole or decisive basis for the conviction*)³⁸⁷. Conceber que a presença de provas corroborantes é capaz de compensar a violação do direito ao confronto está de acordo com uma visão epistêmica deste direito e, conforme explana Heffernan, gera uma interação confusa entre a avaliação do peso das provas para efeito da regra *sole and decisive* e a avaliação da sua medida no quadro da corroboração como possível fator de contrapeso.

Neste aspecto, se o depoimento de uma testemunha ausente desempenhar um papel decisivo, só poderá ser admitida se for contrabalanceado por uma corroboração. Contudo, quanto mais decisiva for a prova, menos provável será a existência de corroboração e, inversamente, quanto mais substancial for a corroboração, menor será a probabilidade de a prova original ser decisiva. Trata-se, portanto, de um pensamento circular e paradoxal: quanto mais fácil for para o Estado requerido estabelecer que uma declaração extrajudicial é decisiva para o julgamento,

³⁸⁶ HOYANO, Laura. What Is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial, 1 Crim. L. Rev. 4, 28 (2014) (Eng.). In: PARUCH, Deborah. *Testimonial Statements, Reliability, and the Sole or Decisive Evidence Rule: A Comparative Look at the Right of Confrontation in the United States, Canada, and Europe*, Cath. U. L. Rev., 105, 2018, pp. 149-150. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol67/iss1/8>.

³⁸⁷ HEFFERNAN, Liz. Calibrating the right to confrontation. *The International Journal of Evidence & Proof*, 20(2), 2016, pp. 103-111, pp. 109-110. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1365712716631761>. Acesso em: 12 nov. 2023.

mais difícil será satisfazer o requisito das medidas de compensação; isto é, quanto mais decisiva for uma prova, menos provável será que a prova corroborativa estará presente; por outro lado, quanto mais forte for a corroboração, menos parecerá que a prova inicial é decisiva.

A viabilidade da declaração extrajudicial não confrontada pode depender da presença influente de provas de corroboração, como o contrabalanceamento, mas a existência de provas de corroboração pode, por si só, implicar que a declaração não é decisiva³⁸⁸.

³⁸⁸ HEFFERNAN, Liz. Hearsay in Criminal Trials: The Strasbourg Perspective. *Irish Jurist*, 49, 2013, pp. 132–160, p. 156. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/44027255>. Acesso em: 12 nov. 2023.

CONCLUSÃO

O *cooperation agreement* estadunidense insere-se na plêiade de institutos de justiça negociada, em que co-autores e partícipes de certos delitos realizam acordo de cooperação com o Estado, a fim de serem adquiridas evidências destinadas ao processamento de outros indivíduos, em troca de alguma espécie de benefícios no processo. Tais recompensas costumam seguir três modelos básicos: promessa de retirar ou não apresentar certa acusação; promessa de não recomendar certo tipo de sentença ou não se opor a certo tipo de sentença pleiteada pela defesa; e a promessa de concordar com o réu sobre certo tipo de sentença. Ademais, o pacto costuma conter uma cláusula de irresponsabilidade penal limitada ao que foi objeto de seu testemunho (*use immunity*), para que a imunidade processual conferida se condicione ao objeto de seu testemunho e ao distrito correlato à acusação.

O *cooperation agreement* apresenta várias diferenças substanciais em relação ao *plea agreement*, uma vez que não tem como objeto essencial somente a admissão de culpa, mas sim uma cooperação pró-ativa ou histórica do agente criminoso, a fim de se fornecer evidências destinadas ao processamento de outros indivíduos, por meio de um acordo personalizado, mais detalhado e complexo. O instituto também se distingue de outras figuras corriqueiramente utilizadas pela acusação como fonte de evidências contra terceiros, a exemplo do *tipster*, *confidential informant* e *jailhouse informant*.

Em relação ao programa básico de benefícios conferidos, o modelo majoritariamente adotado nos Estados Unidos, na esfera federal, é aquele em que se firmará de maneira clara e certa as obrigações do colaborador (*v.g.*, o dever de testemunhar em juízo), mas permanecerá em aberto a obrigação do Ministério Público de apresentar a moção de assistência substancial em relação ao *cooperator* e este tenderá a ser sentenciado apenas após a conclusão das obrigações assumidas.

A maioria dos acordos de cooperação, na esfera federal, são escritos, embora não haja exigência legal explícita, diferentemente da prática variável dos estados, em que geralmente verificam-se acordos de cooperação celebrados de maneira oral e mais informal.

O Manual do Departamento de Justiça para Procuradores Assistentes dos Estados Unidos (*U.S. Department of Justice Manual, Principles of Federal*

Prosecution) prevê algumas orientações aos agentes da lei para a celebração do *cooperation*, no que diz respeito à conveniência do acordo, ao momento de concessão de benefícios e à avaliação sobre o interesse público no caso e a qualidade da colaboração ofertada pelo *accomplice*.

Com a assinatura do acordo, após o cumprimento de suas obrigações, o *cooperator* poderá fazer jus à redução de sua pena, para aquém do mínimo legal pré-fixado, devido ao “aceite de responsabilidade” do *cooperator*, combinado com a “moção de assistência substancial”, eventualmente ofertada pelo Ministério Público. Tal prerrogativa, conferida aos promotores com base no *U.S. Sentencing Guidelines* (Parágrafo 5K1.1), constitui um dos aspectos mais imprevisíveis do processo de cooperação com criminosos, segundo a literatura consultada, devido à regra da discricionariedade insindicação do Ministério Público para conceder ou não a moção, e por causa do sistema de recompensa variável.

