



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Um sistema de informantes?
notas sobre o direito ao
confronto e o estímulo a uma
justiça criminal underground**

**An informant system? notes
on the right to confrontation
and the encouragement to
underground criminal justice**

Ruiz Ritter

Ricardo Jacobsen Gloeckner

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO
PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

Sumário

FUNDAMENTOS DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL.....	13
EDITORIAL	15
AS RELAÇÕES DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E POLÍTICA CRIMINAL.....	19
Felipe da Costa De-Lorenzi, Guilherme Francisco Ceolin e Bruno Tadeu Buonicore	
FINALIDADES E FUNÇÕES DO PROCESSO PENAL.....	42
Cornelius Prittwitz	
O STATUS ONTOLÓGICO DOS ESTADOS MENTAIS	52
Carl-Friedrich Stuckenberg	
REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: PRISÃO, DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	67
Luís Roberto Barroso e Andre Luiz Silva Araujo	
DIREITO PENAL	85
A TENTATIVA NA OMISSÃO IMPRÓPRIA: UM ESBOÇO SOBRE A DELIMITAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E INÍCIO DA EXECUÇÃO.....	87
Guilherme Góes e Janice Santin	
TUTELA PENAL DO CLIMA: DA IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO À AUTONOMIA DO EQUILÍBRIO CLIMÁTICO DIANTE DO BEM AMBIENTAL	110
Marcelo Bauer Pertille	
POR UMA DETRAÇÃO COMPENSATÓRIA ENQUANTO DISPOSITIVO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL REDUTORA DE DANOS.....	130
Patricia Carlos Magno e Leonardo Furtado Carvalho	
DIREITO PROCESSUAL	159
DO PROCESSO-ROCCO AO PROCESSO-RISCO: O PARADIGMA NEGOCIAL TORNANDO DÉMODÉE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	161
Rui Carlo Dissenha e Ana Paula Kosak	
UM SISTEMA DE INFORMANTES? NOTAS SOBRE O DIREITO AO CONFRONTO E O ESTÍMULO A UMA JUSTIÇA CRIMINAL UNDERGROUND	180
Ruiz Ritter e Ricardo Jacobsen Gloeckner	

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, “E”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	213
Felipe Lazzari da Silveira	
A FUNÇÃO GARANTISTA PROCESSUAL DOS PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS	231
Selma Pereira de Santana e Rubens Lira Barros Pacheco	
POLÍTICA CRIMINAL.....	270
POLÍTICA (PÚBLICA) CRIMINAL, CIÊNCIA DO DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIAS: APORTES PARA UMA CONSTRUTIVA RELAÇÃO DE INTERDISCIPLINARIDADE	272
Marcelo Buttelli Ramos	
POLÍTICA CRIMINAL: UMA POLÍTICA PÚBLICA RELATIVA À MATÉRIA CRIMINAL.....	293
Strauss Vidrich de Souza e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger	
MONITORAMENTO PRISIONAL NO BRASIL: EXPANSÃO INSTITUCIONAL EM TEMPOS DE AMBIGUIDADE NA POLÍTICA CRIMINAL.....	307
Guilherme Augusto Dornelles de Souza e Lígia Mori Madeira	
ABOLICIONISMO E HEGEMONIA NO CAMPO DE DISCURSIVIDADE DOS SABERES PENAIS	343
Lucas Villa e Bruno Amaral Machado	
OUTROS TEMAS	365
CLIMATE CHANGE AND BUSINESS DEVELOPMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF WAYS TO ACHIEVE SUSTAINABLE DEVELOPMENT	367
Mona Mahecha e Monika Punia	
O PROGRAMA INOVAR AUTO E O ALCANCE DA IGUALDADE DE COMPETIÇÃO FRENTE ÀS CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORITA E DO TRATAMENTO NACIONAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO.....	385
Keite Wieira	
PROTEÇÃO DE DADOS E INSTITUIÇÕES DE ENSINO: O QUE FAZER COM DADOS DE ALUNOS?.....	402
Fabrício Vasconcelos Gomes, Marcelo Castro Cunha Filho e Victor Nóbrega Luccas	
THE NON-AFFILIATES IN CHINA’S POLITICAL PARTY SYSTEM: HOW TO PLAY A ROLE?	422
Di Zhou	
THE CHINESE ‘SHARP EYES’ SYSTEM IN THE ERA OF HYPER SURVEILLANCE: BETWEEN STATE USE AND RISKS TO PRIVACY	440
Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges	

Um sistema de informantes? notas sobre o direito ao confronto e o estímulo a uma justiça criminal underground*

An informant system? notes on the right to confrontation and the encouragement to underground criminal justice

Ruiz Ritter**

Ricardo Jacobsen Gloeckner***

Resumo

O presente artigo se propõe a analisar o impacto no sistema de justiça criminal da utilização de um sistema de informantes confidenciais e institutos correlatos como método de investigação. Para tanto, tendo como hipótese a implementação no ordenamento jurídico processual penal brasileiro do sistema de informantes norte-americano, serão apresentados aspectos conceituais e funcionais do instituto com base na experiência estadunidense, à luz do devido processo legal, em especial do direito ao confronto; problematizadas as pretensões de importação do instituto para o Brasil, tanto por meio das Dez Medidas Anticorrupção propostas pelo MPF, quanto por meio de sua equiparação ao noticiante-anônimo, sugerida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *leading case* sobre o tema no país; e identificadas as principais características no campo do direito processual penal decorrentes de sua institucionalização. A metodologia parte da conjunção da revisão bibliográfica sobre a temática acima referida (devido processo, direito ao confronto e o sistema de informantes norte-americano) com o estudo de caso (dentro das extensas limitações que a falta de verticalidade no exame do *leading case* pelo Superior Tribunal de Justiça oferece). Em termos de objetivos e finalidade, o artigo tratou de demonstrar os processos, em distintos níveis, de penetração de um modelo de obtenção de informações de cariz negocial, representando inúmeros perigos para o sistema de justiça criminal brasileiro, considerando os parâmetros desenvolvidos no cenário norte-americano e os excessos que lá foram cometidos, ao mesmo tempo que procurou evidenciar a necessidade de se repensar o devido processo, mormente por meio de uma faceta pouco conhecida, e que, originariamente, também se desenvolveu no direito norte-americano mas que se expandiu para a Europa: o direito ao confronto.

Palavras-chave: processo penal. informantes. informantes confidenciais. direito ao confronto. dez medidas anticorrupção.

* Recebido em 11/11/2022
Aprovado em 26/05/2023

** Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Especialista em Ciências Penais pela PUC-RS. Especialista em Direito Administrativo pela PUC-MG. Advogado, sócio-fundador do escritório Ritter Linhares Advocacia Criminal e Consultoria.
E-mail: ruiz@ritterlinhares.com.br.

*** Pós-Doutor pela Universidade Federico II. Doutor em Direito pela UFPR. Professor do Programa em Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado e parecerista.
E-mail: ricardogloeckner@hotmail.com.

Abstract

This paper sets out to analyze the impact on the criminal justice system of using a confidential informant system and related institutes as a method of investigation. For this purpose, taking as hypothesis the implementation in the Brazilian legal system of criminal procedure of the U.S. informants system, conceptual and functional aspects of the institute will be presented from the U.S. experience, from the perspective of due process of law, especially the right to confrontation; problematized the claims that will be presented conceptual and functional aspects of the institute from the U.S. experience, from the perspective of due process of law, especially the right to confrontation; Once the problematizations are made about the pretensions of importing the institute to Brazil, both through the Ten Anti-Corruption Measures proposed by the MPF, and through its equation with the anonymous informant suggested by the Superior Court of Justice (STJ) in the trial of the leading case on the subject in the country; And identify the main characteristics in the field of criminal procedural law resulting from its institutionalization. The methodology starts from the conjunction of the literature review on the above mentioned theme (due process, right to confrontation, and the North American informant system) with the case study (within the extensive limitations that the lack of verticality in the examination of the leading case by the Superior Court of Justice offers). In terms of objectives and purpose, the article tried to demonstrate the processes, at different levels, of penetration of a model for obtaining information of a business nature, representing countless dangers for the Brazilian criminal justice system, considering the standards developed in the North American context and the excesses that were perpetrated there. At the same time, it tried to show the need to rethink due process, especially through a little-known facet, which originally developed in North American law, but expanded to Europe: the right to confrontation.

Keywords: criminal procedural law. Informants. confidential informants. right to confrontation. Ten Anti-Corruption Measures.

1 Breve Introdução

O presente estudo dedica-se ao exame do que se convencionou denominar como um “sistema de informantes”. Apesar de não se tratar de uma terminologia usual na literatura norte-americana sobre o instituto do informante, de onde vem a principal base doutrinária e jurisprudencial do tema e desde a qual, no Brasil, se procura legitimar a sua incorporação legislativa, tal parece ser a melhor forma de descrever o fenômeno em sua complexidade, considerando, sobretudo — como se verá — a coexistência no sistema de justiça estadunidense de uma série de categorias processuais penais cujos limites são frequentemente traçados com imprecisão pela doutrina, inobstante habitarem um mesmo espaço no processo penal: o uso de informações privilegiadas, destinadas ao enfrentamento da criminalidade organizada e cuja dificuldade na obtenção de provas autorizaria a expansão de metodologias investigativas novas. São exemplos: *whistleblower*, informante em sentido estrito e colaborador.

Conforme será desenvolvido tópico seguinte, tal sistema de informantes corresponde a um modelo de justiça criminal que cresce paralelamente à ampliação da justiça criminal negocial, muito embora não se resume a ela. Isso, em virtude de informantes, *lato sensu*, se tornarem “testemunhas estimuladas” pelas agências de persecução, com as quais, efetivamente, negociam estímulos e formas de cooperação.

A adoção estrutural e sistêmica de um sistema de informantes, indubitavelmente acarreta dificuldades para a sobrevivência de um sistema acusatório de processo penal. Quiçá a garantia processual penal mais atingida pelo sistema de informantes seja o direito ao confronto. Esta a razão para se examiná-lo mais detidamente, tanto em suas nuances jurídicas norte-americanas quanto nas características mais salientes referentes a distintos julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Assim, no tópico número 3, se

encarrega de revisitar esse desenvolvimento e expansão transnacional do direito ao confronto, que já tem recebido alguma atenção doutrinária nacional.

Situando a temática em digressão no campo da política criminal em matéria penal e processual penal, as tentativas mais visíveis de regulamentação desse sistema de informantes aparecem na proposta legislativa, vulgarmente, conhecida como Dez Medidas Contra a Corrupção, por meio da previsão de implementação da figura do informante confidencial, que não se confunde com o colaborador característico do acordo de colaboração premiada. Sendo a tônica de enfrentamento à corrupção o canal para sensibilizar o campo político e promover tal pretendida alteração na legislação processual penal brasileira, procurou-se, no tópico número 4, contextualizar tal mecanismo de investigação na denominada luta anticorrupção, para finalmente se examinar, no mesmo espaço, o único julgado proferido por um tribunal superior sobre a matéria — ainda que os fundamentos deixem, em muito, a desejar quanto à distinção da figura e, especialmente, quanto à definição de limites jurídicos ao seu uso. Este é, em suma, o percurso que se objetivou realizar neste estudo.

O problema investigado corresponde, assim, objetivamente, à identificação e caracterização desse fenômeno e método investigativo denominado “sistema de informantes”, bem como às principais implicações deste em relação à eficácia do direito ao confronto e das demais premissas normativas condicionantes do correto funcionamento do sistema de justiça, conforme o devido processo, afetadas pela sua instituição, a partir, especialmente da vasta experiência estadunidense com tal metodologia investigativa, aspectos fundamentais no contexto de regulamentação legal e uso informal do instituto no país.

A hipótese de partida foi a de que um sistema de informantes debilita, de forma profunda, certas garantias do processo penal, especialmente o direito ao confronto. Ademais, como tese, pode-se afirmar que o traslado do uso do informante confidencial e da reflexa construção de um sistema de informantes está, hoje, no Brasil, em franca via de florescimento, comprometendo o devido processo e tal direito ora enfatizado. Isso por si só justificaria a necessidade de estudo e tematização. A ausência de referências mais sólidas sobre o informante confidencial, no Brasil, também contribui para a justificação da escolha do tema, visando suprir as lacunas de produção jurídica sobre o objeto.

Os objetivos do artigo procuram evidenciar os perigos da incorporação de um modelo negocial de justiça criminal e que se desenvolve em direção ao uso informal, pelo menos quanto ao tratamento das fontes de obtenção, de informações sobre determinadas práticas delitivas. Nesse sentido, examinou-se, com mais detalhe, o direito ao confronto, sua conformação normativa sob a forma comparada (especialmente julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos) e da necessidade não apenas de essa garantia ser reconhecida no Brasil (diante da parca produção doutrinária sobre o tema) como também compreender como processos de importação de institutos jurídicos contribuem para o esvaziamento de garantias caras a um processo penal de corte acusatório. O artigo assenta-se, assim, metodologicamente, na revisão bibliográfica, especialmente estrangeira (tendo em vista a lacuna bibliográfica sobre o tema no Brasil) e, parcialmente, no estudo do único caso tratado por um tribunal superior, que se constitui, à míngua de novos julgados, como *leading case* na matéria.

O referencial teórico utilizado na confecção deste artigo é plural, destacando-se, no tratamento do uso de informantes um dos poucos textos críticos elaborados sobre o tema, a pesquisa realizada por NATAPOFF. No campo do direito ao confronto, consideraram-se diversas fontes, destacando-se os trabalhos de BEWERS, FRIEDMAN, MALAN e FIGUEIREDO.

2 Um Sistema de Informantes: classificação de algumas categorias e análise das degenerações estruturais ao sistema de garantias processuais penais

O direito brasileiro, nos últimos tempos, tem se aproximado, assim como outros países, das experiências norte-americanas de administração da justiça criminal. Esta é a tese apresentada, à perfeição, por Elisabeta Grande¹. A ampliação das situações jurídicas negociáveis (especialmente a atenção recebida pela colaboração premiada nos últimos tempos) e a formação de uma doutrina, jurisprudência e legislação calcadas nas doutrinas norte-americanas sobre a prova ilícita também sinalizam na mesma direção apontada pela professora italiana. Pode-se dizer que uma dessas importações, que ficou à margem de maiores atenções foi a do informante confidencial.

A figura do informante confidencial apareceu nos discursos de justificação para a inserção dessa figura nos projetos de lei que, no embalo do sucesso midiático da Operação Lava-Jato, foram catalogados sob o nome de Dez Medidas Contra a Corrupção. O uso de informantes, em geral, ainda que não seja regulado em nenhuma lei brasileira, constitui uma prática da polícia judiciária. O vácuo legal tenta ser suprido mediante o reconhecimento especificamente da figura do “informante confidencial”, uma das propostas constantes nas referidas “Dez Medidas Contra a Corrupção”. Nos termos do projeto, “pretende-se introduzir a figura do informante confidencial, distinguindo-o do informante anônimo, cuja identidade se desconhece”². Invocando a experiência de Hong Kong para justificar a proposta nesse ponto, afirma-se, em relação ao projeto: “na experiência da região administrativa especial de Hong Kong, a propósito, o slogan central da primeira fase do processo de mudança de cultura, desde os anos relativos à década de 1970, foi “reporte a corrupção”³.

Trata-se, portanto, de um estágio embrionário do desenvolvimento do informante confidencial no Brasil, o que não lhe retira a necessidade de aprofundamento e estudo.

O informante constitui, no sistema norte-americano de justiça criminal, um importante componente, correlato ao próprio modelo negocial imperante. Isso significa dizer que o informante se desenvolveu em paralelo ao *plea bargaining*. Em grande medida, os poucos estudos que procuram examinar o instituto do informante o fazem em grande medida, à luz do enfrentamento à criminalidade organizada. Um dos principais argumentos invocados pelos sustentadores da ideia reside, justamente, na complexidade e dificuldade probatórias quando esteja sendo investigada uma organização criminoso e a lei do silêncio imperante em tais estruturas. Assim, uma informação privilegiada seria muito importante para que uma persecução penal resultasse exitosa. Nas palavras de MORO, “a obtenção de ‘informação de dentro’ da organização criminoso é, usualmente, essencial para provar o crime. O objetivo é romper a lei do silêncio”⁴. O fenômeno da utilização

¹ GRANDE, Elisabetta. *Imitação e Direito*: hipóteses sobre a circulação dos modelos. Porto Alegre: SAFE, 2009.

² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 3.855, de 03 de julho de 2019. Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis n.ºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; as Leis n.ºs 4.717, de 29 de junho de 1965, 4.737, de 15 de julho de 1965, 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, 8.906, de 4 de julho de 1994, 9.096, de 19 de setembro de 1995, 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.613, de 3 de março de 1998, e 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, e da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990; e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2080604>>. Acesso em: 23 mai. 2023.

³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 3.855, de 03 de julho de 2019. Estabelece medidas de combate à impunidade, à corrupção; altera os Decretos-Leis n.ºs 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal; as Leis n.ºs 4.717, de 29 de junho de 1965, 4.737, de 15 de julho de 1965, 8.072, de 25 de julho de 1990, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, 8.906, de 4 de julho de 1994, 9.096, de 19 de setembro de 1995, 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.613, de 3 de março de 1998, e 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967, e da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990; e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2080604>>. Acesso em: 23 mai. 2023.

⁴ MORO, Sergio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73. No mesmo sentido: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para a atuação mais eficiente do Estado a partir de uma

de informantes como peças centrais do sistema de justiça criminal advém, efetivamente, das práticas ligadas ao universo do sistema penal norte-americano.

Pode-se dizer, grosso modo, que a importação do sistema de informantes pelo projeto liderado pelo Ministério Público Federal é seletiva, pois se ignora que essa ferramenta, além de excessivamente polêmica, causa grandes problemas em termos de acerto nas condenações criminais. Para WEINSTEIN, o uso excessivo de informantes colaboradores deforma o sistema adversarial⁵. Todavia, antes de encerrar esta breve introdução, o que deve ser entendido por informante confidencial?

Em primeiro lugar, os informantes são pessoas que, de forma espontânea ou em troca de algum benefício, trazem às autoridades policiais ou ministeriais informações sobre a ocorrência da prática de algum crime. Assim, desde uma ótica do sujeito ativo que leva informações vitais à polícia, o informante se confundiria com o noticiante, isto é, a pessoa que reporta à polícia ou ao Ministério Público a ocorrência de um crime. Tais informantes também podem ser pessoas que agregam a um processo criminal ou a uma investigação em tramitação, informações que aperfeiçoam, expandem ou aumentam — tanto qualitativa quanto quantitativamente — o conjunto de elementos informacionais relevantes ao procedimento. De uma maneira muito genérica, seria possível o reconhecimento de dois tipos de informantes: o incidental (quando as contingências do caso conduzem a uma pessoa detentora de informações sobre o fato) e o recrutado (mediante recompensas ou leniência)⁶.

Mais do que uma figura ou instituto jurídico isolado, seria melhor falar-se de um sistema de informantes. Isso em virtude de haver um conjunto significativo de figuras processuais penais muito próximas, com limites incertos e cuja distinção pouco acresce no que diz respeito à sua conexão com o tratamento da prova (ou seja, em respeito às regras intrínsecas que organizam o princípio da melhor prova possível e suas derivações epistemológicas).

Dito de outra maneira, os diversos institutos que podem ser percebidos como componentes de um “sistema de informantes” divergem entre si, especialmente, quanto à forma de sua produção. Assim, o enfrentamento das questões concernentes às formalidades desses “meios de obtenção de prova” está associado ao tema da validade da prova e de eventuais nulidades ou ilicitudes probatórias. Entretanto, além da dimensão da validade, não se pode descurar de como esses “meios de obtenção de prova” (que podem se converter em meios de prova) autorizam debilitações desestruturantes no que se relaciona à sua confiabilidade.

A título de classificação, a primeira figura do informante é a do *whistleblower*. Essa categoria emerge do paradigma da governança corporativa e dos programas de *compliance* que lhe são inerentes, cuida de estabelecer um dever autorregulatório à empresa, justamente na prevenção do uso do sistema econômico e financeiro para lavagem de ativos. De forma muito geral, esse instituto se inclui em um modelo de prevenção à ilicitude corporativa. Essa figura, como destaca Nuno BRANDÃO, corresponde à pessoa que sinaliza uma atividade ilegal ou irregular e que tem o seu lugar em uma instituição pública ou privada, possuindo com ela alguma espécie de vínculo⁷. No caso brasileiro, a Lei 13.964/19 determinou a alteração do art. 4º-A da Lei 13.608/2018, expandindo o *whistleblowing* por meio de ouvidorias e equipes de correição a fim de receber informações sobre a prática de crimes e outras ilegalidades. O léxico de combate à corrupção acabou por identificar o *whistleblower* como um “informante do bem”⁸. De regra geral, o *whistleblower* é um noticiante não envolvido com as práticas criminais, que possui (ou que possuía) contrato de direito privado ou subordinado

análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 41.

⁵ WEINSTEIN, Ian. Regulating the Market for Snitches. *In Buffalo Law Review*. v. 47, 1999. p. 564.

⁶ BLOOM, Robert M. A Historical Overview of Informants. Research Paper n. 64. Boston: Boston College Law School, 2005. p. 01.

⁷ BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no Ordenamento Jurídico Português. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020, p. 99.

⁸ KICHILESKI, Gustavo Carvalho. *Sociedade na Luta Contra a Corrupção: institucionalização do informante do bem (whistleblowing) no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito. Jacarezinho: UENP, 2020.

à legislação administrativa do funcionário público, capaz de identificar alguma atividade ilícita ocorrida em seu ambiente de trabalho. Portanto, o *whistleblower* corresponde a alguém externo à cadeia criminoso, não necessitando, para a sua configuração, de alguma característica especial. O denunciante pode ser qualquer pessoa⁹ e de regra as suas informações são de origem interna à corporação privada ou repartição pública, cujas atividades ilegais constituem o substrato da notícia-crime¹⁰.

As polêmicas a respeito dessa figura são doutrinariamente conhecidas. Quando se afirma sobre o *whistleblower* ser um “colaborador juridicamente desinteressado”, observa-se o alargamento indevido do conceito. Para ARAS¹¹ o *whistleblower* seria um gênero no qual estariam inseridos os informantes policiais. Para OLIVEIRA, por seu turno, a figura do *whistleblower* e do informante¹² se confundiriam, e o informante anônimo seria uma espécie de meio para a obtenção de uma prova penal futura e não a própria prova. Assim, o valor do informante anônimo estaria associado mais à informação que possui e que permite ser corroborada por fonte de prova do que propriamente pela avaliação de seu conteúdo¹³.

O *whistleblower* poderia se transformar em uma testemunha, a depender de como as informações ofertadas por esse agente foram por ele conhecidas. Todavia, se o *whistleblower* desencadeia uma investigação (administrativa e/ou criminal), nem toda testemunha pode ser chamada de *whistleblower*¹⁴. Tanto no caso dos informantes quanto no dos *whistleblowers*, admite-se o anonimato e a confidencialidade, considerando-se que, no anonimato, nenhuma das partes conhece a identidade da fonte. Já a respeito da confidencialidade, uma ou mais partes processuais sabem a identidade do informante, podendo ser ou não de conhecimento da defesa¹⁵. Os *whistleblowers* são empregados ou ex-empregados que reportaram ilícitos praticados por pessoas que teriam podido agir, diversamente, a fim de evitar a prática de crimes ou demais ilicitudes¹⁶.

Não obstante a existência de posicionamentos como os acima referidos, os informantes não se confundem com a figura do *whistleblower*, que possui vínculos prévios de direito público ou privado, alheios à cadeia do crime. Trata-se de figura autônoma e que não se pode confundir com a do informante confidencial.

Igualmente, não se pode confundir o *whistleblower* com o “colaborador”. Como uma das características do *whistleblower* é a externalidade à cadeia de práticas de atos criminosos, sendo um terceiro em relação ao crime, não se pode incluir nessa categoria o informante colaborador, vulgarmente conhecido no Brasil como “delator”. O delator, colaborador ou informante colaborador, necessariamente, é alguém que leva ao conhecimento das instâncias públicas a prática de crimes em que figura como coautor, ou ainda, contribui para o incremento da investigação em andamento, com a finalidade de obtenção de leniência. “Testemunha colaboradora” é o termo usado pelo FBI para descrever esta espécie de informantes¹⁷.

Os informantes, de uma maneira geral, também não se confundem com dois outros institutos: o “informante judiciário” e o agente infiltrado. O primeiro, corresponde à testemunha não compromissada, termi-

⁹ MACEDO, Cássio Rocha de. *Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciadores*. Dissertação de Mestrado em, Ciências Criminais. Porto Alegre: PUCRS, 2018. p.55.

¹⁰ Em sentido similar CASTILHO, Diego Gomes. Whistleblowing: principais características e vantagens: o que o Brasil está efetivamente perdendo? In BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *Corrupção Como Fenômeno Supralegal*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 79.

¹¹ ARAS, Wladimir. Whistleblowers, Informantes e Delatores Anônimos. In ZANELATO, Viviana Damiani. *A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: temas relevantes*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. P. 363.

¹² OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A Constitucionalidade do Informante no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Uniceub, 2020. p. 10.

¹³ OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A Constitucionalidade do Informante no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Uniceub, 2020. p. 19.

¹⁴ RAFIH, Rhasmye El. *Whistleblowing, Delinquência Econômica e Corrupção: desafios para a consolidação de uma política geral de reportantes no Brasil*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 118.

¹⁵ OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A Constitucionalidade do Informante no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Uniceub, 2020. p. 19.

¹⁶ BERGEMANN, Patrick. *Judge thy Neighbor: denunciations in the spanish inquisition, romanov Russia, and nazy Germany*. New York: Columbia University Press, 2019. p. 186.

¹⁷ MADINGER, John. *Confidential Informant: law enforcement's most valuable tool*. Boca Raton: CRC Press, 2000. p. 38.

nologia recorrente na prática forense. Um informante poderá ser eventualmente convertido em testemunha, conforme mais adiante se verá. Todavia, o informante é alguém que alimenta a polícia, de forma periódica ou intermitente, com informações ligadas a práticas criminosas, em troca de algum benefício como o pagamento de recompensa ou, ainda, obtenção de vantagens em acordos (sobretudo informais) com agentes policiais. O seu depoimento em juízo dependerá do tipo de informação revelada, que, para ser utilizada, dependerá de passagem pelo filtro do contraditório e do direito ao confronto. Logo, a sua prática é muito mais ampla do que simplesmente o testemunho em juízo e os problemas processuais daí decorrentes. Pode-se dizer que o informante é uma pessoa interessada na prestação de informações (mediante recompensas em dinheiro ou leniência penal), de regra sendo sujeito ativo de crimes, como indica a prática norte-americana que inspirou a sua tentativa de regularização no Brasil.

Outro ponto de convergência e dificuldade relativa à identificação dos limites da categoria dos informantes ocorre em sua relação com o segundo instituto supramencionado, do agente infiltrado. O agente infiltrado é um agente das forças policiais ou de inteligência, que, mediante autorização judicial, consegue inserir-se em organização criminosa, tornando-se um de seus membros. A sua participação na organização criminosa tem a finalidade de colher informações sobre a estrutura, modo de operação, integrantes, além de eventualmente obter provas para uso em futura ação penal. O agente infiltrado compartilhará alguns problemas processuais com o informante, como será abordado mais adiante.

Evidentemente, o informante, em sentido estrito, não se confunde com o agente infiltrado, especialmente pelo fato de que, enquanto o agente infiltrado depende de autorização judicial para agir, o informante mantém relações informais e não sujeitas ao controle judicial. Aliás, esta é uma de suas características preponderantes. Além disso, o agente infiltrado é um agente das forças públicas de segurança, enquanto o informante pode ser qualquer pessoa.

Quanto às interfaces entre os informantes e o réu colaborador, a doutrina americana trata dessa categoria como “informantes colaboradores”, caracterizando uma relação de gênero (informantes) e espécie (informante colaborador). Para RICHMAN, os informantes seriam pessoas que forneceriam elementos de informação e, muitas vezes, assistência operacional à polícia, enquanto o colaborador ou réus colaboradores seriam frequentemente chamados a testemunhar¹⁸. Todavia, como se pode perceber, esta é uma distinção fraca, uma vez que adota como critério exclusivamente a frequência da convocação ao testemunho como critério distintivo para a diferenciação entre informantes e réus colaboradores. Para ROTH, o informante pode ser descrito como uma pessoa não perita que é incentivada a fornecer informação e, se necessário, testemunho a policiais ou promotores¹⁹. Logo, o único critério que tornaria possível uma distinção entre informante e informante colaborador residiria no chamado a juízo e na necessidade de o colaborador ter praticado algum crime, enquanto, para o informante, ser sujeito ativo de um crime constitui uma circunstância meramente contingencial.

Apesar dessas distinções que são úteis desde uma análise interna ao direito processual penal, todas essas categorias encontram-se conectadas em um “sistema de informantes”, podendo-se identificar características próprias em um sistema processual permeado por institutos que remetem à funcionalidade dos informantes para a justiça criminal.

Em primeiro lugar, um sistema de informantes se sustenta com a redução da publicidade do processo penal e do acesso a materiais importantes de investigação. A redução da publicidade se apresenta por meio de acordos informais e extralegais, realizados entre policiais e informantes, sem qualquer espécie de controle judicial. Portanto, a tolerância de policiais para o cometimento de crimes por informantes, as pressões e

¹⁸ RICHMAN, Daniel C. Informants & Cooperators. Disponível em https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3028&context=faculty_scholarship. Acesso em 11.02.2022. p. 02.

¹⁹ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. In *American Criminall Law Review*. v. 53, 2016. p. 747.

ilegalidades cometidas por policiais contra os próprios informantes não possuem garantia de cumprimento, execução ou mesmo a determinação de um período em que as suas atividades cessarão representa um modelo paralegalista de interações. Quanto a esse aspecto RICH, sugere, inclusive, a aplicação da 13ª emenda ao informante, já que a polícia manteria o informante em um estado de sujeição similar ao do escravo²⁰: trabalho não remunerado, coerção, ausência de informações.²¹ Além disso, suscita-se a questão de filosofia moral se o exercício de atividades de informante não seria ela própria uma espécie de castigo ou punição. De fato, seria como uma “pena alternativa”, todavia sem limite de duração, sem controle judicial, sem parâmetros de legalidade²².

Em segundo lugar, o sistema de informantes é uma engrenagem indispensável de um modelo processual articulado em torno do *plea bargaining* e da administrativização de sanções criminais. A respeito desse, o modelo “negocial” e o sistema de informantes operam em um regime retroalimentar, já que um instituto reforça o outro. Para NATAPOFF, o uso de informantes no processo penal norte-americano é, inclusive, paradigmático, uma vez que reúne três características relevantes: o sigilo, a discricionariedade e a ampla dominância do *plea bargaining*. Os acordos realizados por informantes são majoritariamente secretos, montados apenas com base na discricionariedade da polícia e dos promotores, nos quais a resolução da responsabilidade criminal ocorre por meio de negociação largamente despida de regras, juízos ou prestação de contas públicas. O aumento do uso dos informantes transformou certos aspectos do processo adversarial, incluindo o papel do advogado de defesa, as regras de *disclosure*, *plea bargaining* e julgamento²³. Uma diferença importante entre o uso de informantes e o sistema de *plea bargaining* reside no fato de que o *plea bargaining*, apesar de envolver uma negociação sobre fatos penais e a admissão de culpa e que ocorre reservadamente, o seu conteúdo pode ser alvo de escrutínio público após a homologação do acordo. O uso de informantes é clandestino, uma versão “mercado negro” do processo de *plea bargaining*. A responsabilidade criminal, nesse sentido, passa a ser resolvida informalmente (*off the record*), sem regras e nos limites da discricionariedade dos agentes públicos²⁴. Esse acordo com os informantes é sempre parcial e precário, já que o Estado provisoriamente concorda em reduzir ou abolir a responsabilidade criminal do informante enquanto o informante renuncia ao seu direito de se defender prometendo fornecer informações de terceiros²⁵. Todavia, como não há contornos legais e formais, a polícia pode explorar as atividades do informante até liberá-los dessas ações.

