XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

ELAINE HARZHEIM MACEDO

FABIANA DE MENEZES SOARES

ARTENIRA DA SILVA E SILVA SAUAIA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Artenira da Silva e Silva Sauaia, Elaine Harzheim Macedo, Fabiana de Menezes Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-352-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

A cidadania e o desenvolvimento sustentável, com destaque para o papel dos atores sociais no Estado democrático de Direito, foram o tema central do XXV Congresso do CONPEDI, realizado nos dias 7 a 10 de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba, nas dependências da UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba.

No Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, foram apresentados e defendidos, ao total, 21 (vinte e um) artigos, abordando questões relevantes de jurisdição e processo afins e aderentes ao tema central, prioritariamente navegando no processo civil, especialmente tendo em vista o novo Código de Processo Civil cujo impacto nos estudos acadêmicos, teóricos e práticos está a exigir do jurista do processo profundo comprometimento. Foi-se também além da fronteira civilista para visitar a sensível e relevante área do processo penal e flertar com o processo eleitoral, de modo a colorir proficuamente os trabalhos que se estenderam ao longo da tarde, beirando o anoitecer, em ambiente profícuo, amistoso e comprometido com discussões que se fazem pertinentes especialmente quando se foca o papel dos atores sociais no Estado democrático de Direito.

Debates sobre a segurança jurídica e efetividade do direito; a esterilidade do precedente judicial na legislação brasileira; a produção de provas e suas “verdades”; a flexibilização da perpetuatio jurisdictionis; a ética, a dignidade humana e o acesso à justiça; os precedentes vinculantes no novo CPC; a fundamentação das decisões judiciais; a coisa julgada frente à segurança jurídica e a isonomia; a “virtude soberana” de Ronald Dworkin e o incidente de resolução de demandas repetitivas; a contagem dos prazos e sua aplicação subsidiária ou supletiva a outros microssistemas processuais; o duplo grau de jurisdição e os recursos repetitivos; o sistema de precedente na common law e o novo CPC; procedimentos como da ação de dissolução parcial de sociedade e da ação de usucapião extrajudicial; o princípio da cooperação e sua inaplicabilidade ao processo penal; o conceito de personalidade humana e o agir processual dos sujeitos processuais; a interdisciplinaridade do CPC de 2015 e a legislação eleitoral no tocante ao poder normativo; a ubiquidade do processo eletrônico; a estabilização da tutela antecipada antecedentes; a colaboração no processo e a distribuição dinâmica do ônus da prova; o estudo trazendo dados empíricos colhidos no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão quanto à fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes judiciais, enriqueceram a tarde de trabalhos e trouxeram para os debates a necessidade crescente do Direito produzir academicamente a partir de dados coletados em

campo para que a visibilidade da realidade vivida e produzida nas instituições do sistema de justiça brasileiro sejam materializadas em uma produção científica coesa e mais hábil em suscitar mudanças na atuação dos representantes estatais em suas atuações, unindo a academia num único propósito, qual seja, de aprimorar o Direito, com vistas à sua condição de ciência aplicada em prol de uma sociedade culturalmente pluralista, economicamente frágil e cientificamente jovem, mas intuída pelo fortalecimento do valor maior, a dignidade da pessoa humana, princípio e fim do Direito.

Profa. Dra. Elaine Harzheim Macedo - PUCRS

Profa. Dra. Fabiana de Menezes Soares - UFMG

Profa. Dra. Artenira da Silva e Silva Sauaia - UFMA

PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE SUAS VERDADES

PRODUCTION OF EVIDENCE IN BRAZILIAN JUDICIAL: A CRITICAL ANALYSIS ON YOUR TRUTHS

Nivia de Castro Orlandi
Silvio Carlos Alvares

Resumo

A verdade real perpetrava sua vigência absoluta no campo processual penal, enquanto a verdade formal era suficiente para o processo civil. Inovações trazidas ao longo dos tempos demonstram que nosso sistema jurídico busca alcançar a verdade absoluta independentemente da área de direito estudada. O poder conferido ao juiz no Código de Processo Civil de 2015 e as inovações trazidas por ele, indicam tal mudança. Contudo, na esfera penal, surgem questões a serem apaziguadas para a busca da verdade real a qualquer preço. O presente artigo questiona o direito ao silêncio frente à delação premiada como uma dessas questões.

Palavras-chave: Verdade formal, Verdade real, Delação premiada, Direito ao silêncio

Abstract/Resumen/Résumé

The real truth perpetrated their absolute validity in the criminal procedural law field, while the formal truth was enough for the civil procedural law. Innovations introduced over the years show that our legal system seeks to achieve absolute truth regardless of the rights. The power conferred on the judge in the Civil Procedure Code 2015, as other innovations brought by it, indicates such change. However, in criminal cases, there are issues to be appeased to search for the real truth to any price. This article questions the right to remain silent against the plea bargaining as one of those issues.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Formal truth, Real truth, Plea bargaining, Right to silence

1 INTRODUÇÃO

A distinção entre verdade real e verdade formal sempre foi uma questão discutida pelos filósofos que estudam o Direito, mas fica o questionamento: até que ponto é necessário o exame da verdade para a construção de uma solução de litígio justa para os participantes de uma demanda? É possível encontrar a verdade dos fatos em alegações de partes em um processo judicial ou trata-se de uma utopia filosófica? Qual seria a verdade que poderia satisfazer o julgamento em um sistema jurídico do Estado Democrático de Direito?

Este trabalho tem por objetivo trazer um diálogo entre as verdades ou até mesmo entre as mentiras. Não que este artigo tivesse a ousadia de tentar exaurir o assunto proposto, até porque faltariam linhas para tentar se expressar, e mesmo assim, ficariam perguntas. Traçar uma linha, um diálogo entre os assuntos, já é o bastante, bem como despertar o leitor para buscar também respostas para tantas perguntas que temos diante dos dilemas de lealdades que encontramos entre a justiça e o Direito. Assim, destacam-se as questões referentes aos direitos e garantias fundamentais como razão para a busca da verdade nos casos em que a sociedade como um todo se torna vítima dos fatos.

