

A Colaboração Premiada no Processo Penal Alemão

Die Kronzeugelung im deutschen Strafverfahren

ROBERT PEST

Doutor pela Universidade Humboldt de Berlim, Assistente do Professor Martin Heger na Universidade Humboldt de Berlim.

TRADUÇÃO: LUÍS HENRIQUE MACHADO¹

RESUMO: A legitimação fundamental e as limitações do instituto da colaboração premiada (*Kronzeugenregelung*) no processo penal ocupam o cotidiano de juristas e dos membros do sistema de justiça criminal no Brasil e na Alemanha. Com o intuito de aprofundar o intercâmbio acadêmico entre os dois países, a situação jurídica alemã é parcialmente descrita neste trabalho, sendo direcionada ao leitor brasileiro. O artigo centra-se nos principais problemas relacionados com o processo penal, tendo em vista que o colaborador pode esperar benefícios concedidos pelos órgãos de persecução do Estado em razão da revelação de seu suposto conhecimento – como o ato de delatar terceiro. Nessa hipótese, há o risco de que o testemunho prestado pelo delator não corresponda à verdade, mas seja apenas dado para lograr a redução de pena. Assim, a colaboração premiada comporta riscos ao investigar a verdade em processos criminais, correndo o perigo de ocorrência de erro judicial. O artigo concentra-se nesse aspecto, examinando os requisitos particulares que devem ser observados durante a fase de investigação, bem como no curso do processo principal de conhecimento contra o terceiro-delatado. Além disso, serão discutidos os requisitos para a ordem de prisão preventiva de terceiro objeto da colaboração. Ademais, as possibilidades de defesa serão delineadas contra o processo penal acionado em virtude de depoimentos prestados pelo delator. Finalmente, será brevemente examinada a relação entre o instituto da colaboração premiada e o direito a uma defesa penal eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada; processo penal; prisão preventiva; apreciação da prova; defesa penal efetiva.

ZUSAMMENFASSUNG: Die grundlegende Berechtigung wie die Grenzen der sog. "Kronzeugenregelung" beschäftigen sowohl in Deutschland als auch in Brasilien die Strafjustiz und die Strafrechtswissenschaft. Um den wissenschaftlichen Austausch zwischen Brasilien und Deutschland weiter zu ver-

¹ Pós-Graduado pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, *English Legal Methods* pela Universidade de Cambridge, Inglaterra, *Grundkenntnisse im deutschen Recht e LL. M* pela Universidade Humboldt de Berlim. Atualmente é Doutorando pela Universidade Humboldt de Berlim. Advogado Sócio do escritório Machado Ramos & Von Glehn, Brasília/DF.

tiefen, soll für den brasilianischen Leser ein Teilbereich der deutschen Rechtslage dargestellt werden. Im Rahmen dieses Beitrags stehen die zentralen Bedenken strafprozessualer Art im Mittelpunkt. Da der angehende Kronzeuge für die Offenbarung seines vermeintlichen – einen Dritten belastenden – Wissens auf Zugeständnisse der Strafverfolgungsbehörden hoffen darf, besteht die Gefahr, dass die Angaben lediglich erfolgen, um in den Genuss einer mildernden Bestrafung zu gelangen und nicht der Wahrheit entsprechen. Die Kronzeugenregelung birgt mithin Gefahren für die Wahrheitsermittlung im Strafverfahren und damit auch die Gefahr von Fehlurteilen infolge unrichtiger Angaben. An diesem Aspekt knüpft der vorliegende Beitrag an, indem auf die besonderen Anforderungen eingegangen wird, die sich – infolge der Gefahr, dass andere zu Unrecht belastet werden – für das Ermittlungs- und Hauptverfahren gegen den durch den Kronzeugen belasteten Dritten stellen. Zudem wird auf die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft gegen den Dritten eingegangen. Gleichzeitig sollen die Möglichkeiten der Verteidigung skizziert werden, die sich gegen ein Strafverfahren bieten, das aufgrund belastender Angaben eines Kronzeugen betrieben wird. Schließlich wird das Verhältnis der Kronzeugenregelung zu dem Recht auf eine effektive Verteidigung kuriosisch beleuchtet.

STICHWÖRTER: Kronzeugenregelung; Strafverfahren; Untersuchungshaft; Beweiswürdigung; Effektive Strafverteidigung.

SUMÁRIO: 1 Apresentação; 2 Introdução; 3 O processo investigativo – Fase pré-processual; 3.1 Abordagem inicial; 3.2 As possibilidades de ação da defesa; 4 A prisão preventiva; 4.1 Os requisitos da prisão preventiva; 4.2 O abuso da prisão preventiva; 5 O processo de conhecimento – Fase processual; 5.1 A livre apreciação da prova pelo Magistrado como ponto de partida do processo; 5.2 Os limites da livre apreciação da prova; 5.3 A apreciação dos depoimentos realizados pelos colaboradores; 6 Os colaboradores e o direito a uma defesa efetiva; 6.1 O direito de defesa e a regra do processo justo (*fair trial*); 6.2 O direito à ampla defesa; 7 Conclusão.

1 APRESENTAÇÃO

No Brasil, tanto a legitimidade como os limites da colaboração premiada ocupam um espaço não só perante os tribunais superiores², mas também na mídia³ e, consequentemente, tomam parte no dia a dia da opinião pública⁴. Um dos casos que mais chamam a atenção sobre o tema é, sem dúvida, a “operação Lava Jato”⁵, a qual lida, constantemente, com problemas relacionados à regulamentação da colaboração premiada.

2 STF: HC 127483; STJ: RHC 69988; HC 90962.

3 Bitencourt/Busato, *Comentários à lei de organização criminosa*, 2014; Bittar/Pereira, *Delação premiada*, 2. ed. 2011, 179 ff.; Carvalho, *A delação premiada no Brasil*, 2010; Greco Filho, *Comentários à lei de organização criminosa – Lei nº 12.850/13*, 2014; Mossin/Mossin, *Delação premiada – Aspectos jurídicos*, 2015; Nucci, *Organização criminosa*, 2. ed., 2015.

4 Correio Braziliense de 28.10.2015, Suplemento Especial, p. 2 ss.

5 Apresentado por Schallmüller Ens/Hübert, *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung* 1/2015, 61, 64 ss.

No Direito alemão, a discussão sobre a colaboração premiada⁶ encontra amparo legal no § 31 da Lei de Entorpecentes (BtMG⁷) e no § 46b do Código Penal (StGB⁸), bem como nas reformas posteriores ocorridas em ambos os dispositivos no ano de 2013⁹.

Com efeito, é possível a comparação, pois o Brasil e a Alemanha, há mais de 25 anos, compartilham as mesmas ideias de direito e justiça, estando suas premissas jurídicas ancoradas na lei¹⁰, mas, sobretudo, na constituição. Em ambos os países, vale dizer, as leis relativas à colaboração possuem feições similares e são compatíveis com os respectivos Textos Constitucionais.

Como a Alemanha e toda a América do Sul estão há várias décadas em permuta e contato acadêmico, a apresentação de detalhes em uma publicação em português sobre a situação jurídica referente à colaboração premiada sob a perspectiva do Direito alemão promove o intercâmbio científico necessário para o aprofundamento da matéria.

2 INTRODUÇÃO

Com a introdução de medidas facultativas de dosimetria da pena prescrita no § 46b StGB¹¹, o legislador teve por meta oferecer um incentivo a um (suposto) infrator para ajudar a esclarecer ou a impedir o cometimento de um delito¹². Dessa maneira, certas estruturas criminosas impenetráveis e caracterizadas por altas medidas de conspiratividade poderiam ser desvendadas, porquanto o legislador avaliou que os órgãos de persecução penal, agindo somente com medidas “externas” de investigação, sem contar com o apoio de um dos integrantes da organização, não obteriam as informações necessárias sobre graves delitos

6 Buzari, *Kronzeugenregelungen in Straf- und Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung des § 46b StGB*, 2015; Frahm, *Die allgemeine Kronzeugenregelung*, 2014; Hardinhaus, *Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe*, 2015; Jaeger, *Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung von § 31 BtMG*, 1986; Jeßberger, *Kooperation und Strafzumessung*, 1999; Jeßberger, in: Fahl u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, 2015, 1153 ff.; Jung *Straffreiheit für den Kronzeugen?*, 1974; Kneba, *Die Kronzeugenregelung des § 46b StGB*, 2011; Mehrens, *Die Kronzeugenregelung als Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität*, 2001; Mühlhoff/Mehrens, *Das Kronzeugengesetz im Urteil der Praxis*, 1999; Sickor, *Das Geständnis*, 2014, 439 ss.