Em terceiro lugar, por não envolver nenhuma espécie de controle judicial, a forma de recrutamento dos informantes também está ancorada em ilegalidades, favorecendo o desfecho de violações a direitos fundamentais das classes mais vulneráveis que são frequentemente objeto dessas interações com a polícia, realidade passível de exemplificação por meio do emblemático movimento “*Stop Snitching*”, ocorrido na cidade de Baltimore em 2004, com repercussão nacional e participação de celebridades.²⁶ Pode-se dizer que o controle judicial *ex ante* sobre o uso do informante é inexistente²⁷. Tampouco há controle judicial *ex post*, sobre as

²⁰ RICH, Michael L.; coerced Informants and Thirteenth Amendment Limitations on the Police-Informant Relationship. In *Santa Clara Law Review*. v. 50, 2010. p. 681-745.

²¹ Este o objeto central de tutela da respectiva Emenda constitucional. In *verbis*: “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos. *Décima Terceira Emenda*. Disponível em: <<https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-13/>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

²² SIMONS, Michael A. Retribution for Rats: cooperation, punishment and atonement. In *Vanderbilt Law Review*. v. 56, 2003. p. 33 *et seq.*

²³ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 06.

²⁴ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 16.

²⁵ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 31.

²⁶ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of American justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 121-138.

²⁷ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. In *American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 757.

informações fornecidas pelo informante²⁸. Não há formas procedimentais para saber como o policial recrutou o informante e como o agente deixou de conduzir essa pessoa segundo os trâmites formais do processo penal²⁹. Assim, praticamente inexistente a documentação dos acordos, dos benefícios recebidos e das provas efetivamente auferidas pelo uso de informantes³⁰. Manuais dedicados às técnicas e estratégias a serem operacionalizadas pela polícia em relação aos informantes oferece excelentes pistas para se perceber o nível de ilegalidade institucionalizada no sistema processual penal norte-americano e que, segundo o discurso que se instituiu após a Operação Lava-Jato, auxiliaria o combate à corrupção em solo brasileiro, à medida que inúmeros atores jurídicos ligados ao megaprocessos passaram à defesa da importação e legitimação do instituto.

Segundo Dennis FITZGERALD, “oferecer a um indivíduo preso a oportunidade de cooperar e mitigar a sua situação é a técnica mais frequentemente usada para recrutar um informante”³¹. Outra forma de recrutamento de informantes, segundo Stephen MALLORY é o uso da técnica do “blefe informado”³². Para se ter notícia do nível de violação a direitos fundamentais (especialmente pelo fato de que o direito efetivo a um defensor se inicia no direito norte-americano apenas após uma prisão ou indiciamento), Dennis FITZGERALD destaca: “de grande importância para o policial, contudo, é que o indivíduo provavelmente ainda não esteja sendo representado por um advogado. Este é o momento em que réus informantes são recrutados”³³. Para MADINGER, o medo da prisão seria o melhor incentivo para a cooperação e o melhor meio para controlar alguém que decidiu cooperar. Nas palavras do autor, “alguém com um martelo sobre a cabeça trabalha barato, também”³⁴. Considerando que, no sistema estadunidense, o direito a um defensor se inicia, apenas, após um indiciamento formal ou uma prisão, a partir dos *Miranda warnings*, não há constrangimento em reconhecer-se que o melhor momento de recrutamento de um IC em liberdade é, justamente, antes disso, quando o indivíduo, ainda, não está representado por um advogado, e está “nervoso, confuso, assustado, zangado, ou experimentando uma combinação dessas emoções.”³⁵

De acordo com MADINGER, “informantes são pessoas com acesso à informação sobre crime. Eles se tornam informantes quando estão de alguma forma motivados a trazer tais informações à polícia. Estes fatores, mais o controle do informante pela polícia e as suas informações pelo investigador é o que torna os informantes essenciais para uma aplicação eficiente da lei, apesar de seu custo considerável”³⁶. Dessa maneira, o modelo de uso de informantes poderia ser descrito como Informantes = motivação + Acesso + Controle. Poderiam ser descritas, neste sentido, como aponta MOSTELLER, como “testemunhas incentivadas”³⁷.

Além dessas características, em quarto lugar, um sistema de informantes favorece condenações injustas. Preliminarmente, como aponta BERGEMANN, estima-se que réus oferecem informação criminalizante a fim de obter benefícios em 68% de todos os casos³⁸. Estudos de condenações injustas em casos de homicí-

²⁸ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. *In American Criminall Law Review*. v. 53, 2016. p.759.

²⁹ MISNER, Robert L; CLOUGH, John H. Arrestees as Informants: a thirteenth amendment analysis. *In stanford Law Review*. v. 29, 1977. p. 715.

³⁰ ZIMMERMAN, Clifford S. Toward a New Vision of Informants: a history of abuses and suggestions for reform. *In Hastings Constitutional Law Quarterly*. n. 1. v.22, 1995.

³¹ FITZGERALD, Dennis G. *Informants and Undercover Investigations: a practical guide in Law, Policy, and Procedure*. Boca Raton: CRC Press, 2007. p. 45.

³² MALLORY, Stephen. *Informants and Undercover Investigations: development and management*. Incline Village: Copperhouse Publishing, 2000. p. 18-19.

³³ FITZGERALD, Dennis G. *Informants and Undercover Investigations: a practical guide in Law, Policy, and Procedure*. Boca Raton: CRC Press, 2007. p. 57.

³⁴ MADINGER, John. Confidential Informant: law enforcement’s most valuable tool. Boca Raton: CRC Press, 2000. p. 62.

³⁵ FITZGERALD, Dennis. *Informants, cooperating witnesses, and undercover investigations: a practical guide to law, policy, and procedure*. 2nd ed. Florida: CRC Press, 2015. p. 75-76.

³⁶ MADINGER, John. Confidential Informant: law enforcement’s most valuable tool. Boca Raton: CRC Press, 2000. p. 18.

³⁷ MOSTELLER, Robert P. The Special threat of Informants to the Innocent Who Are Not Innocents: producing “first drafts”, recording incentives, and taking a fressh look at the evidence. *In Ohio State Journal of Criminal Law*. v. 06, 2009. p. 522.

³⁸ BERGEMANN, Patrick. *Judge thy Neighbor: denunciations in the spanish inquisition, romanov Russia, and nazy Germany*. New York: Columbia University Press, 2019. p. 183.

dio encontraram mais de 56% de acusações falsas por colaboradores buscando acordos³⁹. De acordo com um estudo conduzido pelo Centro de Condenações Injustas da *Northwestern University Law School*, 45.9% de condenações equivocadas em casos de pena de morte se basearam no uso de depoimentos falsos de informantes. Atualmente, o uso de informantes se tornou a maior causa de condenações injustas à pena de morte nos Estados Unidos⁴⁰. Este estudo, publicado em 2004, apontou a frequência assombrosa com que réus inocentes são sentenciados não apenas à pena de prisão, mas à sanção capital. O estudo descreve os casos de trinta e oito homens num total de cinquenta e um casos identificados, que foram condenados por crimes que eles não cometeram parcial ou totalmente, amparados no depoimento de testemunhas com razões para mentir, muitos deles ex-presos ou informantes penitenciários que receberam concessões do Ministério Público em troca de seu testemunho⁴¹. Em uma reportagem investigativa, o *Chicago Tribune* encontrou dados importantes ao apontar que informantes estavam envolvidos em 38 de 97 casos de pena de morte nos quais os acusados foram exonerados, o que corresponde a um percentual de 39.2%⁴². Brandon GARRET, em estudo conduzido sobre um conjunto de exonerados (réus que foram condenados e posteriormente tiveram a decretação de sua absolvição) constatou que 21% foram condenados com base em provas oriundas de depoimentos de informantes⁴³. Das 52 pessoas que se encontravam nessa situação, 23 tiveram o depoimento de um corrêu como prova suficiente para a sua condenação⁴⁴. O Projeto Inocência relata que em mais de 15% de todas as condenações injustas posteriormente revertidas pelo exame de DNA, ao menos um informante policial ou penitenciário depôs contra o acusado⁴⁵. Mas não é só.

Em estudo conduzido na cidade de San Diego, residências de afrodescendentes e hispânicos foram o alvo de cerca de 80% de mandados de busca baseados, apenas, em informações prestadas por informantes⁴⁶ e que conduziram a ações policiais despidas de causa provável. O problema não é, apenas, a celeridade e os atalhos promovidos pelo uso de informantes. A questão, também, se relaciona com a exagerada confiabilidade dada pelos promotores a depoimentos extraídos de informantes. No estudo conduzido por YAROSHEFSKY, a maior parte dos promotores que responderam à pesquisa da autora afirmaram saber que colaboradores tendem a minimizar a sua participação nos crimes, mas que raramente implicariam terceiros inocentes⁴⁷. Ou seja, verifica-se, cristalinamente, um excesso de credibilidade confiada à palavra do informante (estimulado a produzir informações). As palavras de informantes conduzem, como acima referido, a um nível inaceitável de erros judiciais. O grande problema é que, se, de um lado, o informante raramente depõe em juízo, já que os informantes estão inseridos em um sistema de *plea bargaining*, pode-se dizer que, em cerca de 95% (porcentagem média dos casos resolvidos mediante acordo) dos casos, os informantes estarão desonerados de comparecer em juízo e as informações coletadas, as estratégias e técnicas empregadas pela polícia contra os informantes jamais serão testadas ou confrontadas⁴⁸. Todavia, para os demais

³⁹ BERGEMANN, Patrick. *Judge thy Neighbor: denunciations in the spanish inquisition, romanov Russia, and nazy Germany*. New York: Columbia University Press, 2019. p. 185.

⁴⁰ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 07. Exatamente no mesmo sentido DODDS, Emily Jane. I'll Make a Deal: how repeat informants are corrupting the criminal justice system and what to do about it. *In William and Mary Law Review*. v. 50, 2008-2009. p. 1078.

⁴¹ DODDS, Emily Jane. I'll Make a Deal: how repeat informants are corrupting the criminal justice system and what to do about it. *In William and Mary Law Review*. v. 50, 2008-2009. p. 1076.

⁴² MOSTELLER, Robert P. The Special threat of Informants to the Innocent Who Are Not Innocents: producing "first drafts", recording incentives, and taking a fressh look at the evidence. *In Ohio State Journal of Criminal Law*. v. 06, 2009. p. 550.

⁴³ GARRET, Brandon. *Convicting the Innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011. p. 124.

⁴⁴ GARRET, Brandon. *Convicting the Innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011. p. 139.

⁴⁵ DODDS, Emily Jane. I'll Make a Deal: how repeat informants are corrupting the criminal justice system and what to do about it. *In William and Mary Law Review*. v. 50, 2008-2009. p. 1075.

⁴⁶ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 05.

⁴⁷ YAROSHEFSKY, Ellen. Cooperation With Federal Prosecutors: experiences of truth telling and embellishment. *In Fordham Law Review*. v. 68, 1999-2000. p. 932.

⁴⁸ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York

casos, o tribunal do júri tampouco oferece melhores garantias contra os casos de condenações injustas. Pode-se afirmar que o sistema do júri, com todas as suas garantias, não previne os jurados de condenar pessoas inocentes com base no depoimento de um informante. Em um estudo conduzido para verificar a atuação dos julgadores⁴⁹, os jurados foram divididos em dois grupos. Para o primeiro grupo, advertiu-se que a testemunha tinha sido beneficiada com um acordo em troca de seu depoimento. No segundo grupo, omitiu-se essa informação. O primeiro grupo condenou o acusado na mesma proporção do segundo. Ou seja, mesmo conhecendo os incentivos para um informante mentir, isso não retirou a crença na veracidade de seu depoimento⁵⁰, o que indica que, assim como os promotores, os jurados não são hábeis em detectar possível deficiência no depoimento dos informantes, dando-lhes credibilidade, apesar da existência de estímulos inequívocos ao informante ocultar ou dissimular fatos, pessoas ou informações.

A não confiabilidade de elementos de informação produzidos por meio do uso de informantes é tamanha que o pesquisador Brandon GARRET identificou dezessete corrêus que confessaram, falsamente, um crime, a fim de que os agentes públicos lhe dessem credibilidade em seu depoimento (e assim pudessem gozar dos benefícios oferecidos pelo Ministério Público), e que, posteriormente, foram exonerados por meio de provas de DNA⁵¹. Como aponta NATAPOFF, “quanto mais a polícia e os promotores confiam nas informações de alvos selecionados, mais a integridade do sistema é comprometida”⁵². O risco na produção de elementos de informação é tamanho que se deveria introduzir uma espécie de presunção de que as palavras do informante são ditas em seu próprio benefício, retirando-se qualquer qualidade probatória que pudesse ser-lhe atribuída.

Em quinto lugar, o sistema de informantes produz distorções no campo das dinâmicas inerentes ao direito processual penal. A tendência de expansão de seu uso, uma vez admitido, pode ser perfeitamente corroborada por dados extraídos do modelo norte-americano de persecução penal. Em apenas um ano, o FBI usou cerca de 2600 informantes⁵³. Muito embora raramente se dê a devida atenção, o uso de informantes, no processo criminal norte-americano, ocorre diariamente⁵⁴, estando vinculado geralmente em torno da criminalidade organizada e do tráfico de drogas⁵⁵, justificativas que são usadas por atores jurídicos e políticos para a importação do instituto no Brasil. Além do efeito expansivo, a propensão, com o uso de informantes é, também, a de produzir “atalhos processuais”, como bem identificado por ROSS⁵⁶. O uso de informantes exacerba algumas das piores características do sistema de justiça criminal norte-americano. A prática é clandestina e, portanto, não regulada, conduzindo a juízos sem acurácia, à prática de novos crimes ligados ao uso destes informantes, bem como incentiva práticas de corrupção. O Relatório do Departamento de Justiça dos Estados Unidos de 2005 indicou que 10% das fichas criminais dos informantes usados pelo FBI continham provas de que o informante estava praticando crimes sem autorização e que o governo sabia dessa prática⁵⁷,

University Press, 2009. p. 77.

⁴⁹ NEUSCHATZ, Jeffrey S; LAWSON, Deah S; SWANNER, Jessica K; MEISSNER, Christian A; NEUSCHATZ, Joseph S. The Effects of Accomplice Witnesses and Jailhouse Informants on Jury Decision Maker. *In Law and Human Behaviour*. v. 32, 2008. p. 137-149.

⁵⁰ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 78.

⁵¹ GARRET, Brandon. *Convicting the Innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011. p. 140.

⁵² NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 36.

⁵³ KATZ, David. The Paradoxical role of Informers Within the Criminal Justice System: a unique perspective. *In University of Dayton Law Review*. v. 7, 1981. p. 55.

⁵⁴ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 01.

⁵⁵ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 25.

⁵⁶ ROSS, Jacqueline E. Valuing Inside Knowledge: police infiltration as a problem for the law of evidence. *In Chicago-Kent Law Review*. v. 79, 2004. p. 1118.

⁵⁷ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York

tolerando as atividades ilegais em troca da prestação de informações. O instituto, como já referido, também atinge e causa danos a indivíduos vulneráveis como minorias raciais, usuários de substâncias entorpecentes e réus pobres que não possuem uma representação jurídica adequada⁵⁸.

Além disso, verbas públicas são destinadas ao uso de informantes quando não podem ser estimulados pela ameaça de prisão. O “*superinformante*” do DEA Andrew CHAMBERS recebeu cerca de U\$ 4 milhões ao longo do seu trabalho para várias agências federais, apesar de sua longa lista de crimes praticados⁵⁹. Assim, além da leniência, os informantes podem receber outros tipos de benefícios como dinheiro. Em apenas um ano, a administração federal norte-americana gastou aproximadamente U\$ 100 milhões para os seus informantes confidenciais. Há, também, permissivo legal encontrado em leis que regulam o confisco de bens, autorizando o pagamento de informantes mediante o redirecionamento de uma porcentagem do valor dos ativos apreendidos com base naquela informação⁶⁰.

William STUNTZ aponta para outra distorção provocada pelo modelo de informantes: réus que possuem a melhor informação ganham o maior desconto. A troca de concessões por informação significa dar os maiores descontos aos piores atores⁶¹, o que comprometeria os princípios de proporcionalidade das sanções, bem como um modelo de justiça criminal minimamente igualitário. Pode-se dizer que o uso de informantes, também, torna as atividades de persecução penal mais baratas e fáceis, evitando a necessidade de mandados de busca, escutas telefônicas e outras atividades investigativas que demandam tempo e requerem autorização judicial⁶². Ademais, uma vez que o Estado recompensa, apenas, informantes que fornecem informações para a acusação, todos os demais que possuam conhecimentos de interesse da defesa são desestimulados a trazer tais informações à tona⁶³. Ou seja: enquanto o informante da acusação é estimulado mediante prêmios ou ameaças, não há nenhuma espécie de estímulo para que as informações interessantes à defesa pudessem advir por meio de um informante, provocando, ainda, maiores disparidades entre os sujeitos processuais na fase de investigação preliminar.