Impera assim, identificar alguns princípios e as normas que determinam o caminho para a produção de provas através da indicação pelas partes e Magistrado quando a verdade real é o objeto final a se obter neste sistema hoje apresentado nos Códigos de Processo Civil e Penal.

Por fim, quer-se apresentar a seguinte questão: O direito ao silêncio poderia ser valorado contra aquele que silencia, uma vez que a delação premia?

2 PRODUÇÃO DE PROVAS: A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

Importa salientar que serão selecionados princípios que encontram maior aplicabilidade no tema em comento. Neste sentido, buscou-se indicar uma pequena introdução ao assunto.

Princípios são mandamentos de otimização de um sistema jurídico, utilizados como base para a interpretação e aplicação destas, que possuem caráter obrigacional e existem em todo ordenamento jurídico, conforme Robert Alexy em Constitucionalismo Discursivo (p. 64, 2007).

Com efeito, nos princípios encontram-se os fundamentos que sustentam o ordenamento jurídico do Estado, embutido valores parametrizados pela sociedade que o compõe.

A generalidade indica a aplicação dos princípios nas diversas áreas que o direito atua. No tema em foco, esta aplicação está voltada para o direito processual constitucional.

J. J. Gomes Canotilho, em sua obra Direito Constitucional e Teoria da Constituição estabelece a existência de princípios voltados ao processo constitucional, sendo estes: princípio do pedido; princípio da instrução; princípio da congruência ou da adequação, princípio da individualização e princípio do controle material (p. 970-972, 2007).

Para o presente artigo, importa frisar o princípio da instrução que está relacionado ao princípio da verdade real nas provas. Consiste este princípio em alcançar a verdade dos fatos alegados mediante os atos processuais constantes na fase instrutória, ou seja, quando há a produção de provas pelos litigantes e aquelas apontadas pelo juiz da causa como necessário ao seu convencimento.

No atual Código de Processo Civil, outros princípios que antes não eram priorizados passaram a ser relevantes, tendo em vista o escopo que as normas pretendem fluir neste novo ordenamento jurídico. O que se quer exaltar no presente momento é o princípio da cooperação previsto logo no início do Código em seu artigo 6.º e em outros dispositivos de forma implícita como o artigo 380 e seu parágrafo único que incumbe ao terceiro informar ao juiz os fatos e circunstâncias que tenha conhecimento, exibir coisa ou documento em seu poder sob pena de multa, bem como outras medidas coercitivas para tanto.

Nada mais é do que a imputação de uma penalidade para que o princípio da cooperação seja praticado inclusive por terceiro, que não consta no processo como parte. A delação premiada nada mais é que a cooperação do indiciado/acusado para desobstruir a verdade de infrações penais e desmantelar grupos criminosos.

Nosso ordenamento jurídico processual caminha em direção à colaboração entre as partes para encontrar a melhor solução da demanda, seja civil ou penal. O instituto da delação premiada está nesta linha de evolução do direito.

2.1 PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO E PRINCÍPIO DA LIVRE INVESTIGAÇÃO DAS PROVAS

O princípio dispositivo determina que o Poder Judiciário não deve agir de ofício, propiciando à parte interessada ingressar com a ação judicial para movimentar a Máquina Estatal. O titular do direito é quem precisa buscar o Judiciário para solucionar a lide, sendo inviável o início do processo judicial *ex officio*.

Também chamado de princípio da ação, este tem por objetivo manter a regra geral da inércia da jurisdição para assim, o Estado apenas se manifestar quando solicitado. O indivíduo, titular do direito, tem a possibilidade de decidir se ingressa ou não em juízo.

O titular do direito indica em sua petição inicial os fatos e fundamentos de seu pedido, sendo que o juiz não poderá prolatar a sentença fora daquilo que está na exordial, sob pena de nulidade, observado a proibição da sentença *extra petita.* Caso o magistrado, ao sentenciar, atenda pedido que não está presente na inicial do autor, esta sentença será nula de pleno direito.

Ganha guarida nesta linha de raciocínio o princípio da livre investigação das provas, o qual também deve ser de iniciativa da parte interessada para indicar as formas de produção para convencer o juiz do alegado, ou mesmo, no caso da parte contrária quando citada, apresentar os fatos extintivos e modificativos do direito do autor, bem como a indicação de produção de provas que pretendem demonstrar a veracidade de suas alegações.

Com efeito, o artigo 370 do Código de Processo Civil que prevê a possibilidade do juiz determinar de ofício ou a requerimento da parte as provas necessárias para o julgamento, conferindo ainda ao juiz o poder de indeferir a produção de provas que entender inúteis ou meramente protelatórias.

Entende-se que a produção de provas não está destinada somente às partes, mas àqueles que fizerem uso delas. A convicção do juiz não é a única função das provas, mas sim, uma delas.

> Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.
> Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Desta feita, o Código de Processo Civil não adotou o princípio do dispositivo de forma absoluta, uma vez que o juiz poderá indicar a produção de provas, bem como utilizar aquelas produzidas em outros processos. Poderá ainda, caso não existam provas nos autos ou sejam insuficientes para a formação do seu convencimento, utilizará de outros meios, desde que legítimos e motivadas devidamente suas decisões.

2.2 PRINCÍPIO DA VERACIDADE

A verdade sempre foi uma preocupação para o processo judicial, sendo a fonte de credibilidade da atividade jurisdicional. Tanto é assim, que o Código de Processo Civil de 1973, alterado pela Lei 10.358/2001, declarou a verdade como dever de todos no artigo 14, I: "São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade."

O Código de Processo Civil de 2015 manteve o princípio em diversos dispositivos e em seu artigo 77, inciso I, dispôs sobre o dever de expor os fatos observada a verdade.