Um dos mais críticos aspectos do *cooperation agreement* diz respeito à possibilidade de fabricação de informações pelos *cooperators*, razão pela qual o debate sobre a busca da verdade no sistema adversarial torna-se premente.

Neste sentido, as notas marcantes do individualismo competitivo, da igualdade formal das partes e da neutralidade do julgador impactaram definitivamente a noção de busca da verdade nos países sob a égide do sistema adversarial. Deste modo, apenas mediante a competição justa entre duas partes, as quais definem a própria extensão da disputa, e a avaliação do seu desempenho por um julgador passivo, seria possível afirmar qual versão sobre os fatos deve sagrar-se vencedora.

No caso do *cooperation agreement*, este ideário de busca da verdade gera uma série de desafios na gestão das provas para a reconstituição dos fatos, já que a qualidade do material probatório fornecido pelo *accomplice* dependerá essencialmente do confronto das partes e o julgamento do caso estará condicionado a fenômenos como as falsas confissões e *tunnel vision*, bem como a *sinceridade* dos testemunhos, e não a sua *veracidade*, tornar-se-á o foco principal de preocupação.

Neste sentido, o sistema jurídico tende a se preocupar em garantir apenas que a testemunha não afirme nada em que não creia, nem afirme algo que não corresponda à sua memória. Contudo, isto pode incrementar os riscos de erro judiciário, por restringir a gestão da prova ao estado psicológico da testemunha, com consequências graves no tipo de evidências adotadas para fundamentar uma condenação. A *confiança* passa a ser adotada como fator preponderante de validação

de um testemunho e disto decorrerá uma incapacidade estrutural de solver muitos desafios epistêmicos do processo, a exemplo dos ditos “erros sinceros”, que ocorrem quando a crença original da testemunha é equivocada, embora haja sentimento de sincera confiança do declarante sobre o que afirma (isto é, a testemunha é sincera, mas sua declaração não é verdadeira).

Esta discussão, ao lado de outros fatores apontados pela psicologia (v.g., falhas de memória, dificuldade de compreensão ou expressão linguísticas, distintos graus de instrução dos sujeitos comunicativos, incapacidade dos agentes da lei de detectar mentiras etc.), geraram uma revalorização da dimensão epistêmica do “testemunho jurídico”. O cotejo objetivo da narrativa testemunhal com outros elementos probatórios passa a se tornar uma medida de prudência, mormente no contexto adversarial, em que não há propriamente uma preocupação deliberada com a verdade no processo como correspondência, diante da valorização do resultado do embate dialético-argumentativo entre as partes. A mesma precaução também deve aplicar-se a institutos negociais como o *cooperation agreement*, em que já se reconhece quão débeis são os mecanismos clássicos de controle sobre a fidedignidade das declarações, tais como o juramento e o perjúrio.

Os direitos de defesa, a par de seus valores intrínsecos e autônomos para a legitimidade de qualquer medida estatal punitiva, atendem igualmente ao propósito de busca da verdade, uma vez que permitem a fiscalização da correta aplicação de regras epistemológicas e jurídicas na admissão da prova, e criam um ambiente mais rico de reconstituição dos fatos. Todavia do embate dialético das partes não decorre necessariamente todos os fatores que habilitarão uma valoração segura sobre a confiabilidade do testemunho ou sobre tudo o que a testemunha sabe sobre os fatos, máxime num ambiente jurídico adversarial, em que não há neutralidade na escolha, preparação e inquirição das testemunhas por cada uma das partes, o juiz adota postura passiva do juiz nas audiências, o regime do *direct examination* etc.

O direito ao confronto, de maneira particular, é marca característica do modelo defensivo adversarial. Foi consagrado nos Estados Unidos como a garantia ao acusado de ser confrontado com as testemunhas de acusação, em todos os processos criminais, mediante a Sexta Emenda à Constituição, e atualmente encontra-se vastamente registrado no ordenamento internacional, como é possível observar na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6º, nº 3, d).

Associado tradicionalmente ao conceito de *cross examination* (direito de realizar a inquirição cruzada das testemunhas), tornou-se um dos grandes pilares do sistema processual dos Estados Unidos e atualmente já conta com elaborações teóricas mais amplas, a englobar outras prerrogativas do acusado, *v.g.*: produção da prova testemunhal em audiência pública, com a presença física do réu e do julgador do mérito da causa, dever das testemunhas de se comprometerem a dizer a verdade, descoberta da real identidade das testemunhas e inquirição das fontes de prova testemunhal desfavoráveis, no momento concomitante à colheita das respectivas declarações.

Nos ordenamentos do sistema *civil law*, tais como o direito continental europeu, colheram-se frutos deste debate, por meio da concepção de “direito a um processo equitativo” (*fair trial*), não obstante a realidade dos diferentes regimes jurídicos sobrepostos na comunidade europeia. Neste contexto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos historicamente tem definido as linhas mestras do direito ao confronto no ordenamento europeu, devido à inexistência, em regra, de *exclusionary rules*, e longe de uma vertente classicamente adversarial. O Caso *Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido* foi emblemático neste movimento, ocasião em que a Corte declarou a necessidade de se excluir prova testemunhal não confrontada pelo acusado, quando esta prova é decisiva ou única para a condenação (cláusula do *sole or decisive evidence*) e não se observaram medidas alternativas de compensação ou contrabalanceamento ao direito de defesa sonogado.