Em sexto lugar, a larga utilização de depoimentos de informantes penitenciários, como testemunhas contra acusados traz como reflexo — e, de certa maneira, —, justifica o acentuado número de condenações injustas em que esse tipo de prova é utilizado. Os informantes penitenciários podem ser avaliados como a maior ameaça ao sistema de justiça criminal norte-americano⁶⁴. Informantes que estão na prisão e que testemunham contra companheiros de cela são considerados, de longa data, fontes não confiáveis, dada a possibilidade de mentir em favor de um acordo⁶⁵. Isto é assim especialmente pelo fato de que no grupo dos “informantes penitenciários” devem ser incluídas aquelas pessoas presas cautelarmente⁶⁶. Assim, não é difícil encontrar argumentos e defesas da abolição integral desse meio de prova, justamente por ser o mais problemático, altamente inconfiável⁶⁷. Apesar de alguns Estados norte-americanos passarem a exigir

University Press, 2009. p. 32.

⁵⁸ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 03.

⁵⁹ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 27-28.

⁶⁰ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 27.

⁶¹ STUNTZ, William J. plea Bargaining and Criminal Law's Disappearing Shadow. *In Harvard Law Review*. v. 117, 2004. p. 2564-2565.

⁶² NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 31.

⁶³ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 186.

⁶⁴ RAEDER, Myrna S. See No Evil: wrongful convictions and the prosecutorial ethics of offering testimony by jailhouse informants and dishonest experts. *In Fordham Law Review*. v. 76, 2007. p. 1419.

⁶⁵ GARRET, Brandon. *Convicting the Innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011. p. 124.

⁶⁶ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. *In American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 748.

⁶⁷ COVEY, Russell D. Abolishing Jailhouse Snitch Testimony. *In Wake Forest Law Review*. v. 49, 2014. p. 101-157.

a corroboração das declarações do informante (regras inexistentes na justiça federal norte-americana), essa corroboração é um limitador deficiente e que pode ser facilmente ultrapassado por elementos “anêmicos”⁶⁸ como declarações de outro informante, perícias de suspeita científicidade, testemunhas oculares que fornecem depoimentos imprecisos etc.⁶⁹.

Em sétimo lugar, o uso de informantes produz mais um efeito desestabilizador com relação às posições dos sujeitos processuais. Trata-se da impossibilidade de acesso da defesa ao conteúdo das declarações do informante devido às regras processuais de *disclosure* que permitem que o promotor as mantenha em sua posse até o início do julgamento (isto quando e se houver julgamento⁷⁰), podendo manter sigilo sobre a existência de um informante sempre que o caso se resolver por meio de um acordo, o que ocorre na imensa maioria das vezes. Após a decisão *Brady v. Maryland*, a Suprema Corte Americana determinou que todos os elementos de prova (inclusive exculpatórios) fossem disponibilizados à defesa em caso de julgamento. O grande problema centra-se no fato de que inexistindo julgamento, não se aplica esse dever. Posteriormente, em *Giglio v. United States*⁷¹, a Suprema Corte determinou a revelação (*disclosure*) de alguma promessa, recompensa ou induzimento a testemunhas sob a cláusula do devido processo legal. Assim, quando a confiabilidade de uma testemunha for determinante para a inocência do acusado, o dever de *disclosure* obedece à regra estabelecida em *Brady*⁷². A decisão da Suprema Corte em *Giglio*, portanto, estendeu os deveres de *disclosure* de *Brady* à existência de algum acordo com testemunhas ou informantes. Todavia, esses casos não implicam o conhecimento da história do informante bem como a sua identidade, que poderia ser utilizada pela defesa como tese exculpatória baseada no impedimento da testemunha⁷³.

Por fim, como no próximo tópico será examinado, o uso de informantes pode produzir deformações sensíveis no que se relaciona ao direito ao confronto. De toda sorte, apesar de tantas vicissitudes, o uso dos informantes é tido como indispensável, já que eles seriam parte essencial do sistema de justiça criminal⁷⁴. Nas palavras do tribunal federal do 9º circuito no caso *United States v. Bernal-Obeso*, de 1993, “nosso sistema de justiça criminal não poderia funcionar adequadamente sem a informação fornecida pelos informantes... sem os informantes, as autoridades públicas não teriam condições de penetrar e destruir os sindicatos do crime organizado, carteis de tráfico de drogas, fraudes bancárias, fraudes telefônicas, corrupção pública, bandos terroristas, lavagem de dinheiro, casos de espionagem etc.”⁷⁵. Como é possível identificar, assim como o próprio sistema de *plea bargaining*, o correlato modelo de uso de informantes também está assegurado desde a premissa de sua indispensabilidade. Ainda que prova empírica alguma esteja associada às declarações.

3 O Direito ao Confronto e o Sistema de Informantes Como Meio de Prova

Pode-se dizer, juntamente com NATAPOFF, que a prática policial e forense norte-americanas precipitam o surgimento de uma espécie de “direito dos informantes”. Esse campo poderia ser descrito como o conjunto de leis e doutrinas que definem os parâmetros legais da relação entre informantes e o Estado. Tal “direito”, dada a sua própria natureza, estaria fortemente amparado na discricionariedade oficial e na

⁶⁸ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. In *American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 760-761.

⁶⁹ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. In *American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 761.

⁷⁰ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. In *American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 759.

⁷¹ *Giglio v. United States* 405 U.S. 150 (1972).

⁷² *Giglio v. United States* 405 U.S. 150 (1972). p. 154.

⁷³ DODDS, Emily Jane. I’ll Make a Deal: how repeat informants are corrupting the criminal justice system and what to do about it. In *William and Mary Law Review*. v. 50, 2008-2009. p. 1065.

⁷⁴ MADINGER, John. *Confidential Informant: law enforcement’s most valuable tool*. Boca Raton: CRC Press, 2000. p. 23.

⁷⁵ *United States v. Bernal-Obeso*, 989, 335, 1993 (9º Circuito).

flexibilidade relativa à inaplicabilidade de muitas das limitações estabelecidas pelo direito processual penal, inclusive em relação à tolerância a comportamentos criminosos e o segredo⁷⁶. Parte desse segmento jurídico trata da autoridade concedida a policiais e ao Ministério Público para recompensar informantes, persuadir criminosos a se tornar colaboradores e excluir a sua responsabilidade criminal quando cooperam e as informações prestadas são exitosas.

A segunda dimensão presente e que pode ser identificada nessa subárea jurídica estabelece a maneira como os informantes podem ser utilizados como ferramentas investigativas contra terceiros. Um terceiro espectro desse “direito” estabelece as proteções processuais e a informação que os réus podem receber quando confrontados com provas obtidas através do uso de informantes. Por fim, uma quarta expressão desse direito consiste em um conjunto estreito de regras que aponta limites, dizendo ao Estado o que pode e o que não pode fazer com relação aos informantes ou com os informantes⁷⁷.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que na experiência norte-americana e, posteriormente, difundida pelo globo (e que serve como inspiração para o projeto de lei Dez Medidas Contra a Corrupção), ao informante será concedida uma garantia, a de sigilo ou confidencialidade sobre a sua identidade. Destaca BEWERS que essa garantia do informante — assim como outras imunidades ou regras probatórias ou de competência — frequentemente opera no sentido de ser negado ao réu o conhecimento e a possibilidade de uso de uma prova exculpatória. Atuando dessa maneira, a garantia da confidencialidade pode violar o devido processo⁷⁸. A Suprema Corte norte-americana reconhece, de há muito, que a cláusula do *due process* protege os acusados contra condenações baseadas em depoimentos que o promotor sabia ou deveria saber serem falsos⁷⁹. Mas o fundamento mais concreto para a proteção do acusado contra informações que não são submetidas ao controle judicial é o direito ao confronto. O entendimento mais frequente é que a garantia do informante deve ceder ao direito constitucional do acusado em inquirir a testemunha quando haja probabilidade de que as declarações possam afetar o caso⁸⁰.

O direito ao confronto, no cenário jurídico norte-americano, se encontra previsto na Sexta Emenda à Constituição. Além do direito ao confronto, constata-se o direito de o acusado compelir testemunhas para deporem em juízo. Além da Sexta Emenda, as Quarta e Quinta Emendas que cuidam do devido processo, também, poderiam se afigurar como baluartes contra a garantia de confidencialidade do informante, sustentando o direito do acusado ao conhecimento da identidade do meio de prova⁸¹.

Preliminarmente, o direito ao confronto é exclusivo do acusado⁸². Como destaca BEWERS, tal direito é composto de cinco garantias específicas do acusado: a) de não ser julgado à revelia; b) de que o Estado deve produzir, diretamente, os testemunhos que serão usados contra ele; c) que o Estado deve prover tais testemunhas para que seus depoimentos sejam analisados perante o júri; d) direito do acusado de contestar e testar os depoimentos perante o júri; e) e que o Estado não possui o direito de introduzir testemunhos produzidos fora do processo a não ser que seja provado que é a única e melhor prova possível⁸³. A cláusula compulsória, que obriga o Estado a prover meios para buscar as testemunhas indicadas pelo acusado deri-

⁷⁶ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 45.

⁷⁷ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 45.

⁷⁸ BEWERS, Michael D. Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity. *In Louisiana Law Review*. v. 40. n. 1, 1979. p. 158.

⁷⁹ POULIN, Anne Bowen. Convictions Based on Lies: defining due process protection. *In Pennsylvania State Law Review*. v. 16, 2011. p. 334.

⁸⁰ WHITE, Welsh S. Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence. *In The Journal of Law and Criminology*. v. 80, 1989. p. 397.

⁸¹ BEWERS, Michael D. Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity. *In Louisiana Law Review*. v. 40. n. 1, 1979. p. 149.

⁸² FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 32.

⁸³ BEWERS, Michael D. Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity. *In Louisiana Law Review*. v. 40. n. 1, 1979. p. 149-150.

va da cláusula do devido processo (direito de obter compulsoriamente as testemunhas em seu favor)⁸⁴. O direito ao confronto, por seu turno, envolve o direito de confrontar as testemunhas cujo depoimento desfavorece o acusado⁸⁵, levando-se a efeito uma das duas previsões contidas na Sexta Emenda que tem relação com a produção de prova testemunhal. Parte da racionalidade do direito em questão repousa no fato de que o depoimento contra um acusado será mais confiável se ele for realizado no tribunal na presença do réu, possibilitando o exercício do exame cruzado face a face⁸⁶. O direito à obtenção compulsória das testemunhas seria, na visão de FRIEDMAN, uma espécie de “irmão gêmeo” do direito ao confronto⁸⁷. A respeito da obtenção compulsória da testemunha, a tomada de depoimento de um informante, além de alimentar o direito ao confronto (ao permitir a inquirição em juízo), corresponde a uma dimensão que torna efetivo o exercício ao direito de trazer elementos capazes de sustentar a versão do acusado (ampla defesa).

MALAN apontará para o conteúdo multifacetado do direito ao confronto, que englobaria o direito à produção da prova testemunhal em juízo; o de presenciar a produção da prova em juízo; o de que a produção da prova testemunhal deve se dar diante do julgador de mérito; a necessidade de tomada de compromisso das testemunhas; o de conhecimento da identidade das fontes de prova e a possibilidade da inquirição das fontes de prova contemporaneamente à sua produção⁸⁸. De uma maneira geral, a doutrina se inclina para reconhecer que o direito ao confronto é uma garantia processual e não uma regra de direito probatório⁸⁹.

A consideração de que o direito ao confronto não corresponde (apenas) a uma regra de direito probatório é relativamente recente no âmbito do direito norte-americano. De fato, ao tratar o direito ao confronto como uma regra probatória, orientada pela tentativa de estabelecer a melhor prova possível (*best evidence principle*) e, portanto, carregada de elementos epistêmicos, esse tratamento equivaleria a enquadrá-lo como uma manifestação das chamadas *bearsay rules*. As regras probatórias orientam-se por uma política intraprocessual (*intrinsic rules*), voltadas para a relevância e confiabilidade dos meios probatórios. Depoimentos de peritos concernentes ao que se denomina de *junk science* quando admitidos, podem conduzir a uma valoração equivocada por parte dos jurados. O fundamento dessas proibições probatórias, como alicerces intrínsecos do processo, seria da mesma ordem que o da introdução de declarações produzidas em outro momento, não submetidas ao juízo⁹⁰. De uma maneira geral, as *bearsay rules* proíbem a utilização, como fonte de prova, de declarações testemunhais antecedentes. A prova testemunhal, por se tratar de prova oral e submetida à imediatidade, deve ser prestada na presença do órgão julgador. Todavia, é possível que a testemunha seja considerada indisponível (como por exemplo ser acometida por grave doença incapacitante ou mesmo a sua morte), caso em que, ultrapassado o “teste de confiabilidade” da declaração, se teria uma exceção à proibição das *bearsay*⁹¹.

Somente no ano de 2004, a Suprema Corte norte-americana procedeu a uma redefinição das regras *bearsay* e do direito ao confronto. Isto se deu no caso *Crawford v. Washington*⁹². Nesse caso, a Suprema Corte determinou a inadmissibilidade da utilização de um depoimento anterior a não ser que a testemunha esteja indisponível e que o acusado tenha recebido a oportunidade de proceder ao exame cruzado da testemunha⁹³.

⁸⁴ MONTOYA, Jean. A Theory of Compulsory Process Clause Discovery Rights. In *Indiana Law Journal*. v. 70, 1995. p. 846.

⁸⁵ MONTOYA, Jean. A Theory of Compulsory Process Clause Discovery Rights. In *Indiana Law Journal*. v. 70, 1995. p. 847.

⁸⁶ HURLEY, Brain J. Confrontation and the Unavailable Witness: searching for a standard. In *Valparaiso University Law Review*. v. 18, 1983. p. 193.

⁸⁷ WESTEN, Peter K. The Future of Confrontation. In *Michigan Law Review*. v. 77, 1979. p. 1197.

⁸⁸ MALAN, Diogo. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 86.

⁸⁹ FRIEDMAN, Richard D. The Confrontation Right. In BROWN, Darryl K; TURNER, Jenia I; WEISSER, Bettina. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 866.

⁹⁰ HARRIS, George C. Testimony for Sail: the law and ethics os snitches and experts. In *Pepperdine Law Review*. v. 28, 2000. p. 02.

⁹¹ HURLEY, Brain J. Confrontation and the Unavailable Witness: searching for a standard. In *Valparaiso University Law Review*. v. 18, 1983. p. 194.

⁹² JONAKAIT, Randolph N. “Witnesses in the Confrontation Clause: Crawford v. Washington, Noah Webster, and Compulsory Process. In *Temple Law Review*. v. 79, 2006. p. 155.

⁹³ JONAKAIT, Randolph N. “Witnesses in the Confrontation Clause: Crawford v. Washington, Noah Webster, and Compulsory Process. In *Temple Law Review*. v. 79, 2006. p. 156.

No julgado, foi reconhecido que o direito ao confronto não consiste na criação de uma limitação à prova que pode não ser considerada confiável, mas em uma garantia processual substantiva que estabelece as condições sob as quais uma testemunha contra o acusado pode prestar as suas declarações: face a face, sob o exame cruzado e se possível e razoável, em juízo⁹⁴. A Suprema Corte entendeu ter ocorrido violação à Sexta Emenda pela juntada, por parte da acusação, de declarações prestadas pela esposa do acusado (no Estado de Washington há legislação que autoriza um dos cônjuges a não servir como testemunha), cujo teor infirmaria a alegação do réu de legítima defesa. De uma forma muito geral, entendeu-se que o direito ao confronto implica em uma garantia, que não se confunde com uma regra probatória. Além disso, a declaração anterior ao processo depende da oportunidade aberta para o acusado de exercício do contraditório, o que não se verificava no caso sub judice.