7 Veja também: Art. 4 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, der Strafprozeßordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten v. 9. Juni 1989, BGBl. 1989 Teil I, S. 1059; LK-StGB/Theune, 12. Aufl., § 46 Rn. 225; Frahm, *Die allgemeine Kronzeugenregelung*, 2014, 25 ff.; Jeßberger, *Kooperation und Strafzumessung*, 1999, 21.

8 43. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe v. 29. Juli 2009, BGBl. 2009 Teil I Nr. 48, p. 2288.

9 46. Strafrechtsänderungsgesetz – Beschränkung der Möglichkeit zur Strafmilderung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe v. 10. Juni 2013, BGBl. 2013 Teil I Nr. 28, p. 1497.

10 Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, Capítulo II, Seção I.

11 MüKo-StGB/Maier, 2. Aufl. 2012, § 46b Rn. 1; die Kronzeugenregelung kann auch strafprozessual über § 153b StPO Bedeutung erlangen, da eine solche Ermittlungshilfe zur Einstellung des Strafverfahrens führen kann, ver: Ostendorf, ZIS 2013, 172, 175 f. assim como Sickor, *Das Geständnis*, 2014, 470.

12 BT-Drs. 16/6268, 1 f., 9; Lackner/Kühl-Heger, StGB, 28. Aufl. 2014, § 46b Rn. 1.

perpetrados¹³. Importante não olvidar que, paralelamente ao § 46b StGB, também há regra correspondente no âmbito da Lei de Entorpecentes (§ 31 BtMG)¹⁴.

Assim, o suposto delinquente que revela ao Tribunal os seus conhecimentos de eventuais ações criminosas praticadas por terceiros – conectadas à própria persecução e punição de seus delitos – termina por gozar de concessões legais, sendo esses agentes denominados de “colaborador” (*Kronzeuge*¹⁵ ou *Aufklärungsgehilfe*¹⁶), nos processos de investigação.

Em que pese a previsão legal, emergem as críticas contra a introdução do chamado “Regulamento de Colaboração” na Alemanha¹⁷, visto que abriria a possibilidade para arbitrariedades, violando as “regras de justiça”¹⁸, uma vez que somente aqueles que estivessem envolvidos no âmbito de uma estrutura criminosa impenetrável – acusados de crimes graves – usufruiriam as vantagens de tal regulamentação.

Por outro lado, demais infratores que não fizessem parte dessa estrutura criminosa e que viessem cometer um delito pela primeira vez sofreriam todo o rigor da lei penal, pois não gozariam dos mesmos benefícios, o que, sob a luz da isonomia, não seria adequado¹⁹. Além disso, é de se argumentar também sobre a real possibilidade de não alcance de justas medidas de punição aos acusados integrantes da estrutura criminosa, de modo que o fundamento referente à coercitividade da lei penal estaria afetado²⁰. Da mesma forma, é criticada a barganha dos órgãos de persecução estatal com o agente criminoso, algo indigno de um Estado de Direito²¹, tendo em vista que a principiologia constitucionalmente consagrada está ancorada em penas justas e adequadas, não podendo

13 BT-Drs. 16/6268, 1 f.; Sch/Sch-Kinzig, StGB, 29. Aufl. 2014, § 46b Rn. 1.

14 Körner/Patzak/Volkmer-Patzak, BtMG, 8. Aufl. 2016, § 31 Rn. 1 ff.; Müko-StGB/Maier, BtMG § 31 Rn. 1 ff.; Weber, BtMG, 4. Aufl. 2013, § 31 Rn. 1 ss.

15 BT-Drs. 16/6268, 12; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl. 2015, Rn. 942; LR-StPO/Ignor/Bertheau, 26. Aufl., Vor § 48 Rn. 54; König, NJW 2009, 2481; Mühlhoff/Pfeiffer, ZRP 2000, 121, 122; Ostendorf, ZIS 2013, 172, 175: „Der Täter als Zeuge der ‚Krone‘, d.h. des Staates zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten“.

16 BGH, StV 2008, 451, 452; BGH, NStZ-RR 2009, 212; BGHR StGB § 46b Abs. 1 Nr. 1 Aufdeckung 1; BGH, Beschluss v. 13.03.2013 – 4 StR 547/12, Rn. 14 juris; LG Osnabrück, Urteil v. 23.03.2013 – 10 KLS 37/11, 10 KLS – 1100 Js 39222/11 – 37/11, Rn. 208 juris; Mühlhoff/Pfeiffer, ZRP 2000, 121, 122.

17 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 942 f.; LR-StPO/Ignor/Bertheau, Vor § 48 Rn. 54; DRB-Stellungnahme Nr. 10/2006; BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2006, 3 ff.; diferindo Lackner/Kühl-Heger, § 46b Rn. 1: kriminalpolitische Entscheidung des Gesetzgebers ist hinzunehmen.

18 Para a unificação das normas fundamentais da Justiça, Sachs/Osterloh/Nußberger, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 4.

19 BRAK-Stellungnahme Nr. 23/2006, 5 f.; BRAK- Stellungnahme Nr. 36/2007, 3; Dierlamm in: Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Rechtsausschuss, Öffentliche Anhörung zu BT-Drs. 17/9695, Protokoll der 108. Sitzung v. 12. Dezember 2012, 1 f.; König, NJW 2009, 2481; pormenorizadamente: Hardingham, Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe, 2015, 293 ss.

20 NK-StGB/Streng, 4. Aufl. 2013, § 46b Rn. 4; König, NJW 2009, 2481; ver também Sander, StraFo 2010, 365, 367.

21 König, NJW 2009, 2481; DAV-Stellungnahme Nr. 69/2011, 4.

ser simplesmente “comercializadas”²². Também não se demonstra adequada a tendência dos criminosos de culpar outros partícipes, utilizando-se de preceitos legais – esquivando-se, assim, da própria responsabilidade²³.

Nessa esteira, reside o perigo de que o delator, ao revelar seus (supostos) conhecimentos de atos culpáveis de terceiros, teria a esperança de receber concessões por parte dos órgãos de persecução do Estado, o que conduziria à pena mais branda, suavizando o seu castigo, mesmo que as declarações não correspondessem à verdade²⁴. Com o advento da colaboração, existe a possibilidade de as averiguações referentes à apuração da verdade darem causa a eventuais erros judiciários motivados por declarações falsas ou equivocadas, havendo numerosas advertências nesse sentido. Nesses casos, é de se afirmar que a investigação do fato criminoso é contaminada pelo caráter vinculativo da colaboração²⁵.

O presente artigo atém-se quanto a esse aspecto, abordando as necessidades específicas para possíveis brechas ocasionadas por acusações injustas, seja na fase pré-processual (inquérito), seja durante o processo judicial de conhecimento, avaliando-se, também, os requisitos necessários para a decretação da prisão preventiva. Ao mesmo tempo, sob a ótica da defesa, é de se ter em conta a possibilidade de emergirem declarações incriminadoras por parte dos colaboradores no curso do processo²⁶, cujas afirmações pesam injustamente contra terceiros acusados, os quais, por seu turno, têm o interesse no encerramento mais breve possível do processo. Adicionalmente, ao final, serão explicadas, rapidamente, as circunstâncias referentes à colaboração premiada em face de uma defesa efetiva.

3 O PROCESSO INVESTIGATIVO – FASE PRÉ-PROCESSUAL

3.1 ABORDAGEM INICIAL

É conhecido que os promotores de justiça, com fundamento no § 152 Abs. 2 do Código de Processo Penal (StPO), são obrigados a instaurar a investigação, desde que estejam presentes indícios de uma “suspeita inicial” (*Anfangsverdacht*). Assim, a previsão contida no § 46b StGB tem como alvo obter indicações e informações, mesmo advindas de pessoas envolvidas em organizações criminosas, sob estruturas suspeitas, bem como sobre “homens por

22 P-A. Albrecht in: Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Rechtsausschuss, Öffentliche Anhörung zu BT-Drs. 16/6268, Protokoll der 133. Sitzung v. 25. März 2009, 3.

23 DAV-Stellungnahme Nr. 69/2011, 4.

24 BGH, NStZ-RR 2014, 115; AG Saalfeld, StV 2007, 16; Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung (MAH-Strafverteidigung)/Wesemann, 2. Aufl. 2014, § 46 Rn. 228; Sickor, Das Geständnis, 2014, 479; Mühlhoff/Pfeiffer, ZRP 2000, 121, 124.