No *cooperation agreement*, em particular, é possível citar inúmeros desafios para os direitos de defesa, tais como as dificuldades de implementação de ampla divulgação das promessas (explícitas e implícitas) ofertadas ao *accomplice*, em troca de sua colaboração; poucos registros escritos das informações que circulam nas sessões exploratórias com os agentes da lei, ocasião em que nem é assegurado assistência técnica ao *cooperator*; além da praxe federal e estadual de não se registrar a existência dos acordos de cooperação por escrito nos arquivos públicos das instituições.

A colaboração processual com *accomplices* também é objeto de preocupação no que diz respeito à valoração de eventual prova testemunhal pelos jurados. Sendo o júri um dos pilares fundamentais do sistema judiciário norte-americano, costuma ser praticada espécie de advertência aos jurados, sobre o interesse jurídico da testemunha na causa, antes de iniciado o julgamento, devido a sua condição de

criminoso e da promessa de vantagens penais ou processuais em troca do testemunho. Tal admoestação tem sido aplicada naquele país em alguns estados, como técnica para evitar erros judiciais e consiste basicamente no alerta ao júri sobre a necessidade de cautela na análise das declarações provenientes do *accomplice*. Em muitas instâncias, este tipo de instrução representa não mais do que lançar em suspeição a veracidade do testemunho, mediante a afirmação - reconhecida pelo senso comum - de que o colaborador tem interesses egoísticos no resultado do processo.

Predomina na Suprema Corte dos Estados Unidos a visão de que há três salvaguardas no sistema de defesa daquele país, capazes de garantir um alerta suficiente ao júri acerca das dificuldades probatórias advindas dos acordos de cooperação: revelação ao réu da existência de acordo com o Estado; exercício do *cross examination*; e advertência aos jurados sobre a necessidade de valorar com cuidado o depoimento do colaborador.

Neste último aspecto, é possível encaixar tal espécie de aviso aos jurados numa filosofia adversarial de resolução dos conflitos, que não exatamente eleva como um dos valores buscados no processo a “verdade como correspondência”. Deveras, com base em *argumentum ad hominem*, não se concita diretamente à análise concreta dos fatos e sua verdade, em correspondência com os elementos da realidade efetivamente ligados à conduta criminal perscrutada.

Outra característica determinante do sistema norte-americano é o padrão altamente discricionário de atuação do Ministério Público, que gera forte repercussão na gestão da prova no *cooperation agreement*. Alguns fatores contribuem para este quadro, tais como a ausência de diretrizes de conduta vinculantes, que uniformizem os critérios de oportunidade para a celebração de acordos de cooperação e de seleção de *accomplices*, bem como o *déficit* no controle interno destes agentes da lei, devido à forma como a instituição organiza a circulação informacional das condutas decisórias de seus membros. Paralelamente, também se observa a inexistência de mecanismos efetivos para a sindicabilidade externa da função ministerial (o que não sói ocorrer em outros institutos jurídicos, *v.g.*, escutas telefônicas, pedidos de busca em escritórios advocatícios ou de extradição).

Como resultado, verificam-se com frequência fenômenos que repercutem diretamente na esfera de direitos de defesa, tanto do *cooperator*, quanto do coarguido delatado, a exemplo de incentivos implícitos ou ocultos conferidos ao

colaborador e da realização de acordos com cláusulas abertas e indefinidas. Igualmente, muitos dilemas advêm das reuniões privadas preliminares, realizadas com a acusação (*proffer sessions*), uma vez que nem todas resultam em acordos escritos com garantia de imunidade em relação às informações ali prestadas (tal qual ocorre no modelo *Queen for a day*) e também porque a jurisprudência norte-americana ocasionalmente permite a relativização desta imunização, com a possibilidade de utilização eventual das declarações fornecidas naquela reunião, a fim de refutar quaisquer provas ou argumentos oferecidos eventualmente por sua defesa em alguma fase do processo.

Neste contexto, um dos pontos mais problemáticos deste cenário de discricionariedade ministerial no âmbito do *cooperation agreement* é o senso de oportunidade e conveniência para a apresentação da moção de assistência substancial, com base no § 5K1.1 da *Sentencing Guidelines*, apenas a partir da qual será possível ao juiz deferir alguma vantagem jurídica ao *cooperator*.

O uso de declarações testemunhais provenientes de criminosos, mediante mecanismos como o *cooperation agreement*, pode aumentar substancialmente a quantidade de erros judiciais, por todos os aspectos suscitados. Isto posto, a par do exercício dos direitos de defesa, a corroboração probatória pode apresentar-se como importante ferramenta de controle epistêmico da qualidade das evidências adotadas para fundamentar uma condenação.

A corroboração probatória é considerada uma técnica de verificação das declarações testemunhais de co-arguidos, em que se pleiteia evidência adicional, não coincidente com o fato *probandum* principal do processo (e nem dele deduzível de maneira direta), mas que permite concluir que o declarante, cuja narrativa pretende-se confirmar, fundamentou-se na realidade dos acontecimentos.

É instituto que não tem aplicação uniforme nem entre países da mesma tradição jurídica, apresenta natureza jurídica que oscila historicamente nos ordenamentos, ora como requisito de admissibilidade ora como regra de suficiência probatória. Todavia, costuma englobar os seguintes aspectos: o fato corroborante deve ser alheio e não derivado da própria testemunha “suspeita”, e as provas comprobatórias devem relacionar o acusado à prática do delito, embora a evidência que implique o acusado não precise confirmar especificamente qualquer parte da narrativa da testemunha. Ademais, sugere-se que a corroboração se estenda a cada fato criminoso singular investigado e a cada arguido, de maneira particular, na parte

que efetivamente importa para fundamentar o decreto condenatório, sem que seja necessário lastrear todos os detalhes da narrativa do co-arguido.