Toda essa problemática em torno da busca da verdade surge em virtude da dificuldade encontrada em artifícios existentes para evitar sua demonstração na realidade. A verdade que se busca não é sempre a que é apresentada.

Todavia, este óbice muitas vezes é relevado diante da verossimilhança dos fatos e a possibilidade de compreendê-los de forma a permitir um convencimento satisfatório para a aplicação do Direito.

De maior valia o princípio da veracidade está no direito processual penal, tendo em vista que a tutela jurisdicional está relacionada a direitos fundamentais. Neste sentido, segue abaixo acórdão que aplicou o princípio da veracidade em face do princípio da presunção da inocência:

> RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO – RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CERTIDÃO FORNECIDA POR MAGISTRADO – REGISTRO DE CONDENAÇÃO EM SENTENÇA E DA ANULAÇÃO DESTA PELO TRIBUNAL – PROCESSO-CRIME AINDA EM CURSO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – ART. 5º, LVII, CF – PRETENSÃO DE VER NÃO CONSTAR REGISTRO DA SENTENÇA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA VERACIDADE.
> 1. Se, na certidão requerida ao juiz, está registrado o processo-crime em curso, bem como a existência de sentença condenatória cassada pelo Tribunal, não há falar em inexatidão.
> 2. Inexiste violação do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) se a certidão atende ao princípio da veracidade. Recurso ordinário conhecido e improvido. (STJ - T2 - SEGUNDA TURMA - DJ 07/11/2006 p. 281RSTJ vol. 205 p. 185, Relator , j. 24/10/2006)

Destaca-se que no presente acórdão, o processo cuja sentença condenatória teria sido cassada pelo Tribunal, ainda estava em fase recursal. Por este motivo, não houve a violação do princípio da presunção da inocência, uma vez que a certidão declarava a verdade dos fatos,

sendo que havia a existência de uma condenação. Prevalecendo assim, o princípio da veracidade.

Neste diapasão, nosso ordenamento jurídico não é compatível com a aplicação do Direito e fatos que não correspondem com a realidade. O processo não é apenas um instrumento utilizado pelas partes, mas sim um instituto fundamental para o Estado, sendo de sua responsabilidade a aplicação da jurisdição sob a égide dos valores adotados pela sociedade.

3 PROVA E VERDADE OU VERDADE E PROVA

As partes buscam trazer para o processo judicial suas verdades que ocorreram em fatos passados. Trata-se da pretensão de direitos subjetivos que o autor e o réu discutem em juízo, para auferir um bem da vida. Todavia, o juiz recebe relato de fatos passados, não por ele presenciados, trazidos aos autos através de provas produzidas pelas partes. Neste sentido, as provas são instrumentos utilizados para satisfazer os interesses pleiteados no processo judicial.

Para tanto, a prova deve ser submetida a um sistema de avaliação para assim atingir seu objetivo, ou seja, a produção da verdade a ser construída nos autos judiciais. Do sistema de avaliação de provas para obtenção da verdade, os poderes do magistrado pode ser mais limitado ou mais discricionário. O que de certo modo aflige a confiança e a credibilidade do Poder Judiciário frente à sociedade.

A busca da verdade nada mais é que uma questão problemática no tema provas, pois embora a justiça esteja arraigada na verdade encontrada pelos instrumentos utilizados em nosso ordenamento jurídico, esta pode não passar de mera utopia.

Com efeito, os fatos a serem apresentados ao crivo do Poder Judiciário são passados e apenas vivenciados pelas partes. Assim, o juiz terá apenas acesso às alegações que lhe forem prostradas na fase pertinente do processo judicial.

Neste sentido, a apreciação das provas pelo juiz poderá ser suficiente ou insatisfatória, dependendo do modo com que a sua atividade esteja delimitada pelo sistema de avaliação adotado.

A valoração da prova é auferida em razão da aplicação de sistemas, divididos na doutrina em três: a) da prova legal (a lei fixa exatamente o valor que cada prova possui no ordenamento). b) da valoração *secundum conscienctiam (*o juiz pode avaliar livremente); c) da

persuasão racional (o juiz forma seu convencimento da forma livre, todavia deve motivá-lo racionalmente).

O sistema da prova legal abstrai qualquer responsabilidade do juiz, pois é apenas uma análise técnica da produção da prova e sua equalização com a norma prevista em consequência. Já o sistema da valoração *secundum coscienctiam* dá uma margem de discricionariedade sem limites para o magistrado, fato que infringe a imparcialidade no julgamento justo.

Por fim, o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, é aquele adotado em nosso ordenamento jurídico conforme dispõe o artigo 131 do Código de Processo Civil e o artigo 175 do Código de Processo Penal. Assim, ao avaliar uma prova produzida em juízo, deve o magistrado indicar as razões e motivos de seu convencimento de forma racional.

Isso significa que o juiz pode fundamentar suas decisões da forma que lhe aprouver, mas não pode se afastar das provas existentes nos autos, e nem dos limites impostos pelo ordenamento jurídico vigente.

Existe uma ligação estreita entre a prova e a verdade, sendo aquela o meio utilizado para afirmar a veracidade de fatos alegados pelas partes, tendo como objetivo a credibilidade motivada demonstrada nos autos.

A construção da verdade no processo judicial está vinculada ao sistema de avaliação adotado. Todavia, a verdade absoluta é algo inalcançável, devendo merecer maior atenção a solução do conflito ao invés da busca à verdade.

4 A VISÃO MACRO DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O capítulo XII – Das Provas, começa no artigo 369 do Código de Processo Civil permitindo liberdade na produção de provas legais e legítimas pelas partes para alcançar o convencimento do juiz. Corresponde ao artigo 372 do Código de Processo Civil de 1973 que também previu a possibilidade de produção de provas moralmente legítimas, mesmo que atípicas.

Cabe aqui ressaltar a possibilidade de produção de provas pelas partes litigantes e pelo juiz que conduzirá o processo, sendo mitigado o princípio do dispositivo que permite somente às partes promoverem a instrução probatória conforme entenderem pertinente. O

artigo 370 permite a indicação pelo juiz de provas que entender coniventes ao caso, bem como a utilização de prova emprestada, observados o contraditório e a ampla defesa.