25 DAV-Stellungnahme Nr. 69/2011, 4.

26 MAH-Strafverteidigung/Wesemann, § 46 Rn. 226 ss.

de trás" (*Hintermänner*) que possuem o domínio sobre o fato criminoso²⁷. Trata-se, pois, de auferir verdadeiros indícios no sentido de se promover o disposto no § 152 Abs. 2 StPO.

Tão logo se verifique a presença de uma “suspeita inicial” (*Anfangsverdacht*), ocorre a devida intervenção, com a abertura do processo investigativo e a execução de medidas processuais, com a finalidade de se esclarecer o suposto fato criminoso²⁸. Tendo em vista que a instauração da investigação pode provocar consequências irreparáveis ao acusado, é de extremo relevo delimitar os requisitos, referentes às informações prestadas pelo delator, as quais podem servir de fundamentos para fins de concretização de uma “suspeita inicial” (*Anfangsverdacht*).

A posição dominante na doutrina afirma que as informações colhidas devem se tratar de fatos, ou seja, de ações ou estados concretos ocorridos seja no passado, seja no presente, de modo a permitir a sua valoração como prova²⁹. Esses fatos, portanto, devem, de acordo com a experiência criminal, deixar transparecer o mais evidente possível que um fato criminoso tenha ocorrido³⁰, muito embora até mesmo os indícios remotos já sejam suficientes³¹. Todavia, meras suposições não bastam como fundamento de uma “suspeita inicial” (*Anfangsverdacht*)³². Do mesmo modo, rumores, declarações unilaterais bem como informações escassas e ainda não checadas devem, necessariamente, demonstrar indícios suficientes para configurar a “suspeita inicial”, mas desde que se revelem plausíveis por meio de comprovação de outros fatos complementares³³.

Nesse espectro, subsiste a problemática para o promotor de justiça dentro da sua margem de apreciação: se uma suspeita é ou não suficiente³⁴, o que será mais tarde submetido ao exame do Tribunal³⁵. Uma “suspeita inicial” (*Anfangsverdacht*), entretanto, não pode por direito ser concebida quando alicerçada sobre ponderações insustentáveis. Do contrário, o processo investigativo seria introduzido e levado adiante arbitrariamente³⁶. Registre-se, ainda, que o limiar para se constatar a “suspeita inicial” (*Anfangsverdacht*) é juridicamente superficial³⁷.

27 BT-Drs. 16/6268, 1.

28 KK-StPO/Diemer, 7. Aufl. 2013, § 152 Rn. 6.

29 Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, StGB, § 186 Rn. 3.

30 BVerfG 3, 55, 61; AK-StPO/Schöch, § 152 Rn. 10.

31 KK-StPO/Diemer, § 152 Rn. 7; LR-StPO/Beulke, § 152 Rn. 25.

32 AK-StPO/Schöch, § 152 Rn. 10; KK-StPO/Diemer, § 152 Rn. 7.

33 KK-StPO/Diemer, § 152 Rn. 7.

34 BGH, NJW 1989, 96, 97.

35 KK-StPO/Diemer, § 152 Rn. 8.

36 BVerfG 2, 27, 29; KK-StPO/Diemer, § 152 Rn. 8.

37 KK-StPO/Diemer, § 152 Rn. 7.

Em suma, conclui-se que os depoimentos realizados pelos colaboradores, em um caso particular, podem motivar a “suspeita inicial” (*Anfangsverdacht*). Os promotores, nesse contexto, são chamados a provar se os fatos alegados pelos colaboradores estão amparados pela experiência criminal comum, de modo a sustentar a existência de um fato criminoso. Embora o promotor possua uma margem de apreciação ao examinar a “suspeita inicial” (*Anfangsverdacht*), não pode, contudo, tratar-se apenas de meras conjecturas ou ponderações insustentáveis, devendo considerar, nessa fase do processo, o risco de não ocasionar ao indivíduo uma exposição desnecessária.

3.2 As possibilidades de ação da defesa

a) A limitação do controle judicial nos processos de investigação

Do ponto de vista da defesa, contra um processo de investigação em andamento, fundado em informações prestadas por colaboradores, há de se observar que, sob a ótica do “Tribunal Constitucional” (*Bundesverfassungsgericht*), inexiste direito de proteção contra a mera marcha de um processo de investigação antes do seu final, excetuando-se somente os casos em que ocorra arbitrariedade. Ao acusado, em princípio, é de se esperar uma resolução razoável por parte do promotor de acordo com o § 170 do Código de Processo Penal, isto é, se denunciará ou não tão somente com base nas colaborações. Cumpre registrar que um controle judicial em relação à instauração e continuação das investigações realizadas pelo Ministério Público antes de seu fim não possui previsão³⁸.

b) O pedido de arquivamento do processo de investigação

Sob o aspecto da defesa, encontra-se por vezes na doutrina a indicação, de *lege artis*, de que o andamento de um processo penal contra o acusado, ainda em fase pré-processual, pode ser encerrado de imediato contra o acusado³⁹. A defesa deverá, principalmente, salientar, ainda no processo de investigação⁴⁰, a posição ambivalente dos colaboradores, isto é, se, por um lado, os colaboradores têm o dever de dizer a verdade sobre os fatos, por outro, visam, ao mesmo tempo, aos seus próprios interesses no processo, havendo aí o risco de surgirem inverdades e incriminações arbitrárias⁴¹. Nesse caso, será demonstrado, para fins de requerimento, que a denúncia referente à investigação seja arquivada – a depender das circunstâncias do caso concreto.

38 *BVerfGK* 2, 27, 28 f.

39 Pelo Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger/Deckers, 5. Aufl. 2010, Einführung vor V.1; Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger/Hamm, Vorbemerkung IV.1; MAH-Strafverteidigung/Schlöthauer, § 3 Rn. 102; Bosbach, Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2015, Rn. 190.

40 O mesmo ocorre nos processos intermediários (Zwischenverfahren), isto é, depois do oferecimento da denúncia e antes de seu recebimento.

41 Malek, StV 2010, 200, 205.

c) O direito à responsabilização civil por instauração de processos investigativos

Tão logo haja uma incriminação injusta feita por colaboradores em prejuízo de terceiros, emerge o direito à responsabilização civil em face do Estado por ação do promotor ao instaurar o processo investigativo, devendo-se seguir atentamente determinadas diretrizes. A jurisprudência, todavia, concede ao promotor uma margem de apreciação que possibilite a aferição da presença de indícios suficientes para que se instaure ou não o processo de investigação, com fulcro no § 152 Abs. 2 do Código de Processo Penal⁴².

Quanto ao processo de responsabilização civil do Estado, é de se considerar que a decisão do promotor de instaurar a investigação (§ 152 Abs. 2 StPO), bem como de ajuizar a ação penal (§ 170 Abs. 1 StPO), não se pauta pela sua “exatidão” (*Richtigkeit*), mas deve-se checar tão somente a sua “justificabilidade” (*Vertretbarkeit*) para consecução de ambas as providências. As hipóteses mencionadas somente são consideradas injustificáveis se a instrução do processo de investigação contra o acusado não for inteligível – mesmo tendo em conta todos os interesses que envolvem o bom funcionamento do sistema de justiça criminal⁴³.

Para saber se com a instauração da investigação houve violação do dever profissional, somente as circunstâncias do caso concreto poderão dizer. Registre-se, todavia, que os critérios para a avaliação da credibilidade do colaborador são extremamente elevados para fins de condenação de um terceiro. A mera instauração de um processo de investigação com base nos depoimentos de um colaborador não será, via de regra, algo injustificável, considerando que o legislador legitimado de forma democrática criou o instrumento da colaboração premiada precisamente para obter, dessa forma, elementos para fins de investigação.

4 A PRISÃO PREVENTIVA

A “ prisão preventiva” (*Untersuchungshaft*) prevista nos §§ 112 ss. do Código de Processo Penal não tem o caráter de pena antecipada⁴⁴. Ela possui, de antemão, a finalidade de assegurar o bom andamento do processo e de garantir, oportunamente, a execução da pena⁴⁵. Fora esses objetivos, revela-se a prisão preventiva como uma medida desproporcional, sendo inadmissível sua decretação, manutenção ou execução⁴⁶.

42 BGH, NJW 1989, 96, 97.

43 BGH, NJW 1989, 96, 97.

44 KK-StPO/Graf, Vorb § 112 Rn. 12; LR-StPO/Hilger, Vor § 112 Rn. 7.

45 BVerfGE 19, 342, 349; BVerfG, StV 1996, 156; BGHSt 34, 362, 363; AK-StPO/Deckers, § 112 Rn. 9; KK-StPO/Graf, Vorb § 112 Rn. 11; LR-StPO/Hilger, Vor § 112 Rn. 1.