Em novo julgado pós-Crawford, a Suprema Corte voltou a questão (Davis v. Washington), tendo por foco a necessidade de se identificar em que consiste uma declaração de natureza testemunhal, concluindo que o direito ao confronto deve operar como uma garantia contra qualquer depoimento de natureza testemunhal, isto é, que trate de fatos passados⁹⁵. Portanto, a extensão do direito foi reconhecida como uma proteção contra quaisquer declarações, mesmo que formalmente não tenha sido prestada por uma testemunha, o que abrange, de fato, declarações realizadas por informantes. Richard FRIEDMAN, antes mesmo da decisão em Crawford, sustentava a aplicabilidade do direito ao confronto para além de uma concepção formalista de testemunha. Para o autor, testemunha, para fins de incidência do direito ao confronto deve ser entendida como a pessoa que presta declarações de natureza testemunhal, o que significa dizer: exercício de função equivalente à prova testemunhal no julgamento⁹⁶. Segundo FRIEDMAN, a natureza de uma prova testemunhal reside na expectativa gerada de que o seu depoimento será posteriormente utilizado em uma persecução criminal⁹⁷. E foi justamente este o caminho traçado pela Suprema Corte norte-americana após Crawford. Em 2006, no caso Davis v. Washington, a Suprema Corte entendeu que declarações em uma chamada ao 911 não equivalem a uma prova testemunhal, por se tratar de uma questão de emergência e pelo fato de ali não se encontrar uma expectativa de que tais declarações fossem utilizadas em um processo criminal. Assim, utilizou-se a inserção, no processo, das gravações da chamada realizada pela vítima. Em 2008, no caso Giles v. California, novamente foram analisadas a extensão e as limitações ao direito ao confronto, tendo sido reconhecida uma exceção a tal direito quando o réu, por meio de atentado ou ameaça à testemunha, tenta impedi-la de depor, o que caracterizaria uma espécie de renúncia tácita ao respectivo direito, exceção denominada pela Suprema Corte como “*forfeiture by wrongdoing*”⁹⁸. No caso específico, o acusado de matar a ex-namorada foi condenado, tendo por base declaração de policial que atendeu a mulher ferida e que posteriormente morreu no hospital, não podendo dar o seu depoimento em juízo. O policial declarou que a vítima indicou que foi agredida pelo acusado e a condenação se baseou na tese de que o acusado, quando matou a vítima, abdicou de seu direito ao confronto. Entretanto, a Suprema Corte reconheceu que a *forfeiture for wrongdoing* somente se aplica a casos em que o agente, deliberadamente, agiu com o objetivo de evitar o depoimento da testemunha, não se aplicando ao caso examinado. Essa mesma espécie de regulação pode ser encontrada no direito processual penal italiano. O art. 500.4 do Código de Processo Penal italiano indica que, quando a testemunha for submetida à violência, ameaça, oferta ou promessa de dinheiro a fim de que não deponha⁹⁹, poderão ser utilizados depoimentos colhidos em fase anterior ou outro procedimento.

⁹⁴ FRIEDMAN, Richard D. The Confrontation Right. In BROWN, Darryl K; TURNER, Jenia I; WEISSER, Bettina. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 871.

⁹⁵ SEIGEL, Michael I; WEISMAN, Daniel. The Admissibility of Co-Conspirator in a Post-Crawford World. *In Florida State Law Review*. n. 3. v. 34, 2007. p. 897.

⁹⁶ FRIEDMAN, Richard. Confrontation: the Search for basic principles. *In The Georgetown Law Journal*. V. 86, 1998. p. 1011-1043. Esta definição também foi adotada pela Suprema Corte Americana no caso Crawford v. Washington, 451 U. S. 36 (2004).

⁹⁷ FRIEDMAN, Richard. Confrontation: the Search for basic principles. *In The Georgetown Law Journal*. v. 86, 1998. p. 1039.;

⁹⁸ BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao Confronto e Declarações do Corréu*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2018. p. 177.

⁹⁹ SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. *O Anonimato no Processo Penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 89.

Um dos pontos de partida fundamentais para se compreender o julgado Crawford reside na insuficiência da regra Brady¹⁰⁰ posteriormente ampliadas em Giglio. A contrarreforma pragmática realizada pelos promotores de justiça, para seguir utilizando informantes e não os trazer para o juízo público foi estabelecer acordos, de regra não formalizados e, quando formalizados, em termos absolutamente vagos, de modo a descaracterizar a promessa de leniência. Dessa maneira, por meio de uma burla de etiquetas, promotores e informantes escapam ao fundamento de Giglio sob a alegação de que não havia nenhuma cláusula efetiva que pudesse reconhecer ao informante mais do que mera expectativa de direito em obter a leniência. A promessa de leniência que funcionou em Giglio como uma possível tese exculpatória defensiva acabou se tornando, assim, mera letra morta na prática forense¹⁰¹.

Um importante caso tratado pela Suprema Corte norte-americana é o caso Roviario v. United States. O acusado, Albert Roviario, foi condenado por transportar ilegalmente substâncias entorpecentes depois que agentes federais testemunharam que observaram o acusado entregar drogas para o informante do Estado. O Estado não arrolou o informante como testemunha e, confiando na “garantia do sigilo do informante”, se recusou a revelar a identidade para a defesa. A Suprema Corte afirmou que, quando a revelação da identidade do informante ou o conteúdo de suas declarações são relevantes e úteis à defesa do acusado ou ainda, quando for essencial para uma justa determinação de uma causa, a garantia do informante deve ceder¹⁰². Nesse caso, a Suprema Corte não estabeleceu, especificamente, um direito constitucionalmente reconhecido de o réu saber a identidade do informante. A maioria das decisões aponta para a necessidade de “ponderar” se o caso atende à necessidade de *disclosure* ou não. No caso Roviario, a Suprema Corte considerou múltiplas defesas possíveis para as quais o informante poderia contribuir¹⁰³ e, portanto, deduziu que a não produção desta prova poderia conduzir a uma insuficiência defensiva. Contudo, como decidiu o tribunal, compete ao acusado o ônus de demonstrar que a testemunha confidencial é relevante para o caso.

Outro caso que amplia as zonas de proteção do direito ao confronto, no cenário norte-americano, é o caso *Bruton v. United States* em que a Suprema Corte reconheceu que a confissão de um corréu que não presta declarações judiciais é inadmissível como prova incriminatória contra outro réu, por violação ao direito ao confronto¹⁰⁴. Essa decisão se alinha com o entendimento da Suprema Corte sobre a natureza da prova testemunhal firmado em Crawford. Se houver uma declaração de corréu concernente a fatos passados, e verificada a expectativa de que tal declaração possa ser utilizada em futuro processo criminal, o seu conteúdo é o de uma declaração testemunhal¹⁰⁵.

Como se pode verificar, há duas dimensões coligadas ao direito ao confronto. A primeira delas, de contornos claramente epistêmicos, repousa sobre a confiabilidade do testemunho anteriormente prestado, compartilhando com as regras probatórias a perspectiva de atuação como normas de política processual intrínseca, dirigidas a fornecer ao órgão julgador os melhores meios de prova disponíveis. Todavia, enquanto as regras relacionadas à *hearsay evidence* estão conectadas a regras intrínsecas de processo e possuem, nesse sentido, uma função epistemológica, seu conteúdo não se esgota nessa função, cabendo identificar, ainda (compartilhando as mesmas preocupações que as regras de exclusão), duas outras naturezas: uma processual e outra social¹⁰⁶. A dimensão processual trata de evitar as possíveis práticas abusivas realizadas por parte do

¹⁰⁰ GIANELLI, Paul C. Brady and Jailhouse Snitches. In *Case Western Reserve Law Review*. v. 57, 2007. p. 612-613.

¹⁰¹ CASSIDY, Michael R. “Soft Words of Hope”: Giglio, accomplice witnesses, and the problem of implied inducements. In *Northwestern University Law Review*. v. 98, n.3, 2004. p. 1132.

¹⁰² Roviario v. United States. 353 US 1993. p. 55-56.

¹⁰³ BEWERS, Michael D. Defendant’s Right to a Confidential Informant’s Identity. In *Louisiana Law Review*. v. 40, n. 1, 1979. p. 159.

¹⁰⁴ BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao Confronto e Declarações do Corréu*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2018. p. 185.

¹⁰⁵ SEIGEL, Michael L; WEISMAN, Daniel. The Admissibility of Co-Conspirator in a Post-Crawford World. In *Florida State Law Review*. n. 3, v. 34, 2007. p. 901 *et seq.*

¹⁰⁶ SCALLEN, Eileen. Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: toward a three dimensional confrontation clause. In *Minnesota Law Review*. v. 76, 1992. p. 624. Igualmente FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 75.

Estado ao produzir declarações anteriores ao julgamento¹⁰⁷. Também obriga o Estado a produzir as testemunhas em juízo, estabelecendo um ônus para a acusação¹⁰⁸. Por seu turno, a dimensão social do direito ao confronto implica o colocar face a face o acusado e seus acusadores, de forma a contribuir para a qualidade das interações sociais e autorizar o escrutínio público destas interações¹⁰⁹. Em síntese, pode-se concluir que o direito ao confronto possui natureza tanto epistêmica quanto não epistêmica¹¹⁰.

De uma maneira geral, a doutrina norte-americana admite o uso de declarações prestadas em outra sede quando o seu objetivo é simplesmente confrontar a veracidade do alegado por testemunhas ou pelo acusado. Para DUCE, não existiriam razões para justificar a impossibilidade do uso de declarações anteriores de testemunhas ou peritos para efeito de confrontar (através de inconsistências ou contradições) o depoimento em juízo. Isso integraria, na visão do autor, o direito ao confronto¹¹¹. A limitação norte-americana para o uso das declarações anteriores é o efeito de questionar a confiabilidade da testemunha (art. 613 do *Federal Rules of Evidence*). Da mesma maneira, o Código de Processo Penal alemão, em seu art. 253, autoriza o uso de declarações anteriores para confrontar o depoimento anterior, assim como o art. 500.1 do Código de Processo Penal italiano¹¹². Se a possibilidade de uso das declarações anteriores se dá no sentido de provocar a demonstração de contradição no depoimento, ela não pode ser usada com caráter ratificatório.

3.1 O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Mutilação do Direito ao Confronto

Ainda que a doutrina norte-americana comporte excepcionalizações ao uso de declarações prestadas antes do julgamento, não é menos certo afirmar-se que o direito ao confronto, após o caso Crawford, se estendeu para âmbitos que não eram amplamente reconhecidos como merecedores de tutela. Até a própria confusão conceitual entre direito ao confronto e as regras *hearsay* conduziam a uma má compreensão dessa garantia. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de uma forma geral, reconhece o direito ao confronto em termos muito similares à Constituição dos Estados Unidos. Todavia, os argumentos, fundamentos e a maneira de se estabelecer *standards* decisórios, ao mesmo tempo em que aproxima o tribunal do caso Crawford, o afasta. Em primeiro lugar, como um elemento que percorre a racionalidade dos julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante TEDH), o objeto de análise é se a alegada violação de um preceito convencional foi capaz ou não de comprometer a cláusula do “justo processo”. As arguições de ofensa ao justo processo são sempre analisadas de maneira global, ou seja, se o conjunto de violações foi capaz ou não de afetar o preceito convencional.

O direito ao confronto será elaborado, em suas dimensões semântica e epistêmica, em termos muito próximos do modelo norte-americano, como um direito fundamental do acusado, que exige a produção da prova oral em juízo e na presença do acusado e seu defensor, assim como o julgador, com o conhecimento da identidade da testemunha e a possibilidade de inquirição da prova oral simultaneamente à sua inquirição

¹⁰⁷ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 76. Também SCALLEN, Eileen. Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: toward a three dimensional confrontation clause. *In Minnesota Law Review*. v. 76, 1992. p. 632-635.

¹⁰⁸ METZGER, Pamela R. Confrontation as a Rule of Production. *In William and Mary Bill of Rights Journal*. v. 24, 2016. p. 997.

¹⁰⁹ SCALLEN, Eileen. Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: toward a three dimensional confrontation clause. *In Minnesota Law Review*. v. 76, 1992. p. 637.

¹¹⁰ REDMAYNE, Mike. Confronting Confrontation. In ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill. *Criminal Evidence and Human Rights*. Oxford: Portland: Hart Publishing, 2012. p. 289-290.

¹¹¹ DUCE, Mauricio. El Derecho a la Confrontación y Uso de Declaraciones Emitidas en un Juicio Previo Anulado. *In Política Criminal*. n. 17. v. 09, 2014. p. 121.

¹¹² DUCE, Mauricio. El Derecho a la Confrontación y Uso de Declaraciones Emitidas en un Juicio Previo Anulado. *In Política Criminal*. n. 17. v. 09, 2014. p. 133.

em juízo¹¹³. MAFFEI definirá o confronto como um “paradigma”, ou seja, um modelo teórico cuja finalidade é permitir uma coleta mais justa da prova testemunhal no processo penal¹¹⁴.

Diversamente da Suprema Corte norte-americana, que se concentra em estabelecer limites, definições e o próprio alcance semântico do direito ao confronto, além de estabelecer aspectos de sua normatividade, o TEDH examina a potencial violação do direito ao confronto como uma lesão à cláusula do justo processo. Para o Tribunal, mesmo havendo uma clara violação ao direito ao confronto, isto não significa de imediato, a existência de uma lesão ao justo processo.

Para o exame dos julgados, o TEDH reconhece como testemunha todas as pessoas que depõem em juízo e todas as que prestem declarações em distintas fases, ainda que formalmente não possam ser reconhecidas como testemunhas, aproximando-se do conteúdo do caso Crawford. Como afirma MALAN, para o TEDH “o critério fundamental para a caracterização de alguém como testemunha é de natureza instrumental, se consubstanciando na capacidade de o seu relato fundamentar a sentença penal condenatória”¹¹⁵. E, nesse sentido, devem ser incluídos tanto o corréu (informante colaborador) como o informante em sentido estrito. Portanto, os julgados do TEDH alcançam, inclusive, o que, na doutrina americana, se consolidou como “informantes confidenciais”, considerando a possibilidade sempre presente de que tais informantes sejam convertidos em testemunhas. O grande ponto de abordagem no exame dos julgados do TEDH será a “testemunha anônima”, um meio de prova que fica a meio caminho entre um sistema subterrâneo de informantes como no caso americano e a vedação ao anonimato, exigindo-se, sempre e em todo o caso, a identificação da testemunha. Em geral, nos casos postos à apreciação, o TEDH analisava a existência do contraditório (mesmo que posterior à prática do ato) e a circunstância de que a condenação não poderia estar amparada, exclusiva ou preponderantemente, no depoimento da testemunha ausente. Como parâmetros, então, o TEDH sinalizava, quanto às testemunhas anônimas, que elas não poderiam ser o fundamento decisivo na condenação; se tratava de uma medida excepcional e que o Estado deveria reduzir, com outras medidas, os prejuízos causados ao acusado¹¹⁶.

Estes *standards* foram utilizados na evolução da consolidação do direito ao confronto na jurisprudência do TEDH: caso Kostowski v. Holanda (1989); caso Ludi v. Suíça (1992); caso Doorson v. Holanda (1996); caso van Mechelen v. Holanda (1997); caso Kok v. Holanda (2000); caso Lalas v. Lituânia (2011). O que é comum a todos esses casos, é que, de regra, se admite o depoimento de testemunha anônima diante de situações especiais, como no caso de ações policiais encobertas. Assim, admite-se a possibilidade em abstrato do uso de depoimentos tomados em outras sedes, mesmo sem a efetivação do contraditório¹¹⁷.

Em Kostowski v. Holanda (1989), o TEDH se debruçou sobre um caso no qual foram ouvidos em juízo, apenas, os policiais, que não eram fontes diretas. O depoimento dos policiais se limitou a ratificar a veracidade dos depoimentos das testemunhas anônimas ouvidas na fase policial (mais ou menos no sentido, como se verá, da proposta legislativa do informante confidencial). Nesse caso, que foi o precursor do exame do direito ao confronto na corte, o TEDH reconheceu ter ocorrido uma violação ao justo processo.

O TEDH volta à análise sobre o direito ao confronto e a cláusula do justo processo em Ludi v. Suíça julgado em 1993. Basicamente, o objeto desse procedimento residia na circunstância de que, no processo criminal em que o réu foi denunciado, o pedido para a oitiva de policial que havia atuado como agente infiltrado foi indeferido. A inquirição do policial foi realizada, apenas, por meio da formulação de perguntas

¹¹³ BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao Confronto e Declarações do Corréu*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2018. p. 43.

¹¹⁴ MAFFEI, Stefano. *The European Right of Confrontation in Criminal Proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006. p. 35.

¹¹⁵ MALAN, Diogo. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 116.

¹¹⁶ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 111.