A corroboração claramente favorece à prevenção de erros judiciários, pois representa uma maneira confiável de manter uma vantagem informativa, diante do *accomplice*, a fim de se verificar a versão apresentada no testemunho. Todavia, a metodologia de corroboração aplicada dependerá, por sua vez, de uma decisão político-moral, isto é, do modelo de *standard* probatório adotado no caso concreto: para se concluir que uma das conjecturas dos autos deve ser alçada à qualidade de fato provado, é necessário contar com um umbral a partir do qual a probabilidade sobre a veracidade de determinado fato será tido por suficiente, de acordo com uma decisão de repartição dos riscos de erro no processo. Deste modo, o conceito de *standard* de prova, pois, depende essencialmente da noção de corroboração da prova e também está sujeito à fisionomia geral de cada sistema jurídico.

Os Estados Unidos contêm diversas regras de corroboração, na esfera estadual, para que, em resumo, seja exigida a corroboração de determinados depoimentos prestados por certas categorias de testemunhas ou diante de delitos específicos, ao contrário de outras tradições jurídicas da *common law*, tais como Inglaterra e Canadá. O sistema federal americano, contudo, não apresenta normas explícitas neste sentido, nem um conceito claro com os elementos do que deve ser entendido como corroboração. Assim, as Cortes oscilam ora pela recomendação de corroboração nos depoimentos de *accomplices*, ora apenas pela advertência ao júri sobre a necessária cautela na avaliação do depoimento.

Nos Estados Unidos, não há regra na esfera federal que impeça a condenação baseada em testemunhos não corroborados de co-arguidos, razão pela qual permanece como garantia ao réu apenas a realização discricionária de alerta ao júri, pelo magistrado, contra a confiança excessiva no testemunho de cúmplices. No plano estadual, dezesseis estados e alguns territórios estabeleceram a necessidade de corroboração das declarações do *accomplice* para sustentar uma condenação criminal (Alabama, Alaska, Arkansas, Califórnia, Geórgia, Idaho, Iowa, Minnesota, Montana, Nevada, New York, North Dakota, Oklahoma, Oregon, Texas, South Dakota, Puerto Rico). Em Alabama, Arkansas e Geórgia, a corroboração é obrigatória apenas em crimes mais graves (*felonies*). Também há situações no direito americano em que não está em jogo propriamente o depoimento de um *accomplice*, mas ainda

assim exige-se a corroboração para certos tipos de delito (v.g., crime contra segurança nacional e perjúrio).

Na maioria dos regramentos estaduais, a prova corroborativa exigida poderá ser relativamente independente da prova ofertada pelo *accomplice* e admite-se que a conexão do réu com o fato principal seja indireta, ou seja, que a evidência adicional vincule apenas tendencialmente o acusado. Tal cenário é alvo de muitas críticas, diante da probabilidade de o elemento corroborante fundamentar apenas circunstâncias laterais do delito.

Após evolução jurisprudencial sobre o tema, a maioria das Cortes norte-americanas passou a aplicar a seguinte espécie de *standard*, quando presente no processo um depoimento relevante de *accomplice*: a corroboração deve ser demonstrada e/ou o júri deve ser advertido sobre os riscos advindos do testemunho do co-arguido. Portanto, à falta de uma regra explícita, notadamente no âmbito federal, o júri norte-americano acaba por não conseguir analisar objetiva e sistematicamente a credibilidade e o peso probatório do testemunho de um cúmplice, o que pode gerar julgamentos das mais diversas estirpes: ora absolvições em que a corroboração ou a advertência ao júri foi desprezada, ora condenações conquanto descumpridas as *safeguards* acima referidas.

O regime jurídico da confissão nos Estados Unidos conta com algumas garantias que visam a resguardar a confiabilidade da declaração, a exemplo da realização de audiências para se aferir a voluntariedade do ato (audiências de *Kastigar*) e a exigência de corroboração por provas independentes substanciais, sem as quais a absolvição criminal será imposta, por não ter se alcançado o *standard* para uma condenação além de uma dúvida razoável. Neste sentido, quase todos os estados norte-americanos exigem que o juiz avalie inicialmente a presença de corroboração quando há confissão nos autos, não obstante também neste campo haja debilidade e fragilidade semântica na prescrição.

Em resumo, portanto, embora o réu possa ser condenado com base em depoimento não corroborado de *accomplice*, o julgador pode discricionariamente instruir os jurados para não condenarem com fundamento apenas naquelas declarações, exceto se corroboradas. Esta omissão, contudo, não é motivo suficiente para a reforma da sentença ou para a realização de novo julgamento, até mesmo nas unidades federativas que exigem legalmente a corroboração.

A corroboração não é mecanismo indene de desafios, como se pode observar nas situações em que o caso criminal depende de informações privilegiadas sobre os aspectos mais *interna corporis* das organizações criminosas e torna-se difícil encontrar evidências extrínsecas objetivas para corroborar o testemunho (v.g., delitos de drogas, corrupção, antitruste). Ademais, ainda quando prevista nominalmente nas legislações estaduais, a corroboração padece de baixa imperatividade e coercibilidade, devido à inexistência de uma definição técnica que contenha elementos conceituais claros e objetivos. Por outro lado, há vicissitudes investigativas que permitem não raro que o co-arguido seja a única fonte de interpretação de elementos corroborativos obtidos pelos agentes da lei.