46 BVerfGE 19, 342, 349.

4.1 OS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA

De acordo com o § 112 Abs. 1 S. 1 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pode ser decretada em desfavor do acusado, quando se vislumbrar a “elevada suspeita” (*dringender Tatverdacht*) de seus atos e estiver presente pelo menos um “fundamento de prisão” (*Haftgrund*). Além disso, a ordem de prisão preventiva deve se guiar pelo princípio da proporcionalidade (§ 112 Abs. 1 S. 2 StPO), bem como se encontrar devidamente fundamentada (114 Abs. 2 StPO).

a) A elevada suspeita

A presença da “elevada suspeita” (*dringender Tatverdacht*) da prática criminosa é o requisito necessário para a decretação da prisão preventiva contra terceiros – os quais foram incriminados pelos depoimentos dos colaboradores. A “elevada suspeita” configura-se quando se verifica em sua totalidade, após o resultado das investigações, que há uma grande probabilidade de que o acusado possa ser o autor ou partícipe da empreitada criminosa⁴⁷.

A “elevada suspeita” deve se respaldar em uma base factual⁴⁸, de sorte que meras suposições, rumores ou declarações anônimas não devem ser consideradas⁴⁹. Sobre a prisão, o Magistrado baseia-se nos resultados da investigação juridicamente aproveitáveis⁵⁰, existentes no momento da sua decisão presente nos autos⁵¹.

Sobre esse fundamento, o juiz constrói sua decisão com base “na livre apreciação da prova” (*in freier Würdigung der Beweise*), medindo se há grande probabilidade de que o alegado delito perpetrado pese contra o acusado⁵². Nesse ponto, o Magistrado deve lidar cuidadosamente com a qualidade da prova. Em outras palavras, quanto mais fraca for a força da prova coligida, mais elevadas serão as exigências quanto à inspeção dos fatos, meios de provas utilizados e o modo como foram auferidas⁵³.

No campo da apreciação da prova, o Magistrado levará em consideração principalmente a posição ambivalente do colaborador, haja vista o elevado perigo de inverdades que podem constar em depoimentos, contribuindo, assim, para a incriminação de terceiros⁵⁴. Porquanto, um depoimento pode, diante de

47 *BVerfG*, NJW 1996, 1049, 1050; AK-StPO/Deckers, § 112 Rn. 11; KK-StPO/Graf, § 112 Rn. 3; *Pfeiffer*, StPO, 5. Aufl. 2005, § 112 Rn. 2.

48 AK-StPO/Deckers, § 112 Rn. 12; KK-StPO/Graf, § 112 Rn. 7; *Pfeiffer*, StPO, § 112 Rn. 2; SK-StPO/Paeffgen, 5. Aufl., § 112 Rn. 7.

49 KK-StPO/Graf, § 112 Rn. 3; LR-StPO/Hilger, § 112 Rn. 20; MAH-Strafverteidigung/König, § 4 Rn. 3.

50 BGHSt 36, 396, 398; LR-StPO/Hilger, § 112 Rn. 21; *Pfeiffer*, StPO, § 112 Rn. 2.

51 KK-StPO/Graf, § 112 Rn. 7; LR-StPO/Hilger, § 112 Rn. 20.

52 KK-StPO/Graf, § 112 Rn. 8; LR-StPO/Hilger, § 112 Rn. 21.

53 LR-StPO/Hilger, § 112 Rn. 21.

54 Zur Notwenigkigkeit, im Rahmen der Überprüfung des dringenden Tatverdachts die belastende Aussage des Kronzeugen in Frage zu stellen, *Malek*, StV 2010, 200, 205.

certas circunstâncias, possuir baixa valoração probatória, quando há a suspeita de que se trataria de declarações visando somente ao interesse próprio⁵⁵.

Assim, o “Tribunal de Justiça de Hamburgo” (*LG Hamburg*) decidiu que a “elevada suspeita” não pode se apoiar em um único depoimento de um colaborador, se não puder excluir a hipótese de que este, ao incriminar outrem, vise somente à redução da própria pena no processo⁵⁶. Por outro lado, há casos na jurisprudência em que a suposição sobre a “elevada suspeita” da prática do delito, resultante de depoimentos realizados por colaboradores, foi validada juridicamente.

Em análise de caso, o “Tribunal Superior Regional de Dresden” (*OLG Dresden*⁵⁷) salientou que o conjunto de provas existente e o seu teor demonstram-se especialmente complexos, na hipótese em que os supostos infratores se ofereçam às autoridades responsáveis pela investigação como colaboradores. Contudo, analisou o Tribunal que, para a configuração da existência da “suspeita elevada” em prejuízo de terceiro (acusado), não se devem tomar como base os depoimentos realizados pelos colaboradores – que, por sua vez, pretendiam obter redução da pena ao delatar a participação de outros envolvidos. Registre-se que os depoimentos foram avaliados com especial cuidado pelo Tribunal, o qual fundamentou sua decisão com base em depoimentos de outras testemunhas que não faziam parte do grupo de colaboradores.

b) A fundamentação da ordem de prisão preventiva

Conforme determina o § 114 Abs. 2, 3 do Código de Processo Penal, a ordem de prisão necessita ser fundamentada. A obrigatoriedade de fundamentação tem como característica a particularidade de concretizar o direito do acusado de ser ouvido pelas autoridades, servindo também – para o juiz emissor da ordem – como uma forma de controle de suas próprias decisões, tendo o condão de informar o acusado e seu advogado sobre os motivos que levaram à prisão, bem como de justificar as razões do cárcere provisório para a avaliação das instâncias revisoras⁵⁸.

De acordo com § 114 Abs. 2 Nr. 4 do Código de Processo Penal, devem ser especificados, principalmente, os fatos cuja “elevada suspeita” resulta, quanto que a segurança pública não seja colocada em perigo. Daí resulta que devem ser indicados os meios de prova que certificam os fatos alegados na ordem de prisão⁵⁹. Além disso, os fatos devem ser especificados minuciosamente, de modo que se permita ao acusado se defender da imputação que recai contra a

55 LR-StPO/*Hilger*, § 112 Rn. 21.

56 *LG Hamburg*, StV 1994, 317 (zu § 31 BtMG).

57 *OLG Dresden*, Beschluss v. 1. Juli 2013 – 2 Ws 298/13 citado por *SächsVerfGH*, Beschluss v. 27.8.2013 – Vf. 61-IV-13 (HS), Vf. 62-IV-13 (e.A.), Rn. 16 juris.

58 AK-StPO/*Deckers*, § 114 Rn. 2; KK-StPO/*Graf*, § 114 Rn. 4.

59 MAH-Strafverteidigung/*König*, § 4 Rn. 70.

sua pessoa⁶⁰. Na prática, a fundamentação será o elemento de referência para a revisão da decisão por instância superior averiguando se o mandado de prisão pode perdurar. No entanto, a revisão pode se revelar difícil na prática, se as autoridades responsáveis pela investigação abusarem da prisão preventiva para alcançar finalidades “estranhas” ao processo.

4.2 0 ABUSO DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva não pode ser utilizada como instrumento de abuso para influenciar no depoimento do acusado, induzindo-o especialmente a não fazer o uso do “direito ao silêncio” (*Schweigerecht*)⁶¹. Se, por meio da ordem e da execução da prisão preventiva, obter-se uma declaração pretendida do acusado, estar-se-á diante de medida ilegal, cujo resultado é a não valoração da declaração auferida⁶².

Registre-se que, na prática, os chamados “fundamentos de prisão apócrifos” (*apokryphe Haftgründe*) não desempenham um papel insignificante⁶³. Trata-se de fundamentos os quais ocultam os argumentos que motivaram a prisão, em caráter estereotipado e pseudoempíricos justificados, de modo que o Magistrado e o promotor realmente motivam suas decisões para além do que a lei permite, levando o acusado ao cárcere⁶⁴.

Um dos fundamentos apócrifos mais difundidos ensejando a prisão é o que se denomina de “estímulo para facilitar a confissão” (*Förderung der Geständnisbereitschaft*)⁶⁵. Visando a esse objetivo, ou seja, extrair a confissão, utiliza-se o argumento de que, sob o pretexto de uma alta expectativa de pena a ser prolatada futuramente, o acusado pode ser estimulado a fugir, fazendo-se, assim, necessária a decretação da prisão. Desse modo, seria sugerido ao acusado que realizasse a confissão, de sorte que a expectativa da pena se reduziria drasticamente e, dessa maneira, a ordem de prisão não seria executada⁶⁶.