¹¹⁷ MOURA, João Batista Oliveira de. O Contraditório e o Direito ao Anonimato da Testemunha na Ação Encoberta. *In Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. n. 74, 2013. p. 208.

por escrito. Uma vez mais o TEDH reconheceu a existência de uma violação ao direito ao confronto e, conseqüentemente, ao justo processo.

O primeiro caso que indica uma mudança de orientação nos fundamentos utilizados pela Corte e na racionalidade empregada para o exame do caso é o caso *Doorson v. Holanda*, julgado em 1996. Após uma campanha deflagrada contra o tráfico de drogas, diversos usuários foram chamados à delegacia de polícia para reconhecimento fotográfico de possíveis traficantes. Das seis pessoas que reconheceram o réu *Doorson*, quatro desejaram manter suas identidades sob anonimato. O Tribunal de apelação, após a condenação do réu em primeiro grau, anulou o processo e determinou que duas testemunhas fossem novamente ouvidas, em juízo, na presença, apenas, do advogado do acusado e com sigilo da identidade. A oitiva dessas testemunhas, sem a presença do acusado e sem a revelação das suas identidades não caracterizou, para o TEDH, uma violação ao Tratado, em parte pelo fato de a Holanda, entre o caso *Kostovski e Doorson*, ter implementado uma reforma legislativa estabelecendo procedimento legal para a oitiva de testemunhas anônimas. Ademais, reconheceu-se que a condenação do réu não se amparou, exclusivamente, no depoimento das testemunhas anônimas bem como o país denunciado ter adotado medidas para contrabalançar a restrição ao direito ao confronto. A partir daí, o TEDH assentará a sua jurisprudência em diversos casos, permanecendo hígida até o caso *Al-Khawaja v. United Kingdom*. O TEDH passará a exigir uma análise do caso concreto, afirmando, expressamente, a possibilidade de o Estado ter tomado medidas de balanceamento para amenizar o custo imposto ao acusado de não ter podido exercer plenamente o contraditório¹¹⁸. Esse entendimento é mantido no caso *Schatschaschwili v. Alemanha*, julgado em 2015, que corresponde, atualmente, à jurisprudência do TEDH quanto ao direito ao confronto.

No caso *Al-Khawaja* o réu foi acusado de ter praticado contra duas vítimas o delito de estupro. O fato processual é que uma das vítimas se suicidou. Porém, ela havia prestado declarações à polícia e havia declarado, a dois amigos, ter sofrido o abuso. A questão, nesse sentido, portanto, era se o depoimento dado à polícia pela vítima poderia ser lido ou não ao júri. O TEDH desenvolveu três etapas (teste *Al-Khawaja*) que serviriam como linhas gerais na análise do caso. São elas: a) motivo relevante para a ausência da testemunha; b) análise da prova como decisiva ou exclusiva para a condenação do acusado; c) existência de fatores de contrabalanceamento utilizados devido à limitação do direito do réu ao confronto¹¹⁹. No julgamento de *Al-Khawaja*, o TEDH não reconheceu ter havido violação à cláusula do justo processo. No que diz respeito aos *standards* de análise da potencial violação ao direito, o TEDH determinou que essas etapas deveriam se dar sequencialmente. Assim, por exemplo, caso não houvesse motivo relevante para a ausência da testemunha, o exame sobre a violação ao direito ao confronto seria imediatamente reconhecido. Subseqüentemente, em novo caso, o TEDH modificará sutil, mas profundamente, tais parâmetros. No julgamento do caso *Schatschaschwili v. Alemanha*, os *standards* que deveriam ser analisados de forma sequencial sofrem modificação, assentando o Tribunal que a ordem de análise pode ser invertida e que a verificação negativa da primeira etapa (motivo relevante para a ausência da vítima) não conduz, automaticamente, à violação do direito ao confronto¹²⁰.

A jurisprudência do TEDH em linhas gerais é muito menos afeita ao reconhecimento de violações ao direito ao confronto e muito mais propensa a aceitar a utilização não apenas de declarações precedentes, mas também de testemunhas anônimas em juízo. Segundo *UBERTIS*, a Corte de Estrasburgo tem entendido o contraditório e o direito ao confronto da seguinte maneira: ainda que em princípio todas as provas devam ser submetidas ao contraditório em audiência pública, as declarações extrajudiciais têm sido admitidas, desde que o acusado tenha tido a oportunidade de contestá-las, mesmo posteriormente¹²¹. Portanto, desde essa óti-

¹¹⁸ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 97.

¹¹⁹ BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao Confronto e Declarações do Corréu*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2018. p. 244.

¹²⁰ BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao Confronto e Declarações do Corréu*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2018. p. 251.

¹²¹ UBERTIS, Giulio. *Principi di Procedura Penale Europea: le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000. p. 59.

ca, há certa confusão entre direito ao confronto e direito ao contraditório. A possibilidade de manifestação posterior à produção da prova não abrange nenhuma dimensão do direito ao confronto. Esse contraditório “fraco”, denominado de “diferido” (contraditório diferido outra coisa não é do que negação da própria garantia), pode, no máximo, ser interpretado como a necessária dialeticidade processual. Porém, insuficiente para a caracterização de um contraditório dentro de balizas pertencentes aos direitos fundamentais. A dicotomização do contraditório é herdeira da classificação feita por UBERTIS entre o contraditório para o elemento da prova e o contraditório sobre o elemento de prova¹²². No caso das declarações escritas, seria satisfeita, apenas, a segunda dimensão do princípio, de acordo com a classificação empregada por UBERTIS.

A Recomendação R(97) 13, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa criou um conjunto de diretrizes para a admissibilidade da tomada de depoimento de testemunha confidencial, reconhecendo o caráter excepcional da medida, a necessidade de participação defensiva em um procedimento judicial anterior à concessão do anonimato e o controle da credibilidade das declarações¹²³. A Lei 93/99 de Portugal se alinha justamente a esta diretriz¹²⁴. De uma maneira geral, para a satisfação do direito ao confronto, exige-se a presença do juiz, o conhecimento do julgador sobre a identidade das testemunhas (portanto, vedado o anonimato em sentido técnico, ou seja, de que ninguém conheceria a identidade da testemunha); a possibilidade de o juiz poder observar o comportamento das testemunhas em audiência; a possibilidade de os advogados observarem o comportamento das testemunhas e formularem todas as perguntas necessárias, exceto àquelas que revelem a identidade da testemunha¹²⁵.

VOGLIOTTI reconhece a existência de um déficit de garantias no procedimento de oitiva de testemunhas anônimas. Para a validade do depoimento, em primeiro lugar, o juiz deve conhecer a identidade real da testemunha; em segundo lugar, o defensor deve possuir a faculdade de inquirir a testemunha oralmente, em audiência; em terceiro lugar o juiz deve rever, fundamentadamente, a necessidade de manutenção do testemunho anônimo com base nos elementos que emergiram da audiência, além de detalhar, com precisão, as razões pelas quais reconhece a confiança no depoimento da testemunha¹²⁶. Além disso, como referido, em Portugal, faz-se necessário um procedimento preliminar que tenha por finalidade decidir sobre o caso de concessão do anonimato bem como a participação de órgão representativo da defesa, como um advogado indicado pela OAB quando o anonimato é requerido antes da denúncia, ou do defensor do acusado quando já exista denúncia ou tenha procurador nos autos da investigação preliminar. Além disso, deve-se, obrigatoriamente, reduzir o valor probatório do depoimento tomado em tais situações, necessitando de provas substanciais como elementos de corroboração¹²⁷. O conhecimento da identidade da testemunha por parte da autoridade judiciária e a possibilidade de a defesa, em algum momento do procedimento, ter podido inquirir diretamente a testemunha são as principais medidas de compensação utilizadas como critério para a determinação de obediência do teste Al-Khawaja¹²⁸.

Na Corte Interamericana de Direitos Humanos, dois casos podem ser correlacionados ao direito ao confronto e ao direito de conhecer a identidade das testemunhas. O primeiro deles é *Norín Catrimán e outros v. Chile*, que trata da utilização da legislação antiterrorista chilena contra integrantes da população indígena *mapuche*. Testemunhas foram ouvidas sem que a defesa tenha podido ter acesso às suas identidades. A Corte

¹²² A diferença é tratada por UBERTIS, Giulio. Corte Europea dei Diritti Dell’Uomo e “processo equo”: riflessi sul processo penale italiano. In *Rivista de Diritto Processuale*. V. LXIV. N.1. Padova, 2009. p. 40.

¹²³ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 110-111.

¹²⁴ FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 160.

¹²⁵ MALAN, Diogo. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.147.

¹²⁶ VOGLIOTTI, Massimo. La Logica “Floue” della Corte Europea dei Diritti Dell’uomo tra tutela del Testimone e Salva-Guardia del Contraddittorio: il caso delle “testimonianze anonime”. In *Giurisprudenza Italiana*. v. 4, 1998. p. 851-860.

¹²⁷ SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. *O Anonimato no Processo Penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 174.

¹²⁸ OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A Constitucionalidade do Informante no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Uniceub, 2020. p. 98.

assentou que, ainda, o Chile tivesse tomado medidas compensatórias para minimizar a restrição ao direito ao confronto, a condenação não se poderia basear, apenas, em declarações destas testemunhas¹²⁹. O segundo caso é *Pollo Rivera v. Peru*, julgado em 2016, em que a Corte reconheceu ter havido violações a diversos direitos consagrados ao acusado. Todavia, no que aqui importa, fora ouvida uma testemunha “arrepentida” que teve a sua identidade mantida sob sigilo e que foi a única a reconhecer o réu. No caso, não houve a demonstração do risco para a vida da testemunha, a existência de medidas de compensação para a limitação do direito do acusado ou ainda, a possibilidade de prestar medidas de proteção alternativas à testemunha.

4 Informantes, Colaboração Premiada e Luta Anticorrupção no Brasil

No Brasil, a discussão pública em torno dos informantes surge com os reflexos da Lava-Jato, especialmente com o conjunto de leis intitulado Dez Medidas Contra a Corrupção. Um dos pontos de alteração apresentados foi o reconhecimento legislativo da figura do informante confidencial, ainda que não se saiba, exatamente, os contornos que esta figura assumiria.

Todavia, apreciando o cenário brasileiro desde os contornos de um sistema de informantes, o instituto da colaboração premiada foi exitoso em promover mudanças que introduziram, processualmente, a figura do “informante colaborador”. Como destaca HUGHES, “os acordos de cooperação são drasticamente diferentes do fenômeno geral do *plea bargaining*. Eles são “plantas exóticas” que podem sobreviver apenas em um ambiente nos quais algumas das características familiares do panorama do processo penal foram eliminadas”¹³⁰. A metáfora utilizada pelo autor significa que o sistema adversarial norte-americano foi profundamente corrompido pela prática do uso de informantes, e, em alguns casos, do informante colaborador. A característica central do uso de informantes é o acordo entre o Estado e o suspeito. Nesse acordo, o Estado ignora ou reduz a potencial responsabilidade criminal do suspeito em troca de informação¹³¹. Nessa definição de NATAPOFF, resta claro como o colaborador é uma modalidade específica de informante. As testemunhas colaboradoras, de acordo com GERSHAM, são as mais vulneráveis a técnicas de entrevistas sugestivas ou coercitivas, sendo a mais perigosa das testemunhas de acusação¹³². No tratamento da colaboração premiada no Brasil, o colaborador, apesar de ser denunciado e figurar formalmente como acusado, constitui um meio de prova similar à prova testemunhal. Inclusive, o próprio STF, inicialmente, destacou que o colaborador possuiria a natureza jurídica de um informante (expressão utilizada no sentido de testemunha não compromissada). De regra, os promotores recorrerão a corréus ou a informantes como colaboradores quando incapazes de obter provas através de outras fontes e essa situação torna difícil a confiabilidade no uso de tais meios de prova. Ademais, parte da justificativa para o uso de colaboradores reside no argumento de que tal prova seria excepcional, o que jamais foi comprovado empiricamente¹³³.

A justificativa da colaboração premiada, especialmente na Operação Lava-Jato, se sustentou, especialmente, nos discursos anticorrupção e como uma ferramenta de combate às organizações criminosas, como espécie de “ruptura da *omertà*”¹³⁴. Do ponto de vista de uma análise da evolução da legislação brasileira quanto ao tema, é possível se deparar com o instituto na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Or-

¹²⁹ Sobre este caso Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 452-454.

¹³⁰ HUGHES, Graham. Agreements for Cooperation in Criminal Cases. *In Vanderbilt Law Review*. v.45, 1992. p. 03.

¹³¹ NATAPOFF, Alexandra. *Snitching: criminal informants and the erosion of american justice*. New York: London: New York University Press, 2009. p. 15.

¹³² GERSHAM, Bennett L. Witness Coaching by Prosecutors. *In Cardozo Law Review*. v. 23, 2002. p. 847.

¹³³ RICHMAN, Daniel C. Cooperating Defendants: the costs and benefits of purchasing information from scoundrels. *In Federal Sentencing Reporter*. v. 8, 1996. p. 293.

¹³⁴ MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 191.

ganizado Transnacional (Decreto 5.015/2004) e na Convenção Contra a Corrupção (Decreto 5.687/2006), tratando da possibilidade de redução da pena para os colaboradores ou ainda, lhes garantir a imunidade. A colaboração premiada, antes disso, passou a figurar na Lei 9.080/95 (crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem tributária); na extorsão mediante sequestro (Lei 9.269/95), nos crimes praticados por organizações criminosas (Lei 9.034/95), lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98), Lei de Proteção a Testemunhas e Colaboradores (Lei 9.807/99), tráfico de drogas (Lei 11.343/06), e, mais recentemente, nos crimes contra a ordem econômica e prática de cartel (Lei 12.529/2011), crimes ambientais (Lei 12.651/2012) e na nova lei do crime organizado (Lei 12.850/13).

Para ZILLI, “a gravidade das práticas criminosas, a complexidade das organizações e a necessidade de combate ao fenômeno da corrupção são argumentos que tendem a impulsionar a colaboração premiada para além das fronteiras projetadas em uma nova onda expansionista da justiça negociada”¹³⁵. Para MORO, a colaboração premiada “consiste, em síntese, na utilização de um criminoso como testemunha contra os seus pares. Às vezes somente os próprios criminosos podem servir de testemunhas de crimes praticados nas sombras. Então, uma estratégia utilizada é a de transformar um criminoso em um colaborador de justiça e em traidor de seus cúmplices”¹³⁶. Veja-se uma vez mais, que a definição do instituto da colaboração premiada não guarda muitas divergências com o uso de informantes no sistema de justiça criminal norte-americano, a não ser a chamada garantia do sigilo do informante. As constantes críticas ao uso do instituto seriam, na análise de MORO, um reflexo da defasagem doutrinária nacional: “a doutrina brasileira precisa abandonar os estereótipos com os quais não raramente trata o tema. A questão não é tanto se a colaboração premiada é um método válido e importante para a investigação criminal. Isso já foi provado pela experiência histórica. A questão realmente relevante é quando e como fazer”¹³⁷.

Ainda que se possa tecer uma análise da colaboração premiada com base na economia, como fazem ROSA e BERMUDEZ a partir da Teoria dos Jogos¹³⁸, o que permite compreender a dinâmica e as posições dos sujeitos processuais, desde o campo político, não se pode retirar a sua feição que desgasta, ainda mais, o processo penal brasileiro. Isto pelo fato de que primeiramente, o uso da colaboração premiada não trouxe qualquer espécie de contrabalanceamento. Isto é, a dinâmica dos poderes próprios dos sujeitos processuais não foi compensada por reformas que estabelecessem redução da concentração de poderes nas mãos do órgão acusatório.

De um lado, chega-se ao ponto de sustentar, sem pudor, que a colaboração premiada derivaria de uma espécie de “emergência investigativa”, conexas ao campo do crime organizado¹³⁹ e se justificando em virtude das dificuldades probatórias nestes crimes. De outro lado, percebe-se, também, a retórica do equilíbrio que lubrifica o discurso do garantismo reacionário, *rectius*, “integral”. Nesse sentido, consideram-se as palavras de MANZANO para quem “a tendência ao equilíbrio em seu manejo deve ser sempre perquirida, a fim de que a eficiência na busca da melhor investigação e do processo penal justo seja compatível com a garantia de direitos do acusado”¹⁴⁰. Eficiência, equilíbrio, dificuldades probatórias. Com estas três palavras se justificam, quase todos os “novos” instrumentos de “combate ao crime organizado”.