Os sistemas jurídicos da tradição *Civil Law* não tendem a identificar o juízo de corroboração como um instituto digno de tratamento especial, devido a sua vinculação histórica a figuras como a prova indiciária, prova direta e indireta e na fase da valoração probatória.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mediante alguns casos emblemáticos como *Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido*, e *Schatschaschwili vs. Germany*, tratou de maneira muito própria o exercício do direito ao confronto, desviando-se da herança adversarial em que tal regra foi gerada, por meio da *sole or decisive evidence rule*, a qual representa uma forma de aplicação do conceito de corroboração.

Em *Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido*, considerou-se de maneira explícita que em algumas situações é *necessária* a mitigação do direito ao confronto, após uma análise global do processo indicar que a declaração testemunhal não confrontada está acompanhada de evidências de suporte corroborativas, consideradas pelo Tribunal como fatores de “contrabalanceamento”. A corroboração desempenhou um dos mais proeminentes argumentos na avaliação final da Grande Câmara sobre as condições para se admitir a ausência de confronto, ainda quando diante de provas únicas ou decisivas (*sole or decisive basis for the conviction*).

No Caso *Schatschaschwili vs. Germany*, o TDEH seguiu os fundamentos básicos do *Al-Khawaja e Tahery*, mas acabou por adotar resultado diverso, por considerar que no caso concreto não haveria prova corroborativa capaz de compensar os prejuízos causados pela ausência de confronto de algumas testemunhas, cujas declarações eram essenciais para a condenação.

BIBLIOGRAFIA

ABA. *Rule 3.8: Special Responsibilities of a Prosecutor*. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_3_8_special_responsibilities_of_a_prosecutor/.

AEBI, Marcelo F. & CAMPISTOL, Claudia. Voluntary' false confessions as a source of wrongful convictions: The case of Spain. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013.

AMBOS, Kai. O direito à não autoincriminação de testemunhas perante o tribunal penal internacional. *Revista de Estudos Criminais*, 2(8), 2003.

BACHMEIR WINTER, Lorena. II Workshop Internacional "Quaestio Facti". Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=uL6f8Xj3pOI&ab_channel=CentrodeInvestiga%C3%A7%C3%A3odeDireitoPrivado, [00: 08:26].

BACHMEIR WINTER, Lorena. Principio de inmediación y confrontación: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical. In: AMBOS, K. y MALARINO, E. (coord.). *Fundamentos de Derecho Probatorio del Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

BADARÓ, Gustavo H. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 4(1), 2018, pp. 43-80.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 132.

BADARÓ, Gustavo. A valoração probatória da colaboração premiada. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: Juspodvm, 2020.

BADARÓ, Gustavo. O valor probatório da delação premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13, *Consulex*: 19(443), 2015.

BAER, Miriam H. Cooperation's Cost. *Washington University Law Review*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1665137>, pp. 1-53.

BAR. *Criminal justice standards*. Disponível em: https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards/ProsecutionFunctionFourthEdition/.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁSQUEZ, Cármen (ed.). *Estándares de Prueba y Prueba Científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 21-40.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Valoração racional da prova*. Trad. Vítor de Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021.

BIBAS, Stephanos. Prosecutorial Regulation Versus Prosecutorial Accountability. *University of Pennsylvania Law Review*. 157(4), 2009, pp. 959-1016. Disponível em: <https://www.law.upenn.edu/live/files/97-bibas157upalrev9592009pdf>.

BRANTS, Chrisje. Tunnel Vision, Belief Perseverance and Bias Confirmation: Only Human. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013.

BRASIL. *Lei n. 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm.

CAMMACK, Mark E. The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule. In: THAMAN, Stephen. (ed.). *Exclusionary Rules in Comparative Law*. London: Springer, 2013.

CASSIDY, R. Michael. 'Soft words of hope': Giglio, accomplice witnesses, and the problem of implied inducements". *Northwestern University Law Review*, 2004, 98(3), pp. 1129-1177. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=525622&download=yes.

CHASE, Oscar G. *Law, culture and ritual: Disputing systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005.

CLL. *Equal Protection*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/equal_protection.

CLL. *Rule 11. Pleas*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11.

CLL. *Rule 403. Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_404.

CLL. *Rule 404. Character Evidence; Other Crimes, Wrongs, or Acts*. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_404.

COHEN, Steven M. What Is True? Perspectives of a Former Prosecutor. *Cardozo Law Review*, 23(1), 2002, pp. 817–82, pp. 823-824 .

DAMASKA, Mirjan R. Of Hearsay and Its Analogues. *Minnesota Law Review*, 1977.

DAMASKA, Mirjan R., *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1591.

DI CHIARA, G. Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987.

DIGES, M. *Testigos sospechosos y recuerdos falsos: estudios de psicología forense*, Madrid, Trotta, 2016.

DIONYSOPOULOU, Athanasia. *Das Konfrontationsrecht des Beschuldigten in der jüngsten Rechtsprechung des EGMR nach dem Urteil Schatschaschwili gegen Deutschland*. ZIS, 10/2017.

ECHR. *Case-Law*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22AlKhawaja%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-108072%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22AlKhawaja%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-108072%22]}).

ECHR. *Schatschaschwili vs. Germany*. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22Schatschaschwili%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-159566%22}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22Schatschaschwili%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-159566%22}).

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras. O direito ao confronto e o caso Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido. *Revista de Concorrência e Regulação*, nº 23-24, 2015.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras. *O direito do acusado ao confronto das testemunhas de acusação na produção da prova penal*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

FORST, Brian. “Wrongful Convictions in a World of Miscarriages of Justice”. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice* –

Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems. New York: Routledge, 2013.