O texto do dispositivo em apreço apenas informa a postura ativa que o juiz deve manter com o fim de efetivar da melhor forma possível a produção de provas e na sequência possibilitar o livre convencimento motivado.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial n. 1333058, Relatora Ministra Eliana Calmon, determinou que cabe ao juiz de ofício ou a requerimento da parte determinar a produção de provas, bem como indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias:

> REsp 1333058 PE 2012/0141249-7. Relator(a): Ministra ELIANA CALMON. Julgamento: 25/06/2013. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Publicação: DJe 05/08/2013. Ementa. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCESSÃO DE BOLSA DE ESTUDOS NO EXTERIOR. INDEFERIMENTO DE PROVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ANÁLISE QUANTO À IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA REQUERIDA. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. 1. Nos termos do art. 130 do CPC, "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias". 2. Infirmar as conclusões do acórdão recorrido, a fim de acolher violação do art. 400 do CPC e aferir se houve ou não afronta ao devido processo legal, demandaria incursão no contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte. 3. Recurso especial não conhecido.

O juiz como condutor do processo irá analisar as provas pertinentes a serem produzidas no correr da instrução processual e evitar aquelas que entenderem protelatórias, para a efetivação dos princípios da razoável duração do processo e da celeridade, na busca de atender ao objetivo fim do litígio, ou seja, a solução justa para que aquele que possuir o direito obtenha satisfatoriamente o bem da vida que almeja.

Na sequência, o Código de Processo Civil prevê em seu artigo 373 a quem incumbe o ônus da prova, mantendo a regra do antigo artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973. Assim, caberá ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Os parágrafos do artigo 373 inovam o sistema processual, inserindo a inversão do ônus da prova consagrada no Código de Defesa do Consumidor para a parte hipossuficiente diante de um processo judicial contra o fornecedor de produtos ou serviços que possui melhores condições de fornecer os documentos sobre a formação do vínculo contratual adquirido entre as partes quando da celebração de eventual contrato.

Dispõe o § 1.º do artigo 373:

> Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

O juiz poderá inverter o ônus da prova quando entender conveniente no caso concreto, sendo necessária a motivação de sua decisão. No entanto, o § 2.º traz a ressalva para proteção daquele cuja incumbência do encargo para produção de provas gere uma situação impossível ou excessivamente difícil para sua concretização.

O Novo Código de Processo Civil buscou proteger tanto a parte hipossuficiente que sofreria para afirmar seu direito, uma vez que as provas para demonstrar a veracidade dos fatos alegados estariam na posse da parte adversa; e também àquele que, mesmo sendo possível a inversão do ônus da prova, sua incumbência seria impossível de efetuar frente a várias situações que impediriam ou impossibilitariam sua realização.

Outra inovação trazida pelo Código de Processual Civil é a possibilidade das partes convencionarem sobre a distribuição do ônus da prova, também chamado de negócios jurídicos processuais. As partes acordam sobre a produção de provas, salvo quando houver direito indisponível ou tornar excessivamente difícil para uma das partes.

Este instituto pode ocorrer antes ou durante o processo judicial. Permite às partes conduzirem o processo judicial para solucionar a lide da melhor forma para as partes envolvidas. Reafirma o princípio da cooperação, uma nova vertente adotada pelo processo civil brasileiro.

Ainda demonstrando o poder de atuação ativa do juiz, caso a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar, uma vez que o juiz pode não estar convencido completamente do direito alegado. O mesmo poder está previsto no artigo 380 e parágrafo único, do Código de Processo Civil que dispõe a imposição de multa para o terceiro que não informe ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento, ou exibir coisa ou documento que esteja em seu poder.

5 A VISÃO MACRO SOBRE A PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Na esfera Processual Penal, a produção de provas é destinada para o convencimento do juiz a fim de condenar ou absolver o acusado. A princípio, para que o processo penal tenha

início, são necessários indícios da autoria e a verossimilhança do fato ocorrido apresentados na peça inaugural. A produção de provas é o instrumento utilizado para demonstrar a veracidade do alegado, ou seja, a materialidade e autoria de eventual ato ilícito praticado. Conforme Nestor Távora (pag. 308, 2009):

> Prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo.

A produção de provas, no âmbito penal, está vinculada a demonstrar a verdade real, tendo em vista os direitos e garantias fundamentais envolvidos no litígio. O juiz apresenta-se como representante do Estado para analisar os fatos alegados e adquirir conhecimento necessário a influenciar seu convencimento em uma decisão justa arraigada nos valores consagrados na sociedade.

O Código de Processo Penal admite todas as provas obtidas por meio lícito, ou seja, tudo aquilo que permita melhor averiguação da verdade dos fatos passados. Neste sentido, o artigo 155 indica o princípio da livre apreciação da prova pelo magistrado:

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Presente assim, o princípio do livre convencimento motivado, sendo que o juiz poderá utilizar a prova para fundamentar sua decisão quando esta for colhida sob o amparo do contraditório e da ampla defesa, princípios que não estão presentes na fase inquisitiva no Inquérito Policial.

Importa mencionar ainda, na esfera processual penal, a previsão expressa no tocante à inadmissibilidade das provas ilícitas conforme norma do art. 157 do Código de Processo Penal. As provas consideradas ilícitas pela violação de normas constitucionais ou legais deverão ser desentranhadas do processo, não sendo possível fundamentar o convencimento do juiz da causa, bem como as provas dela derivadas. Trata-se do princípio da árvore envenenada, na qual os frutos também estão viciados pela violação legal de origem.

Na sequência, a prova está prevista como um ônus processual, i. e., trata-se de um exercício praticado em favor da parte. Como ressalta Capez (p. 405, 2015):

> A prova é induvidosamente um ônus processual, na medida em que as partes provam em seu benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar sua convicção. Ônus da prova é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos.