Na mesma linha, por vezes, o processo investigativo é acompanhado por grande interesse social, provocando indignação geral, que, em parte, também

60 KG, StV 1994, 318.

61 BGHSt 34, 362, 363 f.; BGH, NStZ 2005, 279; OLG Frankfurt bei Paeffgen, NStZ 1993, 530, 533; LR-StPO/Hilger, Vor § 112 Rn. 7.

62 LG Bad Kreuznach, StV 1993, 629 f.

63 LR-StPO/Hilger, § 112 Rn. 54; MAH-Strafverteidigung/König, § 4 Rn. 48; SK-StPO/Paeffgen, § 112 Rn. 21c; Herrmann, Untersuchungshaft, 2008, Rn. 638.

64 AnwKom-Untersuchungshaft/König, 2011, § 112 Rn. 40; LR-StPO/Hilger, § 112 Rn. 54; MAH-Strafverteidigung/König, § 4 Rn. 48; SK-StPO/Paeffgen, § 112 Rn. 21c; Herrmann, Untersuchungshaft, Rn. 638; Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, 4. Aufl. 2010, Rn. 661; Eidam, HRRS 2013, 292, 293.

65 LR-StPO/Hilger, § 112 Rn. 54; MAH-Strafverteidigung/König, § 4 Rn. 48; Herrmann, Untersuchungshaft, Rn. 641; Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, Rn. 665; ver também Eidam, HRRS 2008, 241, 243.

66 MAH-Strafverteidigung/König, § 4 Rn. 48.

é insuflado pela mídia, satisfazendo, assim, o desejo da opinião pública ao ser ordenada a prisão preventiva do acusado⁶⁷.

Esses motivos delineados podem desempenhar no processo um papel contra a pretensão de futuros infratores em colaborar, como também prejudicar terceiros que serão objeto de delação, pois, nesses casos, pode residir o interesse dos órgãos de investigação – quanto ao acusado preso – de promover a “facilitação da confissão” (*Geständnisbereitschaft*) e, respectivamente, a “cooperação com as autoridades” (*Kooperationsbereitschaft*)⁶⁸ ou de simplesmente satisfazer a vontade da opinião pública” (*öffentliche Meinung zu befriedgen*).

Nesse contexto, é especialmente problemático que, na prática, a prisão preventiva produza, frequentemente, a denominada coisa julgada *de facto*⁶⁹. Essa expressão refere-se ao fenômeno que, apesar de o acusado ter sido preso preventivamente, ele é condenado a uma pena privativa de liberdade inferior à prisão preventiva já cumprida⁷⁰.

A problemática é reforçada por meio de mais uma circunstância, isto é, em razão da acentuada evidência dos fundamentos apócrifos, é possível que ocorra limitação do exercício da defesa⁷¹, porquanto a decretação da prisão preventiva deve ser fundamentada pelo Tribunal e a defesa poderia, assim, revelar os verdadeiros motivos que levaram à prisão e demonstrar que as razões indicadas na fundamentação da ordem serviram apenas de pretexto para decretar a segregação provisória⁷².

A doutrina, por seu turno, recomenda apresentar a dúvida da legitimidade da prisão preventiva para avaliação do Tribunal⁷³. Além disso, a literatura chama a atenção para o fato de que se pode conseguir a revogação da ordem por via do “exame da validade da ordem de prisão” (*Haftprüfung*) na instância de origem, conforme impõe o art. 117, al. 1, do Código de Processo Penal, bem como por via do recurso de “reclamação de prisão” (*Haftbeschwerde*), consante estipulam os arts. 304 e seguintes também do Código de Processo Penal, alegando que, precisamente nesse caso, não há presença do “fundamento de prisão” (*Haftgrund*)⁷⁴ – como, por exemplo, o “risco de fuga” (*Fluchtgefahr*).

67 MAH-Strafverteidigung/König, § 4 Rn. 48; Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, Rn. 684; ver também LR-StPO/Hilger, § 112 Rn. 54 Fn. 268: apokryphe Haftgrund der öffentlichen Erregung.

68 Herrmann, Untersuchungshaft, Rn. 643; Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, Rn. 669.

69 AnwKom-Untersuchungshaft/König, § 112 Rn. 40; MAH-Strafverteidigung/König, § 4 Rn. 48; Herrmann, Untersuchungshaft, Rn. 658; Eidam, HRRS 2008, 241, 243.

70 Heger por Luís Henrique A. S. Machado, Die Untersuchungshaft aus der Sicht des brasilianischen und des deutschen Rechts, 2015, S. V.

71 AnwKom-Untersuchungshaft/König, § 112 Rn. 40; MAH-Strafverteidigung/König, § 4 Rn. 48, 174; SK-StPO/Paefgen, § 112 Rn. 21f; Herrmann, Untersuchungshaft, Rn. 655.

72 MAH-Strafverteidigung/König, § 4 Rn. 174.

73 LR-StPO/Hilger, § 112 Rn. 54; Herrmann, Untersuchungshaft, Rn. 656.

74 Eidam, HRRS 2008, 241, 243.

Por outro lado, especialistas que conhecem bem a matéria sublinham que tal procedimento, na prática, tem poucas chances de lograr êxito⁷⁵. Por isso, o jurista *König* aconselha ao defensor que informe o seu cliente sobre o verdadeiro motivo da prisão e discuta com ele as chances e os riscos ligados a uma confissão prematura que eventualmente pode levar a uma liberação da prisão ou pode ser uma contribuição, isto é, um auxílio para investigar o caso no sentido do § 31 da Lei de Entorpecentes (BtMG) e do § 46b CP do Código Penal (StGB) – ambos responsáveis por regular a colaboração premiada⁷⁶.

5 O PROCESSO DE CONHECIMENTO – FASE PROCESSUAL

5.1 A LIVRE APRECIAÇÃO DA PROVA PELO MAGISTRADO COMO PONTO DE PARTIDA DO PROCESSO

Tão logo seja aberto e dado andamento ao processo de conhecimento contra terceiros atingidos pela colaboração, o Tribunal prolatará a sentença, desde que não deva arquivar o processo antes. Na fase de sentença, decide o Tribunal sobre o resultado da produção probatória de acordo com o § 261 do Código de Processo Penal, segundo sua livre convicção extraída a partir da audiência de instrução e julgamento.

A convicção no sentido do § 261 significa que o juiz tem certeza a respeito da verdade objetiva; quer dizer, o que importa é a questão de o Tribunal, com base no completo arcabouço probatório, considerar que uma determinada situação, ou seja, os fatos probatórios relevantes para a sentença e sobre as consequências jurídicas⁷⁷, corresponda à verdade ou não⁷⁸.

Pelo contrário, se o juiz também guardar uma leve dúvida sobre a autoria do crime, faltará, assim, a convicção necessária para levar a cabo a condenação no sentido do § 261 do Código de Processo Penal⁷⁹.

5.2 OS LIMITES DA LIVRE APRECIAÇÃO DA PROVA

Todavia, a liberdade do juiz no campo da apreciação da prova também encontra os seus limites⁸⁰. O Tribunal revisor verifica se o juiz responsável pela análise do fato cometeu um “erro jurídico” (*Rechtsfehler*) no que tange à apreciação da prova⁸¹. Nessa linha, ocorre um erro em termos factuais-jurídicos, quando a apreciação da prova se dá de forma contraditória, obscura ou omissa,

75 MAH-Strafverteidigung/König, § 4 Rn. 174.

76 MAH-Strafverteidigung/König, § 4 Rn. 174.

77 KK-StPO/Ott, § 261 Rn. 2.

78 BGH, NSTZ 1983, 277, 278.

79 Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, Rn. 90.

80 Graf/Eschelbach, *StPO*, Edition 22, Stand: 1.9.2015, § 261 Rn. 1.

81 BGH, NSTZ-RR 2014, 115.

prejudicando o raciocínio lógico ou violando regras empíricas ou na hipótese em que o Magistrado impôs fortes exigências para a formação da convicção⁸².

A concretização dessas orientações referentes ao convencimento do Magistrado deve, de antemão, basear-se objetivamente em fundamentos factuais-viáveis⁸³ e em uma evidência lógica e inteligível da apreciação da prova que resista a uma argumentação racional⁸⁴. Além disso, as conclusões tiradas pelo Tribunal não podem ter o viés de simples conjecturas ou de meras suposições que não seriam capazes, em última análise, de estabelecer uma suspeita⁸⁵.