¹³⁵ ZILLI, Marcos. Transplantes, Traduções e Cavalos de Troia: o papel do juiz no acordo de colaboração premiada: leituras à luz da operação Lava Jato. In AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; SOUSA MENDES, Paulo. *Corrupção: ensaios sobre a operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons: CEDPAL, 2019. p.119.

¹³⁶ MORO, Sergio Fernando. Prefácio. In ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração Premiada: o novo paradigma do processo penal*. Rio de Janeiro: Mallet, 2016. p. 10.

¹³⁷ MORO, Sergio Fernando. Prefácio. In ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração Premiada: o novo paradigma do processo penal*. Rio de Janeiro: Mallet, 2016. p. 24.

¹³⁸ ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz. *Para Entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2019.

¹³⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: legitimidade e procedimento*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 89-90.

¹⁴⁰ MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Colaboração Premiada: entre a eficiência e o garantismo. In VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariângela Tomé. *Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 209-210.

Do ponto de vista da justificativa específica acerca do informante confidencial, o fenômeno da corrupção propiciaria o fundo justificativo no caso brasileiro. Para tanto, basta analisar o discurso de DALLAGNOL, para quem, “de fato, em alguns tipos de crimes, tais como a corrupção, em que as partes envolvidas têm um interesse no segredo do negócio, e possíveis testemunhas possam temer o poder dos agentes públicos, a viabilidade de trabalhar com informações de ICs e Ias é fundamental. Isso é ainda mais importante no Brasil por causa de seu alto nível de corrupção”¹⁴¹.

O autor, contudo, neste artigo, é incapaz de oferecer um único argumento, por mais inconsistente que fosse, que mereça ser analisado pontualmente. Aliás, de forma epidérmica, tenta analisar o fenômeno dos informantes no sistema norte-americano, sem sequer aprofundar, por mínimo que fosse, críticas, funcionalidades, correlações com direitos e garantias dos acusados. Nada. De toda maneira, o único “argumento” é a invocação do “direito à segurança”. Em sua ótica, “entre recusar uma informação essencial à proteção da sociedade ou tomá-la como informação anônima que só poderá produzir efeitos se houver evidência corroborativa que puder ser produzida por meios menos invasivos, em investigação preliminar, sujeitando-se o agente público no último caso, ainda, a questionamentos sobre seu procedimento¹⁴²”, a solução seria garantir o sigilo da fonte, essencial ao trabalho e funções do Ministério Público, “em defesa dos direitos fundamentais da sociedade tutelados pelas normas penais, bem como do direito fundamental à segurança pública”¹⁴³. Portanto, mesmos argumentos, mesmas propostas de sepultamento de garantias constitucionais do acusado.

No Brasil, há notícia de, apenas, um julgado que tenha versado sobre a figura do informante confidencial. Trata-se do *habeas corpus* n.º 525.799-RS, julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 2021¹⁴⁴, tendo como relatora a Ministra Laurita Vaz. Neste que até o presente momento é o único caso em que um tribunal superior se atentou para a prática do uso de informantes confidenciais no Brasil, a Corte Superior acabou tratando o informante confidencial como uma espécie de “noticiante anônimo”, isto é, as informações oferecidas pelo informante confidencial seriam, na visão do tribunal, equiparáveis à denúncia anônima.

Evidentemente, essa decisão incorre em grandes equívocos técnicos, para além de não examinar o substrato em que as relações entre informante e autoridades públicas ocorrem. A ausência absoluta de *accountability* sobre tais relações seria, por si mesma, capaz de identificar como a metodologia do informante confidencial opera às sombras. No caso em comento, a qualidade e o detalhamento das informações prestadas sobre os demais investigados na fase investigativa — sem registro documental pelas autoridades — dava conta de que o informante confidencial era um membro da organização criminosa então investigada, tendo sido, inclusive, declarado em juízo pelo policial federal chefe das investigações que na sua ótica as informações eram prestadas pelo informante por vingança. Nesse sentido, tratava-se de um “informante colaborador”, equiparável ao delator no instituto da colaboração premiada, com o bônus da confidencialidade sobre sua identidade e o sigilo sobre as informações e elementos de prova que em tese apresentou à polícia, o que, além de fulminar todas as dimensões do direito ao confronto acima delineadas, inclusive esvaziaria o instituto no

¹⁴¹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para a atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 59.

¹⁴² DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para a atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 60.

¹⁴³ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para a atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 60.

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 525779/RS*. Impetrantes: Ruiz Ritter e outros. Relator: Min. Laurita Vaz. Julgado em: 22.06.2021.

país, dadas as formalidades legais que o envolvem¹⁴⁵⁻¹⁴⁶. A decisão do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, manteve indene um entendimento francamente incompatível com um Estado Democrático de Direito: a ausência de controle sobre a notícia-crime. Segundo esse entendimento, uma prova ilícita, inclusive, poderia ser declarada inadmissível. Contudo, essa ilicitude seria incapaz de atingir a própria notícia-crime e a investigação preliminar. Dessa maneira, parece indubitável que a blindagem ao questionamento sobre como se dá o nascimento da investigação preliminar não apenas tolera, mas efusivamente incentiva o uso de práticas ilegais para que determinados conhecimentos sobre a prática de crimes aflorem. Posteriormente, bastaria uma denúncia anônima, tampouco sujeita a controle judicial, para que se possa legitimar devassas e se criar atalhos para a obtenção de elementos de informação desejados pelas autoridades públicas. A inatacabilidade da investigação preliminar e seu objeto, a notícia-crime, expandem e reforçam um sistema subterrâneo de operações policiais ilegais, além de criar indevidos atalhos processuais à administração de medidas restritivas de direitos fundamentais na persecução penal pré-processual. No Brasil, seria possível se afirmar, de acordo com o entendimento judiciário atual, que jamais poderia haver ilicitude sobre os conhecimentos da prática de infração penal, posto que o inquérito policial não possui critérios de regularidade de sua instauração.

Seja como for, o Superior Tribunal de Justiça demonstrou uma gigantesca inércia em deixar de investigar, com verticalidade, o instituto do informante confidencial. A simples analogia com a “notícia-crime anônima” é incapaz de permitir avanços no detalhamento do meio de obtenção de prova e de como poderá ser utilizado, se medidas de intervenção sobre direitos fundamentais na fase de investigação preliminar podem ter como base ilegalidades ou, ainda, se medidas como a interceptação telefônica dispensam a demonstração de causa provável. Afirmar que o uso de informante confidencial se equipara à denúncia anônima significa dizer que eventuais medidas restritivas estão imunizadas ao controle causal, o que, novamente, fortalece o quadro de fabricação de possíveis informações que serão utilizadas como substrato para legitimar as futuras medidas interventivas. A própria distinção entre meios de obtenção de prova e meios de prova — além de infrutífera — tem por escopo salvaguardar determinadas informações de possível contaminação pela ilicitude probatória. Assim como o conceito de prova ilegítima artificialmente, criado e absolutamente improdutivo (a não ser para se tentar evitar a declaração de nulidade ou ilicitude probatória), a categoria “meios de obtenção de prova” tem como finalidade restringir possível aplicação da ilicitude probatória. Nada além disso e de certo fetiche analítico improdutivo.

Outro ponto significativamente esquecido pelo acórdão e que inclusive é referenciado como o motivo primordial para a legalização do informante confidencial se encontra na já examinada exposição de motivos do PL 3855/19. Ali, se distinguem informante anônimo (cuja identidade se desconhece) e informante confidencial, cuja identidade é conhecida. Nesse ponto, a equiparação à denúncia anônima é inapropriada, uma vez que, justamente, a identidade do denunciante na notícia-crime anônima é desconhecida. Por seu turno, a confidencialidade reporta ao conhecimento da identidade do informante, de tal forma que essa informação, como reconhece o próprio projeto de lei que visa instalar tal figura no direito processual penal brasileiro. Conhecida a identidade do informante e sendo ele membro da organização criminosa, a figura processual mais próxima não poderia ser a “denúncia anônima”, mas o instituto da colaboração premiada. E, uma vez conhecida tal identidade, seria imprescindível a formalização de termo de colaboração bem como a necessidade de esse informante ser denunciado, o que não é relatado no acórdão.

¹⁴⁵ Basta considerar que para se tornar colaborador, nos termos da Lei 12.850/13, há de se submeter a um acordo em que a identidade será revelada, que dependerá de homologação judicial, que, talvez, não resultará mais do que uma redução de pena e que é preciso corroborar as informações prestadas; enquanto para se tornar informante — e ser equiparado a noticiante anônimo — é suficiente chegar diretamente ao policial ou ao MP e negociar o repasse de informações de fatos criminosos que tenha participado, sob a condição de não ser incluído como alvo na investigação, nem tampouco ser questionada a forma de obtenção das informações então apresentadas.

¹⁴⁶ A sessão de julgamento do *habeas corpus* em questão pela Sexta Turma do STJ foi gravada e disponibilizada no canal do YouTube da Corte, podendo ser consultada (a partir de 2h20min de gravação) em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wle9DYfrdOw>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

Note-se que o projeto de lei Dez Medidas Contra a Corrupção, como noticiado no início deste capítulo, pretende inserir a figura do informante confidencial, disciplinando a temática em quatro artigos. O primeiro deles trata da possibilidade de uso do informante confidencial¹⁴⁷, que se estenderia a quaisquer áreas jurídicas, não se esgotando na esfera criminal. A finalidade da inserção da figura advém do discurso anticorrupção, sendo o instituto uma ferramenta a ser utilizada para a precipitação de informações capazes de sustentar uma investigação criminal. Interessante notar que, no parágrafo único do art. 58 do projeto, o Ministério Público Federal acena com a possibilidade de ser arrolado funcionário público para atestar a “credibilidade” do informante confidencial, numa tentativa de burlar o direito ao confronto e à proibição de testemunho indireto.

Evidente que, como também reconhecido pela Suprema Corte Americana, a identidade do informante pode ser essencial a uma defesa exculpatória, especialmente por circunstâncias coligadas aos impedimentos a testemunhas. É absolutamente imponderável que se possa estabelecer testemunho de terceiro sobre a idoneidade de uma pessoa que detém informações essenciais sobre o cometimento de um fato criminoso, como se tal medida permitisse a obediência ao contraditório e ao confronto. Além do mais, a credibilidade da testemunha é muito diversa de confidencialidade. O que importa, para a subsistência do direito ao confronto — que não é regra probatória e sim direito fundamental —, é a possibilidade de inquirição, o que não pode ser sanado com um “depoimento sobre confiabilidade”. A confiabilidade do testemunho oferecido por declarações de terceiro, somente poderia preencher, caso admitida a sua presteza para o fim indicado, um controle sobre o plano epistêmico do direito ao confronto. Entretanto, como já referido, há, ainda, os planos processual e social do direito ao confronto que não estariam contrabalançados pelo depoimento de terceiro.

O segundo dispositivo que trata do informante confidencial é o art. 59, que afirma a impossibilidade de uma condenação advir apenas sustentada pelo relato do informante¹⁴⁸. Trata-se de medida, apenas, parcialmente em consonância com os julgados do TEDH, uma vez que, além de a decisão não poder se basear exclusivamente em depoimento de informante, exige-se que a decisão tampouco possa estar amparada, predominantemente, no referido depoimento.

Um terceiro ponto tratado pelo Projeto de Lei cuida da relação entre a identidade do informante confidencial e a necessidade de que ela seja revelada, dada a essencialidade desta informação¹⁴⁹. Nesse ponto, afirma-se que, sendo essencial ao desenvolvimento do processo o conhecimento da identidade do informante, o Ministério Público “optará” entre a revelação da identidade e a “perda do valor probatório” do meio de prova. Quanto a esse aspecto, ressalte-se que temos a criação de uma situação jurídica processual potestativa, em que o Ministério Público deterá poderes que determinarão o curso do processo. Como se sabe, um processo penal acusatório é incompatível com situações jurídico-processuais potestativas, uma vez que sempre provocam desequilíbrio processual. Demais disso, cumpre registrar que a opção por revelar a identidade não é um direito do Ministério Público. A proteção à identidade é um direito do informante e não do órgão acusador. Portanto, trata-se de proposta absolutamente incompatível com a prática do instituto. Tampouco é possível admitir-se a preservação dos elementos de prova derivados das declarações do informante. A situação que se projeta é a de que o Ministério Público poderá manter a confidencialidade do informante, que seria utilizado, apenas, para a deflagração das medidas desejadas pela investigação, podendo, após obtenção do material desejado, ser abandonada a prova, impedindo o exercício do direito ao

¹⁴⁷ Art. 58. Nas esferas administrativa, cível e criminal, poderá o Ministério Público resguardar o sigilo da fonte de informação que deu causa à investigação relacionada à prática de ato de corrupção, quando se tratar de medida essencial à obtenção dos dados ou à incolumidade do noticiante ou por outra razão de relevante interesse público, devidamente esclarecidas no procedimento investigatório respectivo. Parágrafo único. O Ministério Público poderá arrolar agente público, inclusive policial, para prestar depoimento sobre o caráter e a confiabilidade do informante confidencial, os quais deverão resguardar a identidade deste último, sob pena de responsabilidade.

¹⁴⁸ Art. 59: ninguém poderá ser condenado apenas com base no depoimento prestado por informante confidencial.

¹⁴⁹ Art. 60. No caso do conhecimento da identidade do informante confidencial ser essencial ao caso concreto, o juiz ou tribunal, ao longo da instrução ou em grau recursal, poderá determinar ao Ministério Público que opte entre a revelação da identidade daquele ou a perda do valor probatório do depoimento prestado, ressalvada a validade das demais provas produzidas no processo.

confronto e contraditório. As exceções à garantia de sigilo do informante são operadas em favor do direito ao confronto, como decidiu a Suprema Corte norte-americana no caso Roviato. Assim, é impensável que o direito ao conhecimento da identidade do informante seja uma mera opção do órgão acusador. Trata-se de uma manipulação procedimental que, apenas, atende aos interesses da acusação: importa-se um instituto de natureza processual seletivamente, sendo moldado exclusivamente nos interesses da acusação. Portanto, esse dispositivo é manifestamente violador das cláusulas pertencentes ao devido processo.

O último dispositivo cuida da responsabilidade criminal do informante¹⁵⁰. Trata-se de dispositivo tautológico, ao afirmar que, se alguém imputar falsamente a outrem, a prática de crime incidirá nas penas do delito de denúncia caluniosa. Outrossim, a revelação da identidade do criminoso-informante, também, é uma obviedade, à medida que não se pode denunciar uma pessoa com identidade tornada confidencial.

De toda sorte, a pretensa regulação da matéria é pífia, insuficiente e arquitetada de maneira a incrementar poderes do Ministério Público, reforçando o desequilíbrio processual mediante a introdução de norma de natureza potestativa. Note-se que o projeto de lei tampouco oferece medidas de contrabalanceamento ligadas à manutenção da identidade do informante, bem como não esclarece se o informante, em juízo, seria ouvido sob a modalidade de testemunho confidencial (e, nesse caso, não traz nenhum regramento sobre a forma como seria ouvida esta testemunha). Outro ponto importante é que o projeto ignora e deixa de identificar como se poderia dar a corroboração das informações prestadas pelo informante. Ou seja, por corroboração se entende uma prova advinda de percurso probatório completamente distinto daquele decorrente das declarações prestadas pelo informante. Assim, a corroboração deve ser estranha ao depoimento do informante bem como de todas as provas obtidas através destas declarações, algo muito próximo da doutrina da fonte independente no que diz respeito à prova ilícita.

5 Considerações finais

BERGEMANN, quando analisa uma “teoria geral das dinâmicas da denúncia”, indica, claramente, que se deve considerar tanto os níveis individuais quanto institucionais, por ser o ato de denúncia, fundamentalmente, um ato social, tanto no nível diádico entre o denunciante e o denunciado quanto como comportamento inserido em uma comunidade mais ampla e em uma rede de relações¹⁵¹. Gary MARX, ao final da década de 1980, já se preocupava com o aumento da confiança do Estado em operações encobertas e em como o uso de informantes mudou as prioridades públicas na persecução penal em direção à vigilância e ao controle social como um fim em si mesmo¹⁵².