FRIEDMAN, Richard D. Confrontation: The Search for Basic Principles. *Geo. L. J.*, 86(4), 1998, pp. 1011-1043.

FRIEDMAN, Richard D. 'Face to Face': Rediscovering the Right to Confront Prosecution Witnesses. *Int'l J. Evidence & Proof* 8, n. 1, 2004, pp. 1-30.

GARRETT, Brandon L. Trial and error. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013.

GILLIÉRON, Gwladys. The Risks of Summary Proceedings, Plea Bargains, and Penal Orders in Producing Wrongful Convictions in the U.S. and Europe. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013, pp. 237-260.

GILLIÉRON, Gwladys. The Risks of Summary Proceedings, Plea Bargains, and Penal Orders in Producing Wrongful Convictions in the U.S. and Europe. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013.

GLATT, Rachel. Diretrizes para a celebração de acordos de colaboração premiada pelas autoridades públicas. In: SOUSA MENDES, Paulo de; PEREIRA, Rui Soares (coords.). *Novos Desafios da Prova Penal*. Volume II, Coimbra: Almedina, 2020.

GLESS, Sabine. A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: um desafio para a defesa em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, 21(3), 2011, pp. 395-426.

GRANDE, Elisabetta. Dances of criminal justice : thoughts on systemic differences and the search for the truth. In: JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter (Editor). *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in honour of Professor Mirjan Damaška*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

HAACK, S. Toda la verdad y nada más que la verdad. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S. l.], 35, 2012, pp. 571–587, p. 585. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2012-n35-toda-la-verdad-y-nada-mas-que-la-verdad>.

HARTMANN, Stefan Espírito Santo. *O juízo de corroboração das declarações do corréu colaborador nos acordos de colaboração premiada*. Dissertação (Mestrado),

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

HEFFERNAN, Liz. Calibrating the right to confrontation. *The International Journal of Evidence & Proof*, 20(2), 2016, pp. 103-111, pp. 109-110. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1365712716631761>.

HEFFERNAN, Liz. Hearsay in Criminal Trials: The Strasbourg Perspective. *Irish Jurist*, 49, 2013, pp. 132–160, p. 156. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/44027255>.

HOYANO, Laura. What Is Balanced on the Scales of Justice? In Search of the Essence of the Right to a Fair Trial, 1 *Crim. L. Rev.* 4, 28 (2014) (Eng.). In: PARUCH, Deborah. *Testimonial Statements, Reliability, and the Sole or Decisive Evidence Rule: A Comparative Look at the Right of Confrontation in the United States, Canada, and Europe*, *Cath. U. L. Rev.*, 105, 2018, pp. 149-150. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/lawreview/vol67/iss1/8>.

HUGHES, Graham. Agreements for Cooperation in Criminal Cases, *Vanderbilt Law Review* 45(1), 1992, pp. 31-32.

JACKSON, John. Transnational Faces of Justice: Two Attempts to Build Common Standards Beyond National Boundaries. In: J. Jackson, M. Langer & P. Tillers (Eds.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška* (pp. 221–250). London: Hart Publishing, 2008.

KEANE, A., GRIFFITHS, J. & MCKEOWN, P. The burden and standard of proof. In: KEANE, A., GRIFFITHS, J. & MCKEOWN, P. (eds.), *The Modern Law of Evidence*. 8.^a ed., Oxford: Oxford University Press.

KILLIAS, Martin. Errors Occur Everywhere—But not at the Same Frequency: The Role of Procedural Systems in Wrongful Convictions. In: HUFF, C. Ronald; KILLIAS, Martin (eds.). *Wrongful convictions & Miscarriages of Justice – Causes and remedies in North American and European Criminal Justice Systems*. New York: Routledge, 2013.

KNIZHNIK, Shana. Failed Snitches and Sentencing Stitches: Substantial Assistance and the Cooperator's Dilemma, 2015, 90(1), *N.Y.U. L. Rev.*, pp. 1722-1760.

LANGBEIN, John H., *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford: Oxford Studies in Modern Legal History, 2005, p. 202-203.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, 2(3), 2017, pp. 33-34.

LANGER, Máximo. En el principio era Fortescue: Acerca de los orígenes intelectuales de los sistemas acusatorio e inquisitivo, y de la contraposición e entre derecho anglosajón y derecho continental –europeo en el proceso penal comparado”. *En Letra*, n.º 04, 2017, p. 191-223.

LAUDAN, Larry. “Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica”. Trad. Carmen Vázquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LEE, Cynthia. Prosecutorial Discretion, Substantial Assistance, and the Federal Sentencing Guidelines. *UCLA Law Review*, 42(1), 105, 1994, pp. 127-128.

LIPPKE, Richard. Rewarding Cooperation: The Moral Complexities of Procuring Accomplice Testimony. *New Criminal Law Review*, 13(1), 2010, pp. 90-118. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2189442>.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: A. M. Teixeira & C.ª, 1927.

MANZANERO, A. L., QUINTANA, J. M., e CONTRERAS, M. J. Importance of police experience on intuitive credibility of people with intellectual disabilities. *Research in Developmental Disabilities*, 36(1), pp. 191–197.

MARQUES, João Paulo Remédio. A aquisição e a valoração probatória de factos (des)favoráveis ao depoente ou à parte chamada a prestar informações ou esclarecimentos. *Julgar*, 16(1), 2012, pp. 137-172. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2012/01/07-DEBATER-A-aquisi%C3%A7%C3%A3o-e-a-valora%C3%A7%C3%A3o-probat%C3%B3ria-de-factos-desfavor%C3%A1veis.pdf>.