5.3 A APRECIAÇÃO DOS DEPOIMENTOS REALIZADOS PELOS COLABORADORES

a) Requisitos gerais

Também para o caso de informações prestadas por colaboradores incriminando terceiros, extraem-se da jurisprudência dos Tribunais superiores certas diretrizes para a apreciação da prova⁸⁶. Sob a perspectiva do recurso de revisão, exige-se, nos casos da colaboração premiada, uma fundamentação minuciosa da apreciação das provas⁸⁷. O juiz tem a obrigação particular no modo como deve lidar com falsos motivos alegados pelo colaborador em prejuízo de terceiro, no momento da apreciação da prova. Do contrário, se o juiz se omitir quanto à necessária investigação de falso motivo, responsável por incriminar terceiros, é de se reconhecer que a apreciação da prova apresenta falha jurídica⁸⁸.

No campo da apreciação da prova, o juiz deve, por direito, ocupar-se obviamente com a análise da credibilidade das declarações, fazendo com que os futuros colaboradores, ao realizarem os seus depoimentos, queiram preservar os requisitos e as vantagens previstas no § 46b do Código Penal e, com isso, inibir a tentação de incriminar terceiros, declarando inverdades⁸⁹. Por isso, exige-se, em tais casos, uma apreciação criteriosa referente ao “surgimento da declaração” (*Aussageentstehung*), ao “motivo da declaração” (*Aussagemotiv*), à “imutabilidade [constância/coerência] da declaração” (*Aussagekonstanz*), bem como à “análise do conteúdo da declaração” (*Inhaltsanalyse*)⁹⁰. A sentença, por

82 *BGH*, *NStZ-RR* 2014, 115.

83 *Eisenberg*, *Beweisrecht der StPO*, Rn. 91; *Pfeiffer*, *StPO*, § 261 Rn. 2.

84 *Eisenberg*, *Beweisrecht der StPO*, Rn. 91.

85 *BGH*, *NStZ* 1982, 478.

86 *Deckers*, *StraFo* 2010, 372, 379.

87 *Graf/Eschelbach*, *StPO*, Edition 22, Stand: 01.09.2015, § 261 Rn. 58; *Frahm*, *Die allgemeine Kronzeugenregelung*, 2014, 262.

88 *BGH*, *NStZ-RR* 2014, 115.

89 *BGH*, *NStZ-RR* 2014, 115; antes porém: *BGH*, *NStZ-RR* 2003, 245 (zu § 31 BtMG); *BGH*, *NStZ* 2004, 691 f. (zu § 31 BtMG); *BGH*, *StV* 2008, 451, 452 (zu § 31 BtMG); *BGH*, *NStZ-RR* 2012, 52, 53 (zu § 31 BtMG); *OLG Koblenz*, *NStZ* 2008, 359 (zu § 31 BtMG); *OLG Naumburg*, *StV* 2014, 594 (zu § 31 BtMG); ver também: *BGH*, resolução de 13.03.2013 – 4 *StR* 547/12, Rn. 14 juris.

90 *Graf/Eschelbach*, *StPO*, Edition 22, Stand: 01.09.2015, § 261 Rn. 58.

fim, deve certificar que o juiz considerou todas as circunstâncias que poderiam influenciar a sua decisão⁹¹. Até mesmo uma completa e segura exposição sobre as informações de um único colaborador torna-se necessária como requisito para motivar a sentença⁹².

Apesar do fato de que as diretrizes formuladas pelos juízes dos Tribunais superiores vinculam a apreciação livre das provas pelo juiz para avaliar o fato⁹³ a certos padrões mí nimos, a apreciação da prova continua a caber a este Magistrado e a sua convicção não é atacável por meio de recurso de revisão alegando que um outro juiz poderia ter dúvidas a respeito, nem afirmando que as conclusões tiradas seriam inconcludentes ou pouco realistas – isso desde que a apreciação se respalde em um fundamento objetivo que, por motivos racionais, permita a conclusão de que os acontecimentos averiguados correspondam à verdade com elevada probabilidade do ocorrido⁹⁴.

Quando e em que circunstâncias o juiz deve ou não realizar o seu convencimento, na acepção do § 261 do Código de Processo Penal, não pode a ele ser prescrito em princípio⁹⁵. O juiz pode, por sua vez, amparar a condenação de um terceiro tão somente com base nas informações incriminadoras prestadas pelo colaborador⁹⁶, desde que sejam cumpridos os requisitos de exposição estipulados pela jurisprudência dos Tribunais superiores.

Uma regulamentação no campo das provas, na qual se preveja que uma sentença não pode ser pronunciada apoiando-se exclusivamente nas declarações dos colaboradores – algo semelhante com o que ocorre na maioria dos estados federativos americanos com a prática vigente da *corroboration*⁹⁷ – não encontra suporte legal na Alemanha, seja no Código de Processo Penal⁹⁸, seja na jurisprudência⁹⁹, embora a introdução de uma tal regra já tenha sido exigida

91 *Graf/Eschelbach*, StPO, Edition 22, Stand: 01.09.2015, § 261 Rn. 58; *Frahm*, Die allgemeine Kronzeugenregelung, 2014, 262; *Schmandt*, StraFo 2010, 446, 451.

92 *BGH*, StV 2008, 451, 452; *BGH*, StraFo 2008, 508; *Graf/Eschelbach*, StPO, Edition 22, Stand: 01.09.2015, § 261 Rn. 58.

93 *BGH*, NStZ-RR 2014, 115; *KK-StPO/Ott*, § 261 Rn. 77.

94 *KK-StPO/Ott*, § 261 Rn. 85.

95 *BGHSt* 48, 161, 167.

96 Já ocorreu na prática que sentenças foram proferidas somente com base nas declarações dos colaboradores. Para tanto: *Mühlhoff/Mehrens*, Das Kronzeugengesetz im Urteil der Praxis, 1999, 58; *Mühlhoff/Pfeiffer*, ZRP 2000, 121, 127; abl. *Graf/Eschelbach*, StPO, Edition 22, Stand: 1.9.2015, § 261 Rn. 55; *Buzari*, Kronzeugenregelungen in Straf- und Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung des § 46b StGB, 2015, 97 f.; *Mehrens*, Die Kronzeugenregelung als Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität, 2001, 113.

97 Para tanto *Frahm*, Die allgemeine Kronzeugenregelung, 2014, 263 f.; *Jeßberger*, Kooperation und Strafzumessung, 1999, 289.

98 *Buzari*, Kronzeugenregelungen in Straf- und Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung des § 46b StGB, 2015, 96.

99 *KK-StPO/Ott*, § 261 Rn. 29c; contra, *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 943: externe Beweismittel, die den Aussageinhalt des Kronzeugen bestätigen, sind unerlässlich; assim também: *Weidner*, in: *Schöch* u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, 599, 603; *Deckers*, StraFo 2010, 372, 379.

atentando para a prevenção do perigo de que as informações prestadas pelos colaboradores podem ser inverídicas¹⁰⁰.

Nesse passo, a decisão do “Tribunal Federal de Justiça” (*Bundesgerichtshof – BGH*)¹⁰¹ do ano 2013 e outras referentes aos Tribunais Justiça estaduais¹⁰² não alteraram, ao que parece, o entendimento a respeito. Em caso de colaboração premiada que resulte em depoimentos falsos do colaborador sobre outros assuntos, o “Tribunal Superior Regional de Koblenz” (*OLG Koblenz*) impõe apenas que a credibilidade dos depoimentos do delator em detrimento do acusado seja fundamentada de forma particularmente minuciosa¹⁰³.

Além disso, a jurisprudência dos Tribunais superiores não determina o *quantum* do benefício a ser concedido ao colaborador na fase de dosimetria da pena, isto é, no cálculo da redução da pena, não se especifica o montante a ser subtraído em razão da colaboração realizada – o que torna visível o prejuízo a ser suportado pelo terceiro delatado, porquanto não se sabem os motivos que levaram o juiz a abater uma fração maior ou menor da pena – muito embora essa questão já tenha sido objeto de críticas na prática jurídica¹⁰⁴.

Acrescente-se, ainda, outra problemática. Em um processo contra o terceiro delatado pelo colaborador, pode acontecer que a questão da apreciação imparcial das provas manifeste-se com especial gravidade quando um Tribunal já acreditou nos depoimentos do colaborador e a decisão do Tribunal transitou em julgado¹⁰⁵.

No entanto, o Código de Processo Penal não prevê regras específicas a fim de lidar com esse problema. Apenas os dispositivos relativos à “recusa [por impedimento]” (*Ablehnung*) e “desqualificação [por exclusão]” (*Ausschließung*) do juiz (§§ 22 ff. StPO) podem, no caso concreto, levar o Magistrado a ser afastado da elaboração da sua decisão.

b) Requisitos em casos de testemunho [único] contra testemunho [único]

Até o momento, é reconhecido no contexto de “testemunho [único] contra testemunho [único]”¹⁰⁶ que o juiz deve indicar razões sólidas, normalmente fora do depoimento do colaborador, que permita a ele considerar fidedigna essa única declaração, se esse único colaborador, durante a audiência de instrução e julgamento, não mais sustentar total ou parcialmente as suas alegações em

100 *Mühlhoff/Pfeiffer*, ZRP 2000, 121, 127; DAV-Stellungnahme Nr. 69/2011, 6; *König* in: Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Rechtsausschuss, Öffentliche Anhörung zu BT-Drs. 17/9695, Protokoll der 108. Sitzung v. 12. Dezember 2012, 14 f.