A prova da alegação, conforme Nestor Távora, é incumbida a quem a fizer (art. 156, 1º parte, CPP), e se tem indicado que a divisão do ônus da prova entre acusação e defesa levaria a que a primeira demonstrasse a autoria, materialidade (existência da infração), dolo ou culpa e eventuais circunstâncias que influam na exasperação da pena, já a defesa estaria preocupada na demonstração de eventuais excludentes de ilicitude, de culpabilidade, causas de extinção da punibilidade e circunstâncias que venham a mitigar a pena. (pag. 325, 2009).

Isto posto, caberá à parte que alegar produzir provas suficientes para o convencimento do juiz. Tanto no sentido de verificar a materialidade e autoria do fato, bem como sobre a inocorrência do mesmo, a ausência de indícios de autoria ou outras causas excludentes da ilicitude, para ao final obter uma decisão condenatória ou absolutória, dependendo da posição que cada parte está no processo penal.

O ônus da prova pertencer a quem alega não possui caráter absoluto, uma vez que o artigo 156, inciso II do Código de Processo Penal, permite ao juiz determinar a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante. Deve-se entender que a determinação na produção de provas por pedido do juiz observará uma área de atuação por ele delimitada, para que não ocorra violação ao princípio da imparcialidade.

Quanto à prova emprestada não há novidades no âmbito processual penal, sendo observados os princípios do contraditório e da ampla defesa conforme já visto acima.

Também em relação aos sistemas de apreciação e valoração das provas, não há diferença no tocante ao abordado quando elencados na narrativa referente ao âmbito processual civil.

6 VERDADES SÃO VERDADES?

Nossa ideia de verdade foi construída ao longo dos séculos, a partir de três concepções diferentes vindas da língua grega, da latina e da hebraica.

O conceito grego:

Em grego, verdade se diz *aletheia*, e significa: não oculto, não escondido, não dissimulado. O verdadeiro é que se manifesta aos olhos do corpo e do espírito; a verdade é

manifestação daquilo que é ou existe tal como é. O verdadeiro se opõe ao falso, *pseudos*, que é o encoberto, o escondido, o dissimulado, o que parece ser e não é como parece. O verdadeiro é o evidente ou o plenamente visível para a razão.

Assim, a verdade é uma qualidade das próprias coisas e o verdadeiro está nas próprias coisas. A verdade depende de que a realidade se manifeste, enquanto a falsidade depende de que ela se esconda ou se dissimule em aparências.

O conceito latino:

Já em latim, verdade se diz *véritas* e se refere à precisão, ao rigor e à exatidão de um relato, no qual se diz com detalhes pormenores e com fidelidade o que aconteceu. Verdadeiro se refere, portanto, à linguagem enquanto narrativa de fatos acontecidos refere-se a enunciados que dizem fielmente as coisas tais como foram ou aconteceram. Um relato é veraz ou dotado de veracidade quando o fato enuncia os fatos reais.

A verdade depende, de um lado, da veracidade, da memória e da acuidade mental de quem fala e, de outro, de que o enunciado corresponda aos fatos acontecidos. A verdade não se refere às próprias coisas e aos próprios fatos como acontece com a *aletheia*, mas ao relato e ao enunciado, refere-se à linguagem. Seu oposto, portanto, é a mentira ou falsificação. As coisas e os fatos ou são reais ou imaginários; os relatos e enunciados sobre eles é que são verdadeiros ou falsos.

O conceito hebraico:

Por derradeiro, neste conceito de verdade, temos a concepção hebraica. Em hebraico, verdade se diz *emunah* e significa confiança. Agora são as pessoas e é Deus quem são verdadeiros. Um Deus verdadeiro ou um amigo verdadeiro são aqueles que cumprem o que prometem, são fiéis à palavra dada ou a um pacto feito; enfim, não traem a confiança.

A verdade é uma crença fundada na esperança e na confiança, referidas ao futuro, ao que será ou virá. Sua forma mais elevada é a revelação divina, e sua expressão mais perfeita é a profecia.

A verdade é a busca incessante daquilo que o homem acredita ser real. Seria o abstrato da realidade. Trata-se de fundamento da filosofia em que existe o estudo via observação do meio para a construção da ideia de mundo exterior. Encontrar a verdade é a perseguição eterna do ser humano em todos os campos. No direito, a verdade é o objeto fim para obtenção da solução justa perpetrada pelo sistema.

No instituto da verdade formal, torna-se necessário debruçar-se na ideia de que ela de fato é encontrada e produzida em âmbito processual, ou seja, é aquela auferida nos autos de

um processo judicial, sendo ali elencados elementos de convicção trazidos pelas partes na sequência dos atos a serem praticados para a sua formação. Consiste na produção de provas permitidas no ordenamento jurídico apresentada pelas partes e juiz na busca de encontrar a verdade do fato e a solução justa a ser pronunciada motivadamente pelo magistrado.

Essa verdade, produto da produção de provas de um sistema jurídico, trazida nos autos processuais para convencimento motivado do juiz, configura a verdade formal. Aquela apresentada e produzida dentro do processo judicial, com argumentos indicados pelas partes. Tal verdade satisfaz o sistema existente nas ações movidas na área de processo civil. Contudo, o mesmo não ocorre no direito processual penal.

Neste sentido, importa mencionar o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pelegrini Grinover e Antonio Carlos de Araujo Cintra (p. 89, 2015):

> No processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas. Mesmo quando no processo civil se confiava exclusivamente no interesse das partes para o descobrimento da verdade, tal critério não poderia ser seguido nos casos em que o interesse público limitasse ou excluísse a autonomia privada – porque, enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a chamada verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material) como fundamento da sentença.

Esta verdade, porém, baseada em fatos alegados e provas produzidas dentro de um processo judicial, não satisfaz o sistema que impera no campo de processo penal.