MARTINEZ, Spencer. Bargaining for Testimony: Bias of Witnesses Who Testify in Exchange for Leniency. *CLEV. ST. L. REV.* 141(1), 1999.

MAXFIELD, Linda; KRAMER, John. *Substantial Assistance*: an empirical yardstick gauging equity in current federal policy and practice. Disponível em: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/1998/199801_5K_Report.pdf.

MCINERNY, DQ. *Use a lógica*: um guia para o pensamento eficaz. Rio de Janeiro: BestSeller, 2007.

MELIM, Mafalda. Standards de prova e grau de convicção do julgador. *Revista de concorrência e regulação*, n. 16, 2013, p. 144.

MENDES, Paulo de Sousa. A incerteza factual e a prova no processo penal. In: PITON, André Paulino; CARNEIRO, Ana Teresa (org.). *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros/Letras e Conceitos, 2016, pp. 1068-1069.

MENDES, Paulo de Sousa. A prova penal e as regras da experiência. *In: Aa.Vv. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. III, Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

MENDES, Paulo de Sousa. A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento. *In: Aa. Vv. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*. Coimbra : Coimbra Editora, vol. 2, 2013.

MENDES, Paulo de Sousa. O *standard* de prova e as probabilidades: uma proposta de interpretação inspirada no direito comparado. *In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (Editor). Fundamentos de direito probatório em matéria penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. *In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MIRANDA, Estrampes. La declaración del coimputado como prueba de cargo suficiente: análisis desde la perspectiva de la doctrina del TC. (Radiografía de un giro constitucional involucionista), *Revista Xurídica Galega*, n.º 58, 2008, pp. 13-21.

NAFTALIS, Benjamim A. "Queen for a Day" Agreements and the Proper Scope of Permissible Waiver of the Federal Plea-Statement Rules, *Colum. J.L.*, 57(1), 2003, pp. 1-56.

NANCE, Dale A. *II International Workshop "Quaestio Facti"*. Youtube. Disponível em: <https://youtu.be/H4wxrj2OGo4?si=rlfFS1IM7qn3kTiR>.

NCVLI. *Discovery versus Production*. Disponível em: <https://law.lclark.edu/live/files/21768-discovery-versus-productionthere-is-a>.

NORFOLK. *Why were the Norfolk four convicted*. Disponível em: <http://www.norfolkfour.com/>.

ÖLÇER, F. Pinar. The European Court of Human Rights: The Fair Trial Analysis Under Article 6 of the European Convention of Human Rights. *In: THAMAN, S. (eds). Exclusionary Rules in Comparative Law*. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, Vol. 20. Dordrecht: Springer, 2013.

PALMA, Maria Fernanda. O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade. *Julgar*, n. 29, 2016, p. 107.

PEDRA, Catarina Gomes. *A prova por Declarações de Parte no Novo Código de Processo Civil*. Em busca da Verdade Material no Processo. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade do Minho, Braga, 2014, 168 f. Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/44537/1/Catarina%20Gomes%20Pedra.pdf>.

PEREIRA, Rui Soares. Reflexões sobre uma teoria híbrida da prova. In: MIRANDA, Jorge (org.), et al. *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2012.

PERELMAN, Chan; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIZZI, William T. Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body?. In: J. JACKSON, John. LANGER, Máximo. & TILLERS, J. (Eds.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, pp. 65–80. London: Hart Publishing, 2008.

RAKOFF, J. S. *Why innocent people plead guilty*. The New York Review of Books, 2014. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>.

RAMOS, Vitor de Paula. *La Prueba Testifical*. Madrid: Marcial Pons, 2019, p. 81.

ROTH, Jessica. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. *American Criminal Law Review*, 737(1), 2016.

SALAS, Fernando Lunas. Fiabilidad de la prueba testimonial: breve análisis desde la psicología del testimonio y los errores de la memoria. *Prolegómenos*, 24(48), 2021, pp. 53-67. Disponível em: <https://doi.org/10.18359/prole.5701>.

SALGADO, Daniel de Resende. *A metaprova no processo penal: seu perfil conceitual e funcional e o controle racional da fiabilidade da prova*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SAVERDA, Christine J. Accomplices in federal courts: a case for increased evidentiary standards. *The Yale Law Journal*, 100(3), 1990, pp. 785–804.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental.

Revista Liberdades, 11(1). Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/redirecionalLeituraPDF/7330>.

SEIÇA, António Alberto Medina de. *O conhecimento probatório do co-arguido*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

SIDHU, Dave S. *When Is a Mandatory Minimum Sentence Not Mandatory Under the First Step Act?*. Congressional Research Service, 2023. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10910>.

SIEGLE, Christopher. United States v. Mezzanatto: Effectively Denying Yet Another Procedural Safeguard to Innocent Defendants. *Tulsa L. J.*, 32, 2013, pp. 119-143, pp. 120-128.

STRANG, Robert R. Plea bargaining, cooperation agreements, and immunity orders. *International Training Course Visitings Expert's Papers*, 155(92), 2015, pp. 30-37. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/04ee/8da129e50f2cf4f8ce3cdc4df46bc3cabfa3.pdf?_ga=2.211568535.364331692.1552851463-661853801.1552851463.

SUPREME COURT. *State v. Crawford*. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/wa-supreme-court/1281961.html>.