101 *BGH*, NStZ-RR 2014, 115.

102 *OLG Koblenz*, NStZ 2008, 359 (zu § 31 BtMG); *OLG Naumburg*, StV 2014, 594 (zu § 31 BtMG).

103 *OLG Koblenz*, NStZ 2008, 359 (zu § 31 BtMG).

104 *König*, NJW 2009, 2481, 2484; DAV-Stellungnahme Nr. 69/2011, 6.

105 *Ostendorf*, ZIS 2013, 172, 176.

106 *Deckers*, StraFo 2010, 372; *Malek*, StV 2010, 200, 206; *Schmandt*, StraFo 2010, 446.

desfavor do delatado, de modo que a narrativa inicial dos fatos subsequentes não seja mais investigada ou se verificar que parte da declaração é inverídica¹⁰⁷.

c) Considerações sobre a apreciação da prova relativa às informações das testemunhas de “ouvir dizer”, no caso de não se realizar a inquirição do colaborador por meio da defesa

Ademais, há de considerar que a valoração da prova pelo depoimento de testemunha de “ouvir dizer” é reduzida, na medida em que ela possa ser ouvida pelo juiz na audiência de instrução e julgamento sobre questões inquiridas e respondidas pelo colaborador anteriormente – isso na hipótese em que o colaborador não se encontre presente – e, à revelia do § 168c Abs. 2, 5 do Código de Processo Penal, bem como ao art. 6, § 3, alínea *d*, da Convenção Europeia de Direito Humanos, à defesa não foi dada a possibilidade de indagar as alegações levantadas pelo colaborador, isto é, participando ativamente, fazendo perguntas ao delator para controlar a veracidade das respostas dadas e indagando sobre a situação com o fim de submeter as informações declaradas a uma análise, especialmente em relação às descobertas de contradições na declaração incriminativa e excluir uma consciente imputação de falsa culpa em prejuízo do delatado¹⁰⁸.

Nesses casos, pode a sentença condenatória ser somente amparada pelas informações reveladas ao juiz, se esse depoimento for confirmado por meio de outros fatores importantes fora do âmbito da declaração prestada pela testemunha denominada de “ouvir dizer”. Assim, o juiz deve realizar cuidadosamente a apreciação da prova, indicando claramente suas razões de tal modo que a instância revisora possa averiguar e conferir a sentença¹⁰⁹.

6 OS COLABORADORES E O DIREITO A UMA DEFESA EFETIVA

A presente abordagem pode servir também de orientação para o leitor brasileiro, o que parece oportuno no âmbito da problemática da “colaboração e uma defesa efetiva”, ao ventilar a questão sob a perspectiva alemã. No momento, o tema em análise é discutido no Brasil levando em consideração principalmente esse enfoque¹¹⁰.

6.1 O DIREITO DE DEFESA E A REGRa DO PROCESSO JUSTO (FAIR TRIAL)

No Código Penal alemão, está assegurado, no § 137 Abs. 1 S. 1, que o acusado, em qualquer fase do processo, tem por direito o auxílio e o apoio de um advogado de defesa. Do mesmo modo, tanto a Convenção Europeia de Di-

107 BGHSt 44, 153, 159; BGH, NStZ 2008, 581, 582.

108 BGHSt 46, 93 ss.

109 BGHSt 46, 93, 106.

110 Correio Braziliense de 28.10.2015, Suplemento Especial, p. 2 ss.

reitos Humanos (art. 6, § 3, alínea c) como a Lei Fundamental alemã (art. 2 Abs. 1), combinada com o princípio do Estado de Direito, garantem o direito de qualquer pessoa que responda a um processo penal de se defender por meio de um advogado de sua livre escolha e confiança¹¹¹. Ambos (a livre escolha e a confiança) são considerados requisitos para o exercício de uma defesa efetiva¹¹².

Além disso, a defesa criminal “instituição” está guardada por meio do princípio do Estado de Direito ancorado na Constituição¹¹³, pois a participação de um advogado de defesa, que esteja ao lado de um acusado, orientando-o e amenizando as circunstâncias que a audiência de oitiva traz em si, com exceção de simples situações, é indispensável para a efetivação da “paridade de armas” (“*Waffengleichheit*”)¹¹⁴. Essa “paridade de armas”, entre os órgãos de persecução do estado e o acusado, é uma posição de proteção que resulta do direito constitucional, dando azo a um processo justo, sedimentado nas premissas do Estado de Direito¹¹⁵.

O direito ao *fair trial* não contém, porém, na totalidade de seus detalhes, qualquer mandamento ou proibição. Pelo contrário, é necessária uma concretização de acordo com a situação material [substancial] objetiva¹¹⁶. Essa concretização é, em primeiro lugar, uma tarefa do legislador e, depois que os limites forem demarcados pela lei, passa a ser uma obrigação do Tribunal responsável pela aplicação da lei penal¹¹⁷.

Uma violação à regra do *fair trial* ocorre somente quando, em uma perspectiva geral do processo, também no campo da interpretação e aplicação da norma por meio do Tribunal, os requisitos constitucionalmente obrigatórios não forem observados ou abandonarem-se valores irrenunciáveis pertinentes ao Estado de Direito¹¹⁸.

No âmbito dessa perspectiva geral, não se deve somente observar os direitos do acusados – em especial os direitos processuais e as possibilidades de se exigir perícias, como também o poder de repelir abusos por parte do Estado ou de outro participante do processo –, mas também é necessário considerar o bom funcionamento necessário à administração da justiça criminal¹¹⁹, porquanto o princípio do Estado de Direito permite e exige a consideração dos interesses

111 BVerfGE 110, 226, 253; BVerfGE 133, 168, 203; AK-StPO/Stern, Vorbem. § 137 Rn. 11.

112 BVerfGE 110, 226, 254; vgl. zur effektiven Verteidigung: Augustin, Das Recht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung, 2013, 52 ss.

113 BVerfGE 110, 226, 253.

114 BVerfGE 110, 226, 253; ver também: AK-StPO/Stern, Vorbem. § 137 Rn. 13.

115 BVerfGE 110, 226, 253.

116 BVerfGE 130, 1, 25; BVerfGE 133, 168, 203.

117 BVerfG, NJW 2015, 1235, 1236.

118 BVerfGE 130, 1, 25; BVerfGE 133, 168, 200.

119 BVerfGE 130, 1, 26.

resultantes do bom funcionamento da administração da justiça penal, sem o qual não é possível concretizar a justiça¹²⁰.

O Estado de Direito somente pode ser de fato realizado se forem tomadas as providências necessárias para assegurar que os criminosos, no âmbito das leis em vigor, sejam investigados e julgados na medida de sua culpabilidade, recebendo justas punições¹²¹.

Nesse contexto, ao cumprir essa tarefa, a forma de consecução do processo – quando no interesse de uma justiça penal eficiente – não viola automaticamente o direito fundamental do acusado a um processo justo, se apenas certos direitos processuais do acusado ou do indiciado são preteridos em favor de uma função jurisdicional eficiente¹²².

Considerando essas diretrizes, será difícil, de acordo com o ponto de vista do Direito alemão, justificar por qual razão a implementação da regulamentação da colaboração premiada por meio de um legislador legitimado violaria, de modo geral, as regras do *fair trial*¹²³. Sabe-se que o legislador, ao aperfeiçoar o sistema de justiça criminal, geralmente possui uma ampla margem de apreciação acerca da matéria. Além do que o legislador – para auferir elementos investigativos no âmbito de estruturas criminosas complexas e fechadas – introduz regras, mesmo privilegiando o colaborador, expressando, assim, seus esforços para que os criminosos sejam punidos justamente.

Não pode ser amparada a acepção geral de que, com a implementação da colaboração premiada, abre-se mão das regras do Estado de Direito e, por via de consequência, violam-se as regras de um processo justo. O que conta, na verdade, quando se utiliza do instituto da colaboração, é o caso concreto e o valor probatório das informações prestadas pelo colaborador, medindo-se a importância das suas declarações e o seu significado para o processo.