Necessário entender que o direito penal tutela a proteção de direitos e garantias fundamentais, no qual a violação da norma jurídica pelo indivíduo proporciona ao Estado a possibilidade de restringir ou até mesmo extinguir o direito à liberdade previsto na Constituição da República. Por este motivo, a verdade real é aquela que impera no ramo do Direito Processual Penal, com o objetivo de auferir a verdade dos fatos como realmente ocorreram e não meras alegações trazidas em um processo judicial.

Cabe aqui apontar certas questões que afloram do sistema da verdade real, às vezes mitigando-o ou até mesmo confundindo o sentido pelo qual surgiu como solução plausível na esfera criminal. O que se pretende abordar no momento é a questão relativa à delação premiada, instituto constantemente utilizado na Operação Lava Jato e escancarado ao público de forma a perseguir a verdade real dos infelizes fatos de corrupção ocorridos em nossa sociedade.

A perseguição à verdade real sob qualquer preço estaria acobertada pelo manto das normas constitucionais vigentes? Como ficam os direitos e garantias fundamentais frente à delação premiada?

7 DELAÇÃO PREMIADA: VERDADE A QUALQUER CUSTO?

No que tange ao instituto da delação premiada, torna-se necessário num primeiro momento apresentar seu significado: consiste em um instrumento para viabilizar a investigação de crimes, tendo em contrapartida benefícios para o delator. Surgiu em nosso ordenamento jurídico na Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), tendo como objetivo possibilitar a desarticulação de quadrilhas, bandos e organizações criminosas, e assim, facilitar a investigação criminal evitando a prática de novos crimes por tais grupos.

Imperioso destacar a antagonia presente entre a delação premiada, o direito ao silêncio e o princípio de não produzir provas contra si. Ora, se por um lado temos um instituto que possibilita um réu trazer ao processo fatos que até o momento estavam ocultos, por outro lado temos a "insegurança" dessa informação, vez que é resultado de uma "delação" que pode acarretar "bônus" para quem esteja em vias do cárcere privado.

A delação não é regra, é exceção.

Isto porque não se pode utilizar de um instituto que existe apenas para casos extraordinários e que realmente tornam-se fundamentais para o bom andamento do processo.

Será que a delação premiada supostamente feriria o direito ao silêncio e o princípio de não produzir prova contra si mesmo, ou os fatos determinam os meios para uma solução justa frente aos direitos a serem protegidos pela verdade real?

Talvez a principal questão estivesse na valoração do direito ao silêncio. O valor probatório que o silêncio produz no processo judicial poderia ser fundamento para determinada decisão?

Atualmente o instituto encontra-se previsto em diversos textos legais, dentre os quais: Código Penal (arts. e 159, §4º, e 288, p.u.), Lei do Crime Organizado – nº 9.034/05 (art. 6º), Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional – nº 7.492/86 (art. 25, §2º), Lei dos Crimes de Lavagem de Capitais – nº 9.613/88 (art. 1º, §5º), Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica – nº 8.137/90 (art. 16, p.u.), Lei de Proteção a vítimas e testemunhas – nº 9.807/99 (art. 14), Nova Lei de Drogas – nº 11.343/06 (art. 41), e, mais

recentemente, na Lei que trata do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – nº 12.529/2011 (art. 86).

O instituto da delação premiada ocorre quando o indiciado/acusado imputa a autoria do crime a um terceiro, coautor ou partícipe. Sendo possível, também, a sua ocorrência quando o sujeito investigado ou processado, voluntariamente, fornece às autoridades informações a respeito das práticas delituosas promovidas pelo grupo criminoso, permitindo a localização da vítima ou a recuperação do produto do crime.

Destaca-se a necessidade de utilizar a nomenclatura indiciado ou acusado ao delator uma vez que a delação pode-se dar durante a fase de inquérito policial ou mesmo na fase processual, quando já está em curso a ação penal.

A delação premiada só demanda interesse ao indiciado ou acusado por conceder benefícios quando da aplicação de sua penalidade. Neste sentido, este instituto apresenta natureza jurídica diversa, dependendo do "benefício" conferido ao indiciado ou acusado, devendo observar a situação do caso concreto.

Com efeito, a delação premiada pode ser uma causa de diminuição de pena, incidente na terceira etapa do sistema trifásico de aplicação da pena, ou uma causa extinção da punibilidade, pois pode resultar na concessão do perdão judicial, nos termos do art. 13 da Lei 9.807/99, abaixo transcrito:

> Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:
> I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;
> II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;
> III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.
> Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Ademais, a natureza jurídica da delação premiada pode também ter um viés processual, posto valer como meio de prova na fase de instrução processual penal.

Importa salientar que a delação não deverá servir como prova absoluta contra aquele que está sendo delatado. O instituto apenas servirá como indicador da materialidade e da autoria do crime, posto que o processo deverá ser instruído com outras provas que confirmem os fatos apresentadas pelo delator.

7.1 DELAÇÃO PREMIADA E DIREITO AO SILÊNCIO: CONFLITO?

Primeiro caberia indicar esclarecimentos sobre o direito ao silêncio como garantia constitucional consagrado no princípio de Não Fazer Prova Contra Si Mesmo:

"Artigo 5º, LXIII – O preso será informado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada à assistência da família e de advogado".

Procedendo-se a uma leitura atenta do inciso supracitado, poder-se-ia afirmar que o direito ao silêncio do indivíduo surpreendido em plena faina criminosa dar-se-ia tão somente quando de sua detenção, como nos filmes policiais americanos.

Não se há de olvidar que tal dispositivo deve ter tido sua inspiração no direito norte-americano e, fatalmente, deve ter sido subtraído da 5ª Emenda à Constituição daquele país, datada de 1791, que prescreve: "Ninguém poderá ser constrangido a depor contra si próprio".

Entre nós, entretanto, percebe-se claramente que a cláusula constitucional brasileira mostra-se mais generosa em relação ao silêncio do acusado do que a tradicional previsão do direito norte-americano do privilegia *against self-incriminatio* já mencionada.