O uso dos informantes não é um paradigma de simples negociação entre iguais, mas, ao contrário, uma interação complexa entre agentes do sistema de justiça criminal e pessoas vulneráveis¹⁵³. No direito processual penal norte-americano, algumas reformas processuais em certos Estados têm sido feitas, ainda que de forma modesta e, mesmo assim, limitadas aos “informantes penitenciários”, requerendo oitiva prévia sobre a sua confiabilidade, a garantia da impossibilidade de condenação à pena de morte baseada apenas no depoimento de informantes penitenciários¹⁵⁴ e necessidade de substancial corroboração mediante prova judicializada. Ou ainda, como detectam algumas pesquisas, seria possível enquadrar o instituto dentro do

¹⁵⁰ Art. 61. Comprovada a falsidade dolosa da imputação feita pelo informante confidencial, será revelada a sua identidade e poderá ele responder pelos crimes de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, sem prejuízo das ações cíveis cabíveis

¹⁵¹ BERGEMANN, Patrick. *Judge thy Neighbor: denunciations in the spanish inquisition, romanov Russia, and nazy Germany*. New York: Columbia University Press, 2019. p. 05.

¹⁵² MARX, Gary T. *Undercover: police surveillance in America*. Berkeley: Los Angeles: London: University of California Press, 1988. p. 59.

¹⁵³ SETTLE, Rod. *Police Informers: negotiation and power*. Sydney: Federation Press, 1995. p. 250.

¹⁵⁴ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. *In American Criminial Law Review*. v. 53, 2016. p. 745.

quadro geral da responsabilidade do Estado pelos erros judiciários decorrentes do uso de informantes¹⁵⁵ (o que é uma obviedade).

Um sistema de informantes se encontra baseado, assim como qualquer modelo de *plea bargaining*, na ampla discricionariedade dos promotores de justiça. O uso de informantes potencializa, ainda mais, essa discricionariedade para oferecer um tratamento leniente ao réu ou ao alvo da investigação em troca do seu depoimento¹⁵⁶. O que se tem é a formação de um sistema de justiça criminal paralelo, subterrâneo.

Como visto, o altíssimo percentual de condenações injustas amparadas em depoimentos de informantes é um sinal muito claro de como se trata de um instituto que não deveria encontrar espaço em uma democracia. Além de contribuir decisivamente para o “efeito túnel”¹⁵⁷ ou seja, “tendências psicológicas, sociais e organizacionais que conduzem os atores do sistema de justiça criminal a focar em um suspeito, selecionando e filtrando a prova que construirá um caso para condenação, ignorando ou suprimindo provas que apontam para uma direção distinta da culpa”¹⁵⁸, o uso de informantes deforma o direito ao confronto e ao contraditório.

De acordo com o eficientismo persecutório verificado no Projeto de Lei anteriormente examinado, o uso do informante confidencial já bastaria, por exemplo, como prova suficiente para deflagrar cautelares¹⁵⁹. Essa estratégia é largamente utilizada pela polícia norte-americana. Seria muito mais fácil a obtenção de uma autorização judicial desta maneira do que recorrendo a uma investigação prévia, segundo a tramitação ordinária do inquérito policial ou de qualquer outra espécie de investigação preliminar.

A importação do sistema de informantes, que atualmente no Brasil se apresenta apenas de modo parcial (até o presente momento) reúne o que se poderia denominar como o “pior dos dois mundos”: informações confidenciais em um modelo autoritário, ou se se quiser, um “inquisitorialismo adversarial”. Não seria de se surpreender que a admissibilidade do uso de informantes possa conduzir a uma situação extrema. Como se sabe, a jurisprudência dos tribunais superiores é maciçamente orientada no sentido de que é admissível o uso de declarações extrajudiciais e o seu aproveitamento na sentença condenatória, tendo por base a fórmula onívora, que a tudo engloba e justifica, denominada livre convencimento¹⁶⁰.

A inserção do informante confidencial no processo penal brasileiro traria problemas extraordinários, justamente pelo fato de que não há, atualmente, controle sobre declarações precedentes e que podem ser utilizadas no processo. Como exemplo, ainda que a inserção do juiz de garantias possa bloquear o ingresso do inquérito policial no processo, a sua possível reintrodução como “prova documental” pelo Ministério Público é uma tendência que será ratificada pelos tribunais. A completa ausência de controle sobre a prova emprestada, também, é um indício de que os informantes confidenciais, caso introduzidos, arrebatarão, de vez, as poucas tintas acusatórias que podem ser encontradas no processo penal brasileiro.

Igualmente, o fato de o direito ao confronto ser um ilustre desconhecido no direito processual penal brasileiro e ausência de limitadores probatórios cuja finalidade é o controle epistêmico das fontes de informação disponibilizadas ao órgão judicante (pensa-se nas regras *bearsay*) tornam o sistema brasileiro suscetível de uma ausência generalizada de controle sobre a forma processual sugerida pelo Ministério Público Federal.

¹⁵⁵ ZIMMERMAN, Clifford S. Toward a New Vision of Informants: a history of abuses and suggestions for reform. In *Hastings Constitutional Law Quarterly*. v. 22, 1994. p. 178.

¹⁵⁶ HARRIS, George C. Testimony for Sail: the law and ethics of snitches and experts. In *Pepperdine Law Review*. v. 28, 2000. p. 16.

¹⁵⁷ ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. In *American Criminological Law Review*. v. 53, 2016. p. 767.

¹⁵⁸ GOULD, Jon B; CARRANO, Julia; LEO, Richard; YOUNG, Joseph. Predicting Erroneous Convictions: a social approach to miscarriages of justice. Disponível em <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/241389.pdf>. Acesso em 13.02.2022. p. xii.

¹⁵⁹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para a atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 40.

¹⁶⁰ MALAN, Diogo. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 124.

Um sistema de informantes produz diversas alterações no campo do direito processual penal: a) redução da publicidade; b) incremento do modelo *plea bargaining* com a consequente “administrativização das condenações”; c) ausência de controle judicial; d) ampliação de condenações injustas; e) distorções no campo das dinâmicas processuais penais; f) a utilização de “informantes penitenciários” (incluindo presos cautelares) como fonte fundamental das condenações injustas; g) desequilíbrio processual ligado à capacidade de a defesa acessar elementos informativos.

Referências

- ARAS, Wladimir. Whistleblowers, Informantes e Delatores Anônimos. In ZANELATO, Viviana Damiani. *A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*: temas relevantes. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- BERGEMANN, Patrick. *Judge thy Neighbor*: denunciations in the spanish inquisition, romanov Russia, and nazy Germany. New York: Columbia University Press, 2019.
- BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao Confronto e Declarações do Corréu*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP, 2018.
- BEWERS, Michael D. Defendant’s Right to a Confidential Informant’s Identity. In *Louisiana Law Review*. v. 40. n. 1, 1979.
- BLOOM, Robert M. A Historical Overview of Informants. Research Paper n. 64. Boston: Boston College Law School, 2005. p. 01.
- BRANDÃO, Nuno. O Whistleblowing no Ordenamento Jurídico Português. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 41, n. 161, p. 99-113, jan./mar. 2020, p. 99.
- CASSIDY, Michael. R. “Soft Words of Hope”: Giglio, accomplice witnesses, and the problem of implied inducements. In *Northwestern University Law Review*. v. 98. n.3, 2004. p. 1132.
- CASTILHO, Diego Gomes. Whistleblowing: principais características e vantagens: o que o Brasil está efetivamente perdendo? In BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *Corrupção Como Fenômeno Supralegal*. Curitiba: Juruá, 2017.
- COVEY, Russell D. Abolishing Jailhouse Snitch Testimony. In *Wake Forest Law Review*. v. 49, 2014. p. 101-157.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para a atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil. In CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. *Ministério Público e o Princípio da Proteção Eficiente*. São Paulo: Almedina, 2016.
- DODDS, Emily Jane. I’ll Make a Deal: how repeat informants are corrupting the criminal justice system and what to do about it. In *William and Mary Law Review*. v. 50, 2008-2009.
- DUCE, Mauricio. El Derecho a la Confrontación y Uso de Declaraciones Emitidas en un Juicio Previo Anulado. In *Política Criminal*. n. 17. v. 09, 2014.
- FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O Direito ao Confronto na Produção da Prova Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- FITZGERALD, Dennis G. *Informants and Undercover Investigations: a practical guide in Law, Policy, and Procedure*. Boca Ratón: CRC Press, 2007.

- FRIEDMAN, Richard D. The Confrontation Right. In BROWN, Darryl K; TURNER, Jenia I; WEISSER, Bettina. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- GARRET, Brandon. *Convicting the Innocent: Where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011.
- GERSHMAN, Bennett L. Witness Coaching by Prosecutors. *In Cardozo Law Review*. v. 23, 2002. p. 847.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GIANELLI, Paul C. Brady and Jailhouse Snitches. *In Case Western Reserve Law Review*. v. 57, 2007.
- GOULD, Jon B; CARRANO, Julia; LEO, Richard; YOUNG, Joseph. Predicting Erroneous Convictions: a social approach to miscarriages of justice. Disponível em <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/grants/241389.pdf>. Acesso em 13.02.2022. p. xii.
- GRANDE, Elisabetta. *Imitação e Direito: hipóteses sobre a circulação dos modelos*. Porto Alegre: SAFE, 2009.
- HARRIS, George C. Testimony for Sail: the law and ethics os snitches and experts. *In Pepperdine Law Review*. v. 28, 2000. p. 02.
- HUGHES, Graham. Agreements for Cooperation in Criminal Cases. *In Vanderbilt Law Review*. v.45, 1992. p. 03.
- HURLEY, Brain J. Confrontation and the Unavailable Witness: searching for a standard. *In Valparaiso University Law Review*. v. 18, 1983.
- JONAKAIT, Randolph N. “Witnesses in the Confrontation Clause: Crawford v. Washington, Noah Webster, and Compulsory Process. *In Temple Law Review*. v. 79, 2006.
- KATZ, David. The Paradoxical role of Informers Within the Criminal Justice System: a unique perspective. *In University of Dayton Law Review*. v. 7, 1981.
- KICHILESKI, Gustavo Carvalho. *Sociedade na Luta Contra a Corrupção: institucionalização do informante do bem (whistleblowing) no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Direito. Jacarezinho: UENP, 2020.
- MACEDO, Cássio Rocha de. *Whistleblowing e Direito Penal: análise de uma política criminal de combate aos crimes econômicos fundada em agentes denunciante*s. Dissertação de Mestrado em, Ciências Criminais. Porto Alegre: PUCRS, 2018.
- MADINGER, John. *Confidential Informant: law enforcement’s most valuable tool*. Boca Raton: CRC Press, 2000.
- MAFFEI, Stefano. *The European Right of Confrontation in Criminal Proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006.
- MALAN, Diogo. *Direito ao Confronto no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MALLORY, Stephen. *Informants and Undercover Investigations: development and management*. Incline Village: Copperhouse Publishing, 2000.
- MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Colaboração Premiada: entre a eficiência e o garantismo. In VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariângela Tomé. *Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017.
- MARX, Gary T. *Undercover: police surveillance in America*. Berkeley: Los Angeles: London: University of California Press, 1988. p. 59.

- METZGER, Pamela R. Confrontation as a Rule of Production. *In William and Mary Bill of Rights Journal*. v. 24, 2016. p. 997.
- MISNER, Robert L; CLOUGH, John H. Arrestees as Informants: a thirteenth amendment analysis. *In Stanford Law Review*. v. 29, 1977.
- MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza*: tendenze autoritarie nel sistema penale. 2 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- MONTOYA, Jean. A Theory of Compulsory Process Clause Discovery Rights. *In Indiana Law Journal*. v. 70, 1995. p. 846.
- MORO, Sergio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MORO, Sergio Fernando. Prefácio. In ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração Premiada*: o novo paradigma do processo penal. Rio de Janeiro: Mallet, 2016.
- MOSTELLER, Robert P. The Special threat of Informants to the Innocent Who Are Not Innocents: producing “first drafts”, recording incentives, and taking a fresh look at the evidence. *In Ohio State Journal of Criminal Law*. v. 06, 2009.
- MOURA, João Batista Oliveira de. O Contraditório e o Direito ao Anonimato da Testemunha na Ação Encoberta. *In Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. n. 74, 2013. p. 208.
- NATAPOFF, Alexandra. *Snitching*: criminal informants and the erosion of american justice. New York: London: New York University Press, 2009.
- NEUSCHATZ, Jeffrey S; LAWSON, Deah S; SWANNER, Jessica K; MEISSNER, Christian A; NEUSCHATZ, Joseph S. The Effects of Accomplice Witnesses and Jailhouse Informants on Jury Decision Maker. *In Law and Human Behaviour*. v. 32, 2008.
- OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A Constitucionalidade do Informante no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Uniceub, 2020.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*: legitimidade e procedimento. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2019.
- POULIN, Anne Bowen. Convictions Based on Lies: defining due process protection. *In Pennsylvania State Law Review*. v. 16, 2011.
- RAEDER, Myrna S. See No Evil: wrongful convictions and the prosecutorial ethics of offering testimony by jailhouse informants and dishonest experts. *In Fordham Law Review*. v. 76, 2007.
- RAFIH, Rhasmye El. *Whistleblowing, Delinquência Econômica e Corrupção*: desafios para a consolidação de uma política geral de reportantes no Brasil. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.
- REDMAYNE, Mike. Confronting Confrontation. In ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill. *Criminal Evidence and Human Rights*. Oxford: Portland: Hart Publishing, 2012. p. 289-290.
- RICH, Michael L.; coerced Informants and Thirteenth Amendment Limitations on the Police-Informant Relationship. *In Santa Clara Law Review*. v. 50, 2010.
- RICHMAN, Daniel C. Informants & Cooperators. Disponível em https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3028&context=faculty_scholarship. Acesso em 11.02.2022.
- ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz. *Para Entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos*: táticas e estratégias do negócio jurídico. 2 ed. Florianópolis: Emais, 2019.
- ROSS, Jacqueline E. Valuing Inside Knowledge: police infiltration as a problem for the law of evidence. *In Chicago-Kent Law Review*. v. 79, 2004. p. 1118.

- ROTH, Jessica A. Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. *In American Criminial Law Review*. v. 53, 2016.
- SCALLEN, Eileen. Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: toward a three dimensional confrontation clause. *In Minnesota Law Review*. v. 76, 1992.
- SEIGEL, Michael L; WEISMAN, Daniel. The Admissibility of Co-Conspirator in a Post-Crawford World. *In Florida State Law Review*. n. 3. v. 34, 2007. p. 897.
- SETTLE, Rod. *Police Informers: negotiation and power*. Sydney: Federation Press, 1995. p. 250.
- SIMONS, Michael A. Retribution for Rats: cooperation, punishment and atonement. *In Vanderbilt Law Review*. v. 56, 2003.
- SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *O Anonimato no Processo Penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Hozitonte: Arraes, 2012.
- STUNTZ, William J. plea Bargaining and Criminal Law's Disappearing Shadow. *In Harvard Law Review*. v. 117, 2004.
- UBERTIS, Giulio. *Principi di Procedura Penale Europea: le regole del giusto processo*. Milano: Raffaello Cortina, 2000.
- VOGLIOTTI, Massimo. La Logica “Floue” della Corte Europea dei Diritti Dell'uomo tra tutela del Testimone e Salva-Guardia del Contraddittorio: il caso delle “testimonianze anonime”. *In Giurisprudenza Italiana*. v. 4, 1998.
- WEINSTEIN, Ian. Regulating the Market for Snitches. *In Buffalo Law Review*. v. 47, 1999. p. 564.
- WESTEN, Peter K. The Future of Confrontation. *In Michigan Law Review*. v. 77, 1979.
- WHITE, Welsh S. Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence. *In The Journal of Law and Criminology*. v. 80, 1989. p. 397.
- YAROSHEFSKY, Ellen. Cooperation With Federal Prosecutors: experiences of truth telling and embellishment. *In Fordham Law Review*. v. 68, 1999-2000.
- ZILLI, Marcos. Transplantes, Traduções e Cavalos de Troia: o papel do juiz no acordo de colaboração premiada: leituras à luz da *operação Lava Jato*. *In* AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; SOUSA MENDES, Paulo. *Corrupção: ensaios sobre a operação Lava Jato*. São Paulo: Marcial Pons: CEDPAL, 2019.
- ZIMMERMAN, Clifford S. Toward a New Vision of Informants: a history of abuses and suggestions for reform. *In Hastings Constitutional Law Quarterly*. n. 1. v.22, 1995.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.