Nesse contexto, é imaginável – mas não obrigatório – que uma revisão global do ponto de vista prático resulte na compreensão de que os órgãos de justiça penal não cumprem os requisitos obrigatórios inerentes ao Estado de Direito.

No momento atual, na prática da justiça penal com as suas exigências particulares de fundamentação no que tange à apreciação de provas pelo juiz quando se trata de depoimentos do colaborador, não se pode, como regra, qua-

120 *BVerfGE* 130, 1, 26; grds. krit. zum *Topos der funktionstüchtigen Strafrechtspflege*, *Dallmeyer*, HRRS 2009, 429, 432 f.; *Grünwald*, JZ 1976, 767, 772 f.; *Hassemer*, StV 1982, 275 ss.; *Kühne*, GA 2008, 361, 368 f.; *Riehle*, KJ 1980, 316 ff.; *Sommer*, StraFo 2014, 441.

121 *BVerfG*, NJW 2015, 1083, 1084.

122 *BVerfGE* 133, 168, 201; *BVerfG*, NJW 2015, 1083, 1084.

123 *Jeßberger*, Kooperation und Strafzumessung, 1999, 127 ff.; veja, porém, as dúvidas sob o ponto de vista da “honestidade dos processos” (*Verfahrensfairness*) por *AG Saalfeld*, StV 2007, 16 sobre o uso do § 31 BtMG em relação aos processos penais referentes à adolescentes.

lificar isso como defeito da materialização do princípio do Estado de Direito. Pelo contrário, o terceiro incriminado pelos depoimentos do colaborador tem o direito a um advogado de defesa, que fiscaliza o controle da apreciação da prova realizada pelo Magistrado, haja vista que no processo sempre existe o perigo de que os colaboradores realizem depoimentos falsos.

Para contornar tal problema, o legislador outorga confiança ao Magistrado, o qual – ligado ao dever de investigar a verdade (§ 244 Abs. 2 StPO) – aprecia exaustivamente a prova, que também cumpre as exigências necessárias para uma revisão judicial.

6.2 O DIREITO À AMPLA DEFESA

Na jurisprudência do “Tribunal Federal de Justiça” (*Bundesgerichtshof – BGH*), é reconhecido o direito constitucional à ampla defesa¹²⁴. Esse direito pertence a atributos elementares da dignidade da pessoa humana e fundamenta o princípio do Estado de Direito¹²⁵. Na medida em que o direito de defesa é violado no seu âmago ou no seu teor essencial, infringindo o art. 1, al. 1, da Lei Fundamental, não pode ser tolerada tal ação para fins constitucionais, porque, de outra forma, seria transgredido um valor que, na sua essência, deve ser preservado¹²⁶.

Vindo-se, então, a dissipar uma possibilidade significativa da defesa, daí resultam duas consequências distintas, devendo-se optar por uma: ou a defesa assume o prejuízo ou o processo não pode ser levado adiante¹²⁷. No entanto, quando o direito de defesa for somente atingido lateralmente, pode sofrer restrição¹²⁸. Nesse caso, é de se realizar uma cuidadosa ponderação das controvérsias constitucionais dos bens jurídicos, sob a consideração total do fato concreto apresentado¹²⁹.

Aqui, o direito do acusado a uma defesa ordenada e efetiva pode ter precedência em face do interesse estatal de funcionamento da administração da justiça criminal, quando o direito de defesa de outro modo for afetado de forma considerável¹³⁰. Entretanto, não se poderá fundamentar que a razão do direito à ampla defesa estaria prejudicada – em razão da introdução legal da colaboração premiada e, consequentemente, da utilização do referido testemunho para a descoberta da verdade¹³¹.

124 *BGHSt* 36, 44, 48.

125 *BGHSt* 36, 44, 48.

126 *BGHSt* 36, 44, 48.

127 *BGHSt* 36, 44, 48.

128 *BGHSt* 36, 44, 48.

129 *BGHSt* 36, 44, 49.

130 *BGHSt* 44, 46, 49.

131 Nas respectivas monografias para o tema “Colaboração Premiada”, embora, por vezes, comentem as chances e os riscos abordando a questão sob a perspectiva da defesa (vgl. *Hardinghaus, Strafzumessung bei Aufklärungs-*

Embora possa dificultar a defesa de terceiros delatados, sob a circunstância de elevado perigo de falsas declarações imputadas pelos colaboradores, o acusado tem, entretanto, mesmo nessa situação, a possibilidade de defesa, que é conferida pelo Código de Processo Penal. Até onde a extensão da essência do direito de defesa é afetada, não se pode, pelo contrário, ser justificada. Nesse ponto, pela introdução da regulamentação da colaboração premiada, o direito de defesa não é atingido em seu âmago, mas, sim, lateralmente.

É nesse âmbito que o legislador age pautado pelo interesse do funcionamento da administração da justiça criminal. Concretamente, criam-se estímulos para auxiliar a busca da verdade, concedendo vantagens aos colaboradores, outorgando, dessa maneira, primazia à colaboração em detrimento dos interesses de uma defesa efetiva.

7 CONCLUSÃO

A regulamentação da colaboração premiada abriga – seguindo o estímulo da lei, a qual possibilita abatimento da pena – um perigo crescente de depoimentos falsos, prejudicando, com isso, a busca da verdade no curso do processo. Por conseguinte, as partes são confrontadas por desafios delicados em cada fase do processo. O legislador, eleito democraticamente, entretanto, decidiu, conscientemente, introduzir a colaboração no sistema jurídico, para, dessa maneira, auferir indícios esclarecedores no âmbito de estruturas criminosas impenetráveis, responsáveis por perpetrar delitos de natureza grave.

Antes de iniciar um processo investigativo (fase pré-processual), há de se examinarem, profundamente e de forma reservada, as declarações do colaborador para decidir se delas podem resultar em indícios suficientes de que um delito foi cometido, que possam, assim, justificar uma investigação contra um terceiro.

As declarações podem, contudo, fundamentar uma “suspeita inicial” (*Anfangsverdacht*), dando ensejo à instauração da investigação, enquanto que, para fins de decretação da prisão preventiva, em desfavor de terceiros incriminados por colaboradores, são exigidos requisitos especiais firmados pela jurisprudência a serem considerados. Particularmente, do ponto de vista do “Tribunal de Justiça de Hamburgo” (*LG Hamburg*), uma “elevada suspeita” (*dringender Tatverdacht*) não pode ser sustentada somente pela versão de um único colaborador, quando não puder ser excluído que este, imputando culpa a outrem, tenta obter no processo contra si uma redução da pena¹³². Ademais, a prisão preventiva não pode, sob a indicação dos chamados “fundamentos

und Präventionshilfe, 2015, 212 ff.), por outro, um exame ou uma tese apresentando a violação do direito de defesa pela colaboração premiada, ao contrário, nada consta; somente em *Jeßberger, Kooperation und Strafzumessung*, 1999, 127 ff. enfrenta o problema da (des)honestidade pelos colaboradores.

132 *LG Hamburg, StV* 1994, 317 (zu § 31 BtMG).

apócrifos” (“*apokryphe Haftgründe*”), com fins estranhos ao processo, ter como meta a confissão ou o auxílio para esclarecimentos, configurando abuso nessa hipótese.

No âmbito da prolação da sentença contra um terceiro incriminado pelo colaborador, resultam da jurisprudência dos Tribunais superiores especiais requisitos de exposição para fins de “apreciação da prova” (*Beweiswürdigung*). Nesse passo, o juiz é especialmente forçado a confrontar pormenorizadamente no campo da apreciação da prova os falsos motivos emanados pelos colaboradores contra os terceiros por eles incriminados. Todavia, pode o Tribunal proferir uma sentença contra terceiros tão somente se apoiando nas alegações dos colaboradores. Uma regra que defina que uma sentença penal condenatória não fundamente suas razões somente nas informações prestadas pelos colaboradores não encontra amparo na jurisprudência alemã e no Código de Processo Penal no âmbito legal da prova.

Ressalva-se somente a questão em que ocorre o denominado testemunho [único] contra testemunho [único], ou seja, a favor e contra o acusado, e o único colaborador não possa mais sustentar, pelo menos em parte, suas alegações, como no caso em que as informações [do colaborador] foram introduzidas no âmbito de um interrogatório perante o juiz na audiência de instrução e julgamento e à defesa do acusado não se permitiu qualquer possibilidade de interrogar o colaborador – em desatenção ao § 168c Abs. 2, 5 StPO, bem como ao art. 6, § 3, alínea da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Nessa hipótese, a jurisprudência exige a presença de outros motivos importantes, fora do depoimento do colaborador, para que se autorize a condenação de terceiros.