É a síntese do princípio de que o réu não é obrigado a fazer prova contra si mesmo. Razão pela qual, em certas diligências do processo, ele não estará obrigado a realizá-las. É o caso da reprodução simulada dos fatos (artigo 7º do C.P.P.), a tradicional "reconstituição" dos fatos.

Tenha-se presente, outrossim, que o Pacto de São José da Costa Rica[3], adotado pelo Governo Brasileiro, em seu artigo 8º, item "2", letra "g", proclama tal princípio, nos precisos termos: "(...) direito de não ser a obrigado a depor contra si mesma, nem se declarar culpada...".

O réu pode até ser conduzido coercitivamente a tal ato, reprodução simulada dos fatos, para presenciá-lo, mas não é obrigado a fornecer dados ou elementos que possam ser utilizados em detrimento de si mesmo em posterior processo.

Na sequência, para enfatizar o tópico aqui escolhido, interessante apontar algumas informações sobre o instituto da delação premiada:

A delação premiada ocorre quando o indiciado/acusado colabora na investigação de fatos criminosos, fornecendo dados sobre outros coautores e partícipes, bem como ao fornecer informações que permitem a localização da vítima e do produto do crime.

---

[3] Também conhecido como Convenção Americana dos Direitos Humanos, a qual entrou em vigor internacional em 10 de julho de 1978, tendo sido ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1999. O Congresso Nacional a aprovou pelo Decreto Legislativo 27 de 26 de maio de 1992. Pelo Decreto do Poder Legislativo 678, de 06 de novembro de 1992, determinou-se seu cumprimento no País. Foi adotado no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

Em contrapartida, o direito ao silêncio, derivado do princípio de não fazer prova contra si mesmo, devidamente normatizado no sentido de que o silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, bem como extrair a permissão de comportamentos passivos do acusado, como a recusa de fornecimento de material gráfico ou vocal para análise pericial. Essa prerrogativa é manifestação pessoal negativa, assegurando ao acusado não praticar nenhum ato de prova que lhe decorra prejuízo.

Qual seria o limite na busca da verdade real no instituto da delação premiada frente o direito ao silêncio? O ordenamento jurídico processual permite a violação do direito em detrimento de outro que instrumentaliza o processo judicial? Quais direitos e garantias fundamentais devem prevalecer quando existe o conflito de normas envolvendo princípios? De um lado o princípio de não produzir prova contra si mesmo e de outro o princípio da veracidade.

Essas questões vêm sendo amplamente discutidas em virtude da alta aplicação do instituto da delação premiada na Operação Lava Jato. Tal Operação é a maior investigação de corrupção na história do Brasil, envolvendo os maiores partidos políticos, bem como empresários. Esta operação tem por finalidade apurar um esquema de lavagem de dinheiro suspeito de movimentar mais de R$ 10 bilhões de reais, podendo ser superior a R$ 40 bilhões, dos quais R$ 10 bilhões em propinas. A investigação deflagrou sua fase ostensiva em 17 de março de 2014 pela Polícia Federal e até a presente data, cumpriu mais de cem mandados de busca e apreensão, de prisão temporária, de prisão preventiva e de condução coercitiva.

O Ministério Público Federal, na ânsia de deflagrar todo o esquema que auxiliou em parte a decadência financeira do Estado Brasileiro, demonstra total adesão à aplicação da delação premiada como instrumento para conduzir as investigações perpetradas pela Polícia Federal. O que não deixa de ser amplamente criticado por operadores do direito que defendem o direito constitucional ao silêncio.

Neste sentido, Lenio Streck e André Karam em seu artigo “Vícios privados, benefícios públicos” demonstram total aversão à delação premiada:

> Não somos advogados da causa. E nem temos procuração dos colegas Alberto Toron, Aury Lopes Jr., Geraldo Prado, Guilherme Batochio, Marcus Vinícius Coelho e Miguel Reale Jr. Mas temos procuração da Constituição, para a qual todo réu é inocente até prova em contrário. Aquela que proíbe prova ilícita e que veda pressão sobre acusados. Sim, o texto constitucional, que dá direito sagrado ao silêncio e que, portanto, não pode fazer com que os investigados sejam presos para "abrir o bico".
> Se a delação é usada para tanto, é flagrantemente inconstitucional, por violação ao direito ao silêncio e pela vedação de responsabilidade objetiva. Por isso deve ser feita uma "Verfassungskonforme Auslegung" (do alemão interpretação

> constitucional) para impedir que a delação seja utilizada como forma de pressão e/ou violência psíquica. Do contrário, é moralismo. E autoritarismo.

Os citados advogados argumentam com base no sacrifício de direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição da República, posto a utilização do instituto da delação como objeto de pressão contra os acusados.

Todavia, no trecho transcrito existe o esquecimento que a delação premiada é apenas uma alternativa, vez que o fato ocorreu e o acusado possui a liberdade em escolher entre os benefícios que lhe serão conferidos pelo instituto ou na aplicabilidade da norma prevista para a infração penal cometida.

Em resposta, Carlos Fernando dos Santos Lima e Diogo Castor de Mattos, membros da Operação Lava Jato demonstram a importância que a delação premiada apresentou e apresenta no correr das investigações para auferir a ocorrências de fatos e coautores envolvidos no esquema criminoso:

> Primeiramente, o uso pelo Ministério Público Federal do instituto da colaboração premiada (para alguns, "delação premiada") e, agora, da leniência, é amparado nas recentes leis do Crime Organizado, Anticorrupção e da Defesa da Concorrência, bem como na experiência bem-sucedida de mais de dez anos de seu uso por membros da força-tarefa Lava Jato.
> É a técnica investigativa de melhor resultado na revelação de crimes do colarinho branco, engendrados em restaurantes sofisticados, em festas milionárias, e ocultos sob camadas de manobras contábeis aparentemente legais.