TARUFFO, Michele. *A Prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

THAMAN, Stephen C. São os acordos de cooperação no direito penal estadunidense reforços à verdade na apuração de fatos em casos graves? *In: AMBOS, Kai et al. Colaboração premiada: perspectiva comparada*. Belo Horizonte: Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 241-267.

THAMAN, Stephen. *II Workshop Internacional "Quaestio facti"*. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=tBr6WMuQ12Q&t=11s>.

TODDWELD. *A survey of federal proffer agreements*. Disponível em: https://www.toddweld.com/C855A0/assets/files/documents/p16-26_Martin-Distefano_A_Survey_of_Federal_Proffer_Agreements_Sept-Oct_2020_Champion-4.pdf.

U.K. *Corroboration of evidence in criminal trials*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>.

U.K. *Criminal Justice and Public Order Act 1994*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/section/32>.

U.K. *Law Commissions Act 1965*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/22>.

U.K. *Perjury Act 1911*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/1-2/6/section/13>.

U.K. *Road Traffic Regulation Act*. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/27/section/89>.

U.K. *Working paper 115. Law Commissions*. Disponível em: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.115-Corroboration-of-Evidence-in-Criminal-Trials.pdf>.

U.S. *California Penal Code*. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=7.&part=2.&chapter=2.&article=.

U.S. *Constitution of the United States*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

U.S. COURT. *Brady vs. Maryland*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/>.

U.S. COURT. *Judicial Conference Policy on Privacy and Public Access to Electronic Case Files*. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/rules-policies/judiciary-policies/privacy-policy-electronic-case-files>.

U.S. COURT. *Weatherford vs. Busey*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/545/>.

U.S. *Department of Justice – Principles of Federal Prosecution*. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-27000-principles-federal-prosecution#9-27.630>.

U.S. *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules/FRCrP12.1.2014.pdf.

U.S. *Federal Rules of Evidence*. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/Rules%20of%20Evidence>.

U.S. *Foreword to Model Code of Evidence 37 (1942)*. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?jsessionid=CC1BD382D6697727889876F2E657F06E?req=granuleid%3AUSC-prelim-title28a-node219&saved=%7ClnRvIGluY2x1ZGUi%7CdHJIZXNvcnQ%3D%7CdHJ1ZQ%3D%3D%7C1373%7Ctrue%7Cprelim&edition=prelim>.

U.S. *Justice Manual*. Disponível em: http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/27mcrm.htm#9-27.620.

U.S. *Ohio Revised Code Title XXIX*. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/oh/title-xxix-crimes-procedure/oh-rev-code-sect-2923-03.html>.

U.S. *Oklahoma Estatutes*. Disponível em: <http://ok.elaws.us/os/22-742>.

U.S. *Oregon Revised Statutes Courts of Record*. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/or/title-1-courts-of-record-court-officers-juries/or-rev-st-sect-10-095.html>.

U.S. *Procedure in criminal matters*. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/or/title-14-procedure-in-criminal-matters-generally/or-rev-st-sect-136-440.html>.

U.S. SUPREME COURT. *Giglio v. United States*. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1971/70-29>.

U.S. SUPREME COURT. *Giglio vs. USA*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/150/>.

U.S. SUPREME COURT. *Wade v. United States*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/181/>.

U.S. *Texas Code of Criminal Procedure*. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/tx/code-of-criminal-procedure/crim-ptx-crim-pro-art-38-14.html>.

U.S. *United States Code*. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title18-section6002&num=0&edition=prelim>.

U.S. *United States Code*. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/title28a/node218&edition=prelim>.

U.S. *United States Code*. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title18/html/USCODE-2011->

title18-partII-chap227.htm.

U.S. *United States Code*.
<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title28/title28a/node218&edition=prelim>.

U.S. *Utah Code Title 77*. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/ut/title-77-utah-code-of-criminal-procedure/ut-code-sect-77-17-7.html>.

UE. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

UNIDROIT. *Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure*. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/civil-procedure/ali-unidroit-principles/>.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Guidelines Manual*. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2021/GLMFull.pdf>.

US COURT OF APPEALS. *United States v. Dailey*. Disponível em: <https://casetext.com/case/united-states-v-dailey-3#e2310081-aef3-4db1-9024-332e5b1ea624-fn8>.

USSC. *Sentencing Guidelines Manual*. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>.

USSC. *United States Sentencing Commission*. Disponível em: <https://www.ussc.gov/>.

VANDERPUYE, Kweku. Traditions in Conflict: The Internationalization of Confrontation. *Cornell International Law Journal*: 43(3), 2010, pp. 514-583. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol43/iss3/3>.

VIEIRA, Antonio. Riesgos y Controles epistémicos en la delación premiada: aportaciones a partir de la experiencia en Brasil. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (eds.). *Del Derecho ao razonamiento probatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

WEINSTEIN, Ian. Regulating the Market for Snitches, *Buff. L. Rev.*, 563, 1999, pp. 773-574.

WIDDER, Elmar. The Right to Challenge Witnesses – an Application of Strasbourg's Flexible 'Sole and Decisive' Rule to other Human Rights. *Cambridge International Law Journal*, 3(4), 2014, pp. 1084-1097.

WINTER, Bachmaier. II Workshop Internacional "Quaestio Facti". Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=uL6f8Xj3pOI&ab_channel=CentrodeInvestiga%C3%A7%C3%A3odeDireitoPrivado, [00: 03:23].

YAROSHEFSKY, Ellen. Cooperation with Federal Prosecutors: Experiences of Truth Telling and Embellishment. *Fordham L. Rev.*, 1999, 68(1), pp. 917-964.