Com efeito, a leniência como denominado no trecho acima transcrito foi utilizada para averiguar a ocorrência de crimes que praticamente afundaram a Economia do país. Desta feita, o direito ao silêncio deve ser superior ao crime cometido em âmbito nacional?

O direito ao silêncio seria absoluto quando envolve o fato de não autoincriminação ou o acusado poderia escolher em cooperar? Entende-se que o direito ao silêncio é opcional, sendo que o Código de Processo Civil que deve ser interpretado sistematicamente no caso aqui apontado, apresenta o princípio da cooperação para melhor alcance do direito à justiça.

Ademais, ao comparar o delator com o alcagueta no citado artigo, os membros do Ministério Público Federal apresentam de forma precisa a distinção:

> Enquanto o alcagueta trabalha em becos escuros, o colaborador presta suas contas à Justiça; enquanto o alcagueta é ilicitamente pago pelas suas informações, o colaborador tem apenas o alívio parcial das penas impostas; enquanto o alcagueta nunca tem sua identidade revelada, o colaborador terá seu acordo revelado e irá depor em juízo sobre os fatos. A legitimação, enfim, da colaboração premiada está na sua obediência ao devido processo legal e ao contraditório.

Neste sentido, o instituto consiste em uma opção conferida ao acusado. Trata-se de um acordo homologado pelo Poder Judiciário, sendo o acusado acompanhado de seu defensor. Ademais, a simples delação sem outro amparo fático, não é suficiente para fundamentar qualquer condenação.

Conforme apontado pelos Procuradores da República, autores deste artigo, a delação premiada apresenta-se como opção de defesa dada ao acusado, na qual o investigado instruído por seu advogado irá verificar a melhor opção entre valer do instituto e diminuir os riscos de ser condenado ou de assumir a sorte de uma pena a ser aplicada e atenção, em virtude do crime por ele praticado.

8 CONCLUSÃO

A princípio a verdade formal, ou seja, aquela auferida nos autos de um processo judicial, sendo ali elencados elementos de convicção trazidos pelas partes na sequência dos atos a serem praticados para a formação do processo, era suficiente para os julgamentos efetuados no âmbito do direito civil. Já a verdade real era apontada como necessária apenas na esfera penal, sob pena do julgamento ser pronunciado *in dubio pro reo,* caso não provado de forma suficiente para o convencimento do juiz, o acusado seria absolvido.

Cumpriu aqui apontar que o direito penal envolve a tutela e a proteção de direitos e garantias fundamentais, no qual a violação da norma jurídica pelo indivíduo proporciona ao Estado a possibilidade de restringir ou até mesmo extinguir um dos direito mais importantes do indivíduo, o direito à liberdade.

Nosso ordenamento jurídico apresentou grandes inovações trazidas com o Código de Processo Civil, o qual determinou que a busca da verdade real também deve incidir no processo civil sendo aplicado novos institutos na fase de instrução probatória para que ao final o convencimento do juiz esteja embasado em fatos apresentado pelas partes ou originados de diligências solicitadas pelo juiz.

Neste sentido, compreende-se que o Direito Processual evoluiu para que a veracidade dos fatos seja o objetivo na produção das provas tanto em âmbito penal quanto no âmbito civil. A mera verdade formal arguida nos autos de fatos passados narrada pelas partes, hoje não mais apresenta guarida para fundamentar uma decisão considerada justa em nosso sistema jurídico.

Todavia, a busca da verdade real enfrenta obstáculos na aplicação das normas pelos operadores de direito. Neste diapasão, encontra-se o instituto da delação premiada, instituto

utilizado nas investigações para auferir a verdade real, conferindo ao acusado benefícios para diminuir ou até mesmo não aplicar a pena referente ao delito praticado.

Existem aqueles que entendem que a delação premiada feriria o direito ao silêncio do acusado. Porém, o a delação é opcional, sendo além de uma técnica de investigação, uma forma de defesa do acusado.

Cumpre afirmar, que a delação premiada não possui valor probatório para fundamentar isoladamente uma condenação. Para tanto, deve estar arraigada em outros fatos comprovados na investigação criminal.

Pretendeu-se apresentar a delação premiada como instituto útil, com previsão legal, que não ofende as normas constitucionais. Fez e tem feito diferença na Operação Lava Jato e escancarou ao público a verdade real dos infelizes fatos de corrupção ocorridos em nossa sociedade.

8 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **Conceito e validade do direito**. 2. tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Portugal: Edições Almedina.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JR., Fredie, coordenador geral, **Novo CPC Doutrina Selecionada, V. 3: Provas**. 2. Ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MITOLOGIAS. 9. Ed. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1957.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2 tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TÁVORA, Nestor, ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: *Jus*PODIVM, 2009.

CAVALCANTI, Fernando da Cunha. **A delação premiada e sua (in)conformidade com a Constituição Federal.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 87, 01/04/2011. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9380>. Acesso em 06/09/2016.

JESUS, Damásio E. de. **Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7551>. Acesso em 06 de setembro de 2016.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos; MATTOS, Diogo Castor. A ética do crime do colarinho branco. Revista Consultor Jurídico, dez. 2014. <http://www.conjur.com.br/2014-dez-14/advogados-promotores-discutem-delacao-premiada-lava-jato>. Acesso em 06/09/2016.

MELLO, Ricardo de Freitas. **Delação premiada: Do aspecto jurídico a sua eficácia**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 51, 31/03/2008. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4661>. Acesso em 06/09/2016.

STRECK, Lenio; KARAM, André. **Vícios privados, benefícios públicos**. Revista Consultor Jurídico, dez. 2014. **<**http://www.conjur.com.br/2014-dez-14/advogados-promotores-discutem-delacao-premiada-lava-jato**>.** Acesso em 06/09/2016.

VALENTE, Rubens. **Operação Lava Jato completa dois anos sem nenhum político julgado.** Folha de S. Paulo, Brasília, set. 2016. **<**http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/09/1810099-lava-jato-faz-dois-anos-sem-politicos-julgados.shtml.> Acesso em 06/09/